

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 1. Halbjahr 2019**

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 2019 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)

Ein auf **Feststellung** einer **Gewinnbeteiligung** an einer GbR gerichteter Antrag betrifft ein **Rechtsverhältnis** i.S.v. **§ 256 Abs. 1 ZPO**, an dessen Feststellung nach der Auflösung der Gesellschaft ein schutzwürdiges Interesse besteht, wenn die Voraussetzungen für die Geltendmachung

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.

eines Zahlungsanspruchs mangels Auseinandersetzung und Erstellung einer Schlussabrechnung (§ 734 BGB) nicht vorliegen.³

Seite 2 von 57

b)

Bei einer **Innengesellschaft** bürgerlichen Rechts ohne gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen kommt eine **actio pro socio** nicht in Betracht, da die **Gesellschaft nicht Rechtsträger** eines **Schadensersatzanspruchs** sein kann. Ein gegen einen Mitgesellschafter bestehender Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung der Beitragspflicht steht vielmehr in einer Zweipersonengesellschaft dem anderen Gesellschafter zu.⁴

Wenngleich eine kompensationslose **Slechterfüllung** der **Beitragspflicht** zu einer **geringeren Bewertung** der **Einlage** führen kann und dies bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft zu berücksichtigen ist, ändert dies nichts an dem Anspruch des Mitgesellschafters auf eine vertragsgemäße Beitragsleistung und dem im Fall der schuldhaften Schlechterfüllung in Betracht kommenden **Schadensersatzanspruch**. Die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs führt auch **nicht** zu einer **unzulässigen Nachschusspflicht** des beitragspflichtigen Gesellschafters. Denn der durch eine pflichtwidrige Beitragsleistung verursachte Schaden begründet keinen erst bei Auflösung der Gesellschaft auszugleichenden Verlust, sondern ist unabhängig von einer Gewinn- und Verlustrechnung zu ersetzen. Andernfalls müssten die Mitgesellschafter für die schuldhafte Schlechterfüllung der gesellschaftsvertraglich übernommenen Beitragspflicht eines Gesellschafters anteilig einstehen. Dies stünde nicht im Einklang mit der alleinigen Verantwortung des Gesellschafters für die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Beitragspflicht.⁵

³ Urteil vom 22. Januar 2019 – [II ZR 59/18](#) – juris, Rn. 10.

⁴ Urteil vom 16. Oktober 2018 – [II ZR 70/16](#) – juris, Rn. 24.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 31.

Der **Grundsatz** der **Gesamtabrechnung** greift ebenso wie die bei Außen-
gesellschaften zu beachtende **Durchsetzungssperre** erst ab **Auflösung**
der Gesellschaft ein.⁶

Ob die **gesellschafterliche Treuepflicht** die Geltendmachung des **Scha-
densersatzanspruchs** vor Auseinandersetzung der Gesellschaft **aus-
schließen** kann, ist eine Frage des vom **Tatrichter** zu würdigenden Ein-
zelfalls. Eine **unzulässige Rechtsausübung** kann im Hinblick auf die per-
sönlichen Interessen der Mitgesellschafter aus der gesellschafterlichen
Treuepflicht nur in **Ausnahmefällen** abgeleitet werden, so etwa wenn eine
Rücksichtnahme im Hinblick auf die bisherige Zusammenarbeit der
Gesellschafter und im Interesse des Erfolgs ihrer gemeinsamen Arbeit
geboten ist.⁷

2. Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden
Entscheidungen:

a)

Einem **Anleger** muss vor seiner Beteiligung an einer **Fondsgesellschaft**
ein **zutreffendes Bild** über das **Beteiligungsobjekt** vermittelt werden,
das heißt er muss über **alle Umstände**, die für seine Anlageentscheidung
von **wesentlicher Bedeutung** sind oder sein können, insbesondere über
die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nach-
teile und Risiken **zutreffend, verständlich** und **vollständig aufgeklärt**
werden. Als **Mittel der Aufklärung** kann es genügen, wenn dem Anlage-
interessenten statt einer **mündlichen Aufklärung** im Rahmen des Ver-
tragsanbahnungsgesprächs ein **Prospekt** über die Kapitalanlage über-

⁶ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 33.

reicht wird, sofern dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und er dem Interessenten so **rechtzeitig vor dem Vertragsschluss** übergeben wird, dass sein Inhalt zur Kenntnis genommen werden kann.⁸

Fehlt es an der rechtzeitigen Übergabe eines zur Aufklärung geeigneten Prospektes, bleibt die mündliche Aufklärung allein maßgebend. Es entspricht der **Lebenserfahrung**, dass etwaige **Prospektfehler** auch dann für die **Anlageentscheidung ursächlich** werden, wenn der Anlageinteressent den Prospekt selbst zwar **nicht erhalten** hat, der Prospekt aber dem Anlagevermittler als **Arbeitsgrundlage** für das mit dem Anlageinteressenten geführte **Beratungsgespräch** gedient hatte. Denn wenn der Prospekt gemäß dem Vertriebskonzept der Fondsgesellschaft von entsprechend geschulten Anlagevermittlern als Arbeitsgrundlage verwendet wird, beschränkt sich eine auf dieser Grundlage erteilte mündliche Aufklärung erfahrungsgemäß auf die Umstände und Risiken, die im Prospekt genannt werden. Hieraus kann indes **nicht** in einem **umgekehrten** Sinne der **Erfahrungssatz** entnommen werden, dass ein anhand des Prospektes geschulter Vermittler in den von ihm geführten **Beratungsgesprächen** für eine Aufklärung **wesentlichen Prospektinhalt** stets **vollständig** und **zutreffend wiedergeben** werde. Es kommt ohne weiteres in Betracht, dass ein Vermittler den für die Aufklärung wesentlichen Prospektinhalt in einem Beratungsgespräch **nur eingeschränkt** mündlich weitergibt. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Gespräch **telefonisch** geführt wird und auf einen **knapp bemessenen Zeitraum** beschränkt ist.⁹

Die gegenüber einem Anleger vor dessen Beitritt zu einer Fondsgesellschaft bestehende **Aufklärungspflicht** beruht auf **§ 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB** und trifft bei einer KG grundsätzlich die zuvor schon beigetretenen nicht rein kapitalistisch beteiligten Gesellschafter, namentlich die **Gründungs- bzw. Altgesellschafter**. Deren Aufklärungspflicht und die

⁸ Teilversäumnis- und Schlussurteil vom 08. Januar 2019 – [II ZR 139/17](#) – juris, Rn. 21.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 22.

aus einer Verletzung dieser Pflicht ggf. resultierende Haftung auf Schadensersatz besteht auch gegenüber einem über einen Treuhänder beitretenden Anleger, wenn der Treugeber nach dem Gesellschaftsvertrag wie ein unmittelbar beitretender Gesellschafter behandelt werden soll.¹⁰

Bedient sich der danach aufklärungspflichtige Gesellschafter für die vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines **Vertriebs** und überlässt er diesem oder von diesen eingeschalteten Untervermittlern die geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten, so haftet er über **§ 278 BGB** für deren unrichtige oder unzureichende Angaben. Er muss sich das Fehlverhalten von Personen, die er mit den Verhandlungen zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigt hat, zurechnen lassen. Einer vom aufklärungspflichtigen Gesellschafter bis zum Vermittler führenden vertraglichen "**Auftragskette**" bedarf es hierbei nicht.¹¹ Eine Haftung setzt dabei nicht voraus, dass Vermittler fehlerhafte Angaben gemacht haben, die den Gesellschaftern zuzurechnen sind. Es genügt vielmehr, dass die gebotene Aufklärung unterblieben ist.¹²

Derjenige, der eine **Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung** behauptet, trägt dafür die **Darlegungs- und Beweislast**. Die mit dem Nachweis einer **negativen Tatsache** wie etwa dem Bestreiten einer Risikoaufklärung verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die **andere Partei** im Rahmen ihrer **sekundären Darlegungslast** die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten beziehungsweise aufgeklärt worden sein soll; dem Anspruchsteller obliegt sodann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft. Diese Grundsätze gelten auch für Aufklärungs- und Beratungsmängel im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage.¹³

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹² a.a.O., juris, Rn. 29.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 31.

Die Erfüllung der im Fall des **Bestreitens** einer **negativen Tatsache** bestehenden **sekundären Darlegungslast** muss zumutbar sein. Begegnet die nicht beweispflichtige Partei im Hinblick auf eine ihr obliegende Substantiierungslast ebenfalls Schwierigkeiten, weil sie die entsprechenden Tatsachen nicht kennt und auch nicht in Erfahrung zu bringen vermag, kann von ihr eine solche Substantiierung nicht gefordert werden.¹⁴

b)

Der **aufklärungspflichtige Altgesellschafter** hat einem **Beitrittsinteressenten** vor dessen Beitrittsentscheidung ein **zutreffendes Bild** über das **Beteiligungsobjekt** zu vermitteln und ihn über **alle Umstände**, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligung verbundenen Nachteile und Risiken **verständlich** und **vollständig aufzuklären**. Diese Pflicht trifft auch den **Anlagevermittler**. Der aufklärungspflichtige Altgesellschafter, der sich für die vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines **Vertriebs** bedient und daher diesem oder von diesem eingeschalteten Untervermittlern die von ihm geschuldete Aufklärung des Beitrittsinteressenten überlässt, haftet über **§ 278 BGB** für deren unrichtige oder unzureichende Angaben. Dabei begründet nicht schon jede unrichtige oder fehlende Angabe die Haftung des Vertragspartners. In einem die Haftung ausschließenden Sinne richtig und vollständig müssen die Angaben sein, die für die Anlageentscheidung erheblich sind. Der Anleger darf erwarten, dass er ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt erhält, d.h., dass er über alle Umstände, die für seine Entscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, sachlich richtig und vollständig unterrichtet wird, insbesondere über die Tatsachen, die den Vertragszweck vereiteln können. Entscheidend ist dabei, nicht die einzelne Tatsache für sich genommen zu betrachten, sondern insbesondere bei einer **Aufklärung** durch **Prospekt**, ob das **Gesamtbild** von den Verhältnissen des Unternehmens vollständig und richtig dargestellt wird.¹⁵

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹⁵ Urteil vom 19. Februar 2019 – [II ZR 275/17](#) – juris, Rn. 12.

Eine **verminderte Aufklärungspflicht** kann **nicht** deshalb angenommen werden, weil die Anlage **nicht** gesetzlich **prospektpflichtig** ist. In diesen Fällen ist gleichwohl eine hinreichende Aufklärung des Anlegers erforderlich.¹⁶

Sofern – wie bei einem **Prospekt** – ein Bedürfnis für eine **einheitliche Auslegung** besteht, kann der **Bundesgerichtshof** eine eigene Auslegung der Investorenpräsentation vornehmen, z.B. eines Flyers oder eines Memorandums.¹⁷

Das **Verfehlen des Ziels der Einwerbung** der angestrebten **Zeichnungssumme** ist für sich genommen **nicht aufklärungsbedürftig**. Entscheidend ist die **Darstellung des Gesamtbildes** von den Verhältnissen des Unternehmens und von besonderer Bedeutung für den Anleger die Risiken und die Chancen. Wenn die angestrebte Zeichnungssumme nicht erreicht wird und dies auf Chancen oder Risiken des Projekts relevante Auswirkungen hat, ist es aufklärungsbedürftig. Ist dies jedoch nicht der Fall, weil das Fondsprojekt mit weniger Anlegern bei geringerem Kapitaleinsatz mit gleichwohl gleicher Rendite und ohne Erhöhung der Risiken durchgeführt werden kann, ist dieser Umstand für den Anleger regelmäßig nicht von Bedeutung für die Anlageentscheidung.¹⁸

c)

Eine **Prospektverantwortlichkeit** trifft auch diejenigen, die aufgrund ihrer **besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Stellung** oder aufgrund ihrer Fachkunde eine **Garantenstellung** einnehmen, weil sie in die **Gestaltung des Prospekts** oder in das **Vertriebssystem** einbezogen sind und durch ihr nach außen in Erscheinung tretendes Mitwirken einen Vertrauenstatbestand schaffen und Erklärungen abgeben. Dient die Darstellung in einem Prospekt dazu, den "guten Namen" eines Projektpartners als **Mittel der Werbung** zu verwenden und gegebenenfalls auch zu

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

dessen eigener Präsentation, begründet dies ohne Hinzutreten weiterer Umstände, aus denen sich eine Erklärung über das Fondsprojekt ergibt, noch keine Vertrauenshaftung aufgrund einer Garantenstellung.¹⁹

d)

Die **vorformulierte Klausel** in einem **Kaufvertrag** über einen Kommanditanteil an einer Fondsgesellschaft

„Für Umstände, die die Kommanditistenhaftung vor dem Stichtag begründen, steht der Verkäufer ein, für Umstände, die die Kommanditistenhaftung ab dem Stichtag begründen, steht der Käufer ein. Die Parteien stellen sich insoweit wechselseitig frei.“

ist **nicht klar** und verständlich und deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 BGB **unwirksam**.²⁰ Die in der Klausel genannten „Umstände“, die die **Kommanditistenhaftung** vor bzw. ab dem Stichtag „begründen“ sollen, sind **nicht hinreichend bestimmt**. Mangels Konkretisierung, was mit diesen haftungsbegründenden Umständen gemeint sein soll, ist auch für einen mit den Grundzügen der Kommanditistenhaftung vertrauten durchschnittlichen Anleger nicht ersichtlich, in welchen Fällen er für Lasten aus seiner Kommanditbeteiligung noch nach deren Veräußerung einzustehen haben und zur Freistellung der Käuferin verpflichtet sein soll. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Bestimmung der haftungsauslösenden Umstände von Gesetzes wegen deshalb eindeutig sei, weil § 172 Abs. 4 HGB für das Wiederaufleben der Haftung ausschlaggebend auf die haftungsschädliche Rückzahlung der Einlage bzw. Auszahlung von Gewinnen abstelle. Denn die Inanspruchnahme eines aus der Gesellschaft bereits ausgeschiedenen Kommanditisten nach § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB ist gesetzlich durch §§ 160, 161 HGB auf **Gesellschaftsverbindlichkeiten** beschränkt, die bis zu seinem **Ausscheiden begründet** worden sind, und unterliegt zudem zeitlich der in §§ 160, 161 Abs. 2 HGB geregelten **fünfjährigen Ausschlussfrist**. Dementsprechend könnte der

¹⁹ Beschluss vom 22. Januar 2019 – [II ZB 18/17](#) – juris, Rn. 18.

²⁰ Urteil vom 26. März 2019 – [II ZR 413/18](#) – juris.

Begriff der haftungsbegründenden Umstände auch dahingehend zu verstehen sein, dass nicht nur eine haftungsschädliche Auszahlung i.S.v. § 172 Abs. 4 HGB vor dem Ausscheiden an den Verkäufer der Beteiligung erfolgt sein muss, sondern auch die weiteren Voraussetzungen des § 160 HGB erfüllt sein müssen und er demnach auch intern nur zur Freistellung des Käufers der Beteiligung von einer Inanspruchnahme für Altverbindlichkeiten gemäß §§ 160, 161 Abs. 2 HGB verpflichtet sein soll. **Mangels Präzisierung der haftungsbegründenden Umstände** kann der **durchschnittliche Vertragspartner** damit in keiner Weise erkennen oder einschätzen, welche möglicherweise erheblichen Nachteile und Belastungen aufgrund dieser Vertragsregelung ggf. auf ihn zukommen.²¹

e)

Es ist zwischen **vertraglichen Verpflichtungen** und danebenstehenden **gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen** zu **unterscheiden** und dementsprechend sind **verjährungsverkürzende Regelungen** aus einem **Treuhandverhältnis** nicht ohne Weiteres auf ein zugleich bestehendes vorvertragliches Schuldverhältnis aus der Gesellschafterstellung des Treuhänders und dem sich anbahnenden Beitritt des Treuhänders anwendbar. Gegen eine Einbeziehung der verjährungsverkürzenden Abrede auch in das gesellschaftsrechtliche Verhältnis der Parteien spricht, wenn es um eine **vorvertragliche Aufklärungspflicht** des Altgeschafters geht, deren Verletzung bereits mit dem Beitritt einen Schadensersatzanspruch begründet hatte. Dagegen entstehen die Pflichten aus dem Treuhandverhältnis erst in diesem Moment, was zu einer rückwirkenden Freizeichnung für bei Vertragsschluss schon verwirklichte Haftungstatbestände führen würde. Gegen eine solche Einbeziehung spricht auch, dass sich die Verjährung für Ansprüche aus der Verletzung von Aufklärungspflichten nur im Hinblick auf einen Gesellschafter verkürzten, während hingegen die

²¹ a.a.O., juris, Rn. 14.

Ansprüche gegen alle anderen Gesellschafter von der Treuhandvereinbarung nicht berührt wären.²²

Seite 10 von 57

f)

Die **Verjährung** von **Schadensersatzansprüchen** eines **Anlegers** wegen **Aufklärungs-** oder **Beratungspflichtverletzungen** im Zusammenhang mit dem **Erwerb** einer **Beteiligung** an einer Fondsgesellschaft gemäß § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB **beginnt nicht** bereits mit dem Zugang seines **Beitrittsangebots** bei der Fondsgesellschaft, **sondern** frühestens mit dem **Zustandekommen** des **Beteiligungsvertrags**. Denn der Schaden und damit der Schadensersatzanspruch des Anlegers entsteht in einem solchen Fall im Zeitpunkt des (unwiderruflichen und vollzogenen) Erwerbs der Anlage.²³

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** bezeichnet. Sie wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des **Mitgliedschaftsrechts** des Gesellschafters. Das Recht des einzelnen Gesellschafters, im Wege der actio pro socio gegen einen Mitgesellschafter vorzugehen, ist **beschränkt** durch die Grundsätze der gesellschaftsrechtlichen **Treuepflicht** und kann sich unter diesem Blickwinkel nach den konkreten Gesellschaftsverhältnissen, zu denen auch das Verhalten des sich auf die Befugnis berufenden Gesellschafters gehört, als **rechtsmissbräuchlich** darstellen.²⁴

Der **Gesellschaftsvertrag** bildet die **Grundlage** der **gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht** und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang. Sie ist jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung imma-

²² Hinweisbeschluss vom 23. Oktober 2018 – [II ZR 189/17](#) – juris, Rn. 24 und Zurückweisungsbeschluss vom 05. März 2019 – [II ZR 189/17](#).

²³ Urteil vom 21. Mai 2019 – [II ZR 340/18](#) – juris, Rn. 11, 16.

²⁴ Urteil vom 22. Januar 2019 – [II ZR 143/17](#) – juris, Rn. 10 f.

nent. Mit der Begründung des Gesellschaftsverhältnisses unterliegen die Gesellschafter der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht schließt gegenüber der Gesellschaft die Pflicht ein, deren Interessen wahrzunehmen und geschäftsschädigende Handlungen zu unterlassen. Gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern gebietet sie, in dem durch den Gesellschaftszweck vorgegebenen mitgliedschaftlichen Bereich bei der Verfolgung der eigenen Interessen an der Beteiligung auf die Belange der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.²⁵

Die eigene zeitgleiche Klagerhebung eines Gesellschafters einer KG zusammen mit der Gesellschaft gegen einen Mitgesellschafter, die lediglich die Kosten der **Durchsetzung** der **Sozialverpflichtung** erhöht, kann gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßen.²⁶

h)

Nach **§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO** ist eine **Rechtshandlung anfechtbar**, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines **Darlehens** i.S.d. **§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO** oder für eine gleichgestellte Forderung **Befriedigung** gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bestimmt Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nach näherer Maßgabe der § 39 Abs. 4 und Abs. 5 InsO als nachrangig. Die Rückführung des **Darlehens** eines nicht an der Gesellschaft (im Streitfall: GmbH & Co. KG) beteiligten **Dritten** kann ebenfalls anfechtbar sein, wenn sie der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen. Dies gilt insbesondere für Darlehen **verbundener Unternehmen**. Die Verbindung kann **vertikal** in der Weise bestehen, dass der Dritte an einer Gesellschafterin der Schuldnergesellschaft beteiligt ist. Sie kann aber auch **horizontal**

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 14 f.

so ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der das Darlehen annehmenden und der das Darlehen gewährenden Gesellschaft, beteiligt ist, und zwar an der letztgenannten in maßgeblicher Weise. Eine maßgebliche Beteiligung in diesem Sinne ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen bestimmenden Einfluss ausüben kann.²⁷

Maßgeblich für die Beurteilung, ob mit der **angefochtenen Zahlung** das **Darlehen** eines Gesellschafters oder eines gleichzustellenden Dritten zurückgeführt wurde, sind die **Verhältnisse** im **Zeitraum** der **Anfechtungsfrist** von einem Jahr vor dem Eröffnungsantrag bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung. Nur wenn der Darlehensgeber in dieser Zeit Gesellschafter oder einem solchen gleichzustellen war, unterliegt die Befriedigung seiner Rückzahlungsforderung der Anfechtung.²⁸

j)

Die in der **Rückzahlung** eines **Gesellschafterdarlehens** liegende **Gläubigerbenachteiligung** wird **nicht beseitigt**, indem der Gesellschafter die empfangenen Darlehensmittel zwecks **Erfüllung** einer von ihm übernommenen **Kommanditeinlagepflicht** an die **Muttergesellschaft** der Schuldnerin weiterleitet, welche der Schuldnerin anschließend Gelder in gleicher Höhe auf der Grundlage einer von ihr übernommenen Verlustdeckungspflicht zur Verfügung stellt.²⁹

Obwohl **Rechtshandlungen Dritter** in § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO **nicht ausdrücklich** erwähnt werden, sollte durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. auch in personeller Hinsicht übernommen werden. Von der Regelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO werden folglich Rechtshandlungen Dritter erfasst,

²⁷ Urteil vom 15. November 2018 – [IX ZR 39/18](#) – juris, Rn. 7.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

²⁹ Urteil vom 02. Mai 2019 – [IX ZR 67/18](#) – juris.

welche der Darlehensgewährung durch einen Gesellschafter **wirtschaftlich entsprechen**. Der mittelbar an einer Gesellschaft Beteiligte ist hinsichtlich seiner Kredithilfen für die Gesellschaft wie ein unmittelbarer Gesellschafter zu behandeln.³⁰

Eine zunächst eingetretene **Gläubigerbenachteiligung** kann **nachträglich** dadurch wieder **behoben** werden, dass der Anfechtungsgegner den **anfechtbar** erhaltenen **Gegenstand** oder dessen **vollen Wert** in das Vermögen des Schuldners **zurückführt**.³¹ Dies setzt voraus, dass die entsprechende Rückgewähr des Anfechtungsgegners **eindeutig** zu dem **Zweck** erfolgt, dem Schuldner den entzogenen **Vermögenswert wiederzugeben** und damit die **Verkürzung der Haftungsmasse ungeschehen** zu machen. Von der Zweckbestimmung her muss es sich um eine vorweggenommene Befriedigung des individuellen Rückgewähranspruchs handeln. Eine solche Rückführung kann etwa anzunehmen sein, wenn ein **abgetretenes Recht** an den Schuldner **rückabgetreten** oder eine erhaltene **Zahlung** an ihn **zurückgewährt** wird. Dem Anfechtungsgegner muss die **Anfechtbarkeit** der an ihn bewirkten Zahlung **nicht bewusst** gewesen sein. Vielmehr genügt es, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner Vermögenswerte zukommen lässt, welche bestimmungsgemäß die angefochtene Leistung vollständig ausgleichen und dem Gläubigerzugriff offenstehen.³² Eine **Beseitigung** der in der Darlehensrückzahlung liegenden **Gläubigerbenachteiligung scheidet aus**, wenn der Gesellschafter mit seiner Zahlung einen (**anderen**) gegen ihn gerichteten **Anspruch** der Gesellschaft **erfüllt**.³³

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 10.

³¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

³² a.a.O., juris, Rn. 14.

³³ a.a.O., juris, Rn. 15.

3.

Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

a)

Die **Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung**, die dem **Geschäftsführer** gemäß **§ 43 Abs. 1 GmbHG** obliegen, umfasst auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft **rechtmäßig verhält** und ihren **gesetzlichen Verpflichtungen** nachkommt. Ob dies auch für **privatvertragliche Verpflichtungen** der GmbH gilt, ist **umstritten**. Eine solche Pflicht besteht indessen grundsätzlich **nur gegenüber der GmbH, nicht** hingegen im Verhältnis zu **außenstehenden Dritten**.³⁴

b)

Die **Eintragung einer inländischen Zweigniederlassung** einer ausländischen Gesellschaft in das deutsche **Handelsregister** unterliegt dem deutschen Registerverfahrensrecht als **lex fori**, d.h. insbesondere den §§ 13d ff. HGB.³⁵ Eine **private company limited by shares** ist der deutschen **GmbH vergleichbar**, so dass für die Eintragung ihrer inländischen Zweigniederlassung die für diese Gesellschaften geltenden Vorschriften entsprechend Anwendung finden. Anwendbar sind damit insbesondere **§ 13g Abs. 1, Abs. 3 HGB**. Danach hat die Eintragung der Zweigniederlassung auch die Angaben nach **§ 10 GmbHG** zu enthalten. Zu diesen Angaben gehört die Höhe des **Stammkapitals**. Im Fall der Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft bedarf es daher der Angabe eines dem Stammkapital einer deutschen GmbH vergleichbaren Kapitalwerts der ausländischen Gesellschaft nach dem insoweit auf sie anwendbaren Sachrecht.³⁶

³⁴ Urteil vom 07. Mai 2019 – [VI ZR 512/17](#) – juris, Rn. 10.

³⁵ Beschluss vom 14. Mai 2019 – [II ZB 25/17](#) – juris, Rn. 10.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 11.

Bei einer **englischen private company limited by shares** hat nach den insoweit anwendbaren Regelungen des am 01. Oktober 2009 vollständig in Kraft getretenen Companies Act 2006 (CA 2006) das **issued share capital**, d.h. das von den Gesellschaftern gezeichnete Kapital, eine dem Stammkapital einer deutschen GmbH entsprechende Funktion, weil es für die Haftung der Gesellschaft und die englischen Kapitalerhaltungsvorschriften allein maßgeblich ist.³⁷

Es stellt sich jedoch die dem **EuGH** nach **Art. 267 AEUV** zur Auslegung der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (ABl. L 169 vom 30. Juni 2017, S. 46) und von Art. 49, 54 AEUV zur **Vorabentscheidung** vorzulegende Frage, ob die Verpflichtung der Beteiligten zur Angabe ihres issued share capital bei Anmeldung ihrer Zweigniederlassung mit **Art. 30** der **Gesellschaftsrechtsrichtlinie** (EU 2017/1132) **vereinbar** ist.³⁸

Der **II. Zivilsenat** des **Bundesgerichtshofs** neigt im Hinblick auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Innoventif Limited (EuGH, Urteil vom 01. Juni 2006, C-453/04, Slg. 2006, I-4929 Rn. 33 ff. = ZIP 2006, 1293 Rn. 33 ff.) dazu, das **Verlangen** nach **Offenlegung** des **Stammkapitals** bzw. eines dem vergleichbaren Kapitalwerts dann als **richtlinienkonform** anzusehen, wenn diese Angabe auch **Bestandteil** des **Errichtungsakts** der Gesellschaft ist, dessen vollständige Offenlegung nach Art. 30 Abs. 2 b) der Gesellschaftsrechtsrichtlinie verlangt werden kann.³⁹

Nach nationalem deutschen Recht setzt die Eintragung einer Zweigniederlassung gemäß § 13g Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 3 GmbHG voraus, dass der **Geschäftsführer** bei der Anmeldung versichert, dass in seiner Person keines der in § 8 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 6 Abs. 2

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 13.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 15.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 23.

Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3, sowie Satz 3 GmbHG genannten **persönlichen Bestellungshindernisse**, die nach § 13e Abs. 3 Satz 2 HGB für die gesetzlichen Vertreter einer GmbH mit Sitz im Ausland in Bezug auf die Zweigniederlassung im Inland entsprechend anwendbar sind, besteht. Außerdem hat er zu **versichern**, dass er über seine **unbeschränkte Auskunftspflicht** gegenüber dem Gericht durch einen Notar, einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs oder einen Konsularbeamten **belehrt** worden ist.⁴⁰ Die Erstreckung der Bestellungshindernisse des § 6 Abs. 2 GmbHG auf Geschäftsführer ausländischer Gesellschaften gilt nur in Bezug auf die inländische Zweigniederlassung. Sie lässt die Organstellung des Geschäftsführers nach dem für ihn geltenden ausländischen Gesellschaftsstatut als solche unberührt und verwehrt ihm (nur), als Organ dieser Gesellschaft in Deutschland eine Zweigniederlassung zur Eintragung anzumelden.⁴¹

Durch die **Verpflichtung** des **Geschäftsführers** zur **Abgabe** der **Versicherung** gemäß § 13g Abs. 2 Satz 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 3 GmbHG soll das **Anmeldungs- und Prüfungsverfahren** für das Registergericht **erleichtert** werden. Dem Registergericht sollen die zur Überprüfung von Bestellungshindernissen erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt und die ansonsten erforderlichen eigenen Recherchen des Gerichts entbehrlich gemacht werden.⁴²

Insoweit hat der II. Zivilsenat dem **Europäischen Gerichtshof** zur **Vorabentscheidung** die Frage vorgelegt, ob **Art. 30** der **Richtlinie** (EU) 2017/1132 einer nationalen Regelung entgegensteht, nach welcher der **Geschäftsführer** der Gesellschaft bei Anmeldung der Eintragung einer **Zweigniederlassung** einer GmbH mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in das Handelsregister die **Versicherung** abgeben muss, dass in seiner Person **kein Bestellungshindernis** nach nationalem Recht in Form eines gerichtlichen oder behördlichen Berufs- oder Gewerbeverbots,

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 37.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 38.

das mit dem Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ganz oder teilweise übereinstimmt, oder in Form einer rechtskräftigen Verurteilung wegen bestimmter Straftaten vorliegt und dass er insoweit über seine **unbeschränkte Auskunftspflicht** gegenüber dem Gericht durch einen Notar, einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs oder einen Konsularbeamten belehrt worden ist.⁴³

Sollte diese Frage zu verneinen sein, so hat der II. Zivilsenat um Beantwortung gebeten, ob Art. 49, 54 AEUV einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der der Geschäftsführer der Gesellschaft bei Anmeldung der Eintragung einer Zweigniederlassung einer GmbH mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in das Handelsregister eine solche Versicherung abgeben muss.⁴⁴

c)

Der **Fremd-Geschäftsführer** einer GmbH ist bei **europarechtskonformer Auslegung** jedenfalls insoweit als **Arbeitnehmer** i.S.v. **§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG** anzusehen, wie bei einer Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags der sachliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist.⁴⁵

Die Vorschriften des AGG sind auch auf **Altersgrenzen** anzuwenden, die **vor Inkrafttreten** des **AGG einzelvertraglich vereinbart** wurden, wenn die Altersgrenze im Einzelfall erst mit oder nach Inkrafttreten des AGG erreicht wird. Nur wenn die Altersgrenze bereits vor dem 18. August 2006 erreicht wurde, gilt nach § 33 Abs. 1 AGG altes Recht.⁴⁶

Die Vereinbarung der Möglichkeit, mit Eintritt in das **61. Lebensjahr** das Dienstverhältnis des Geschäftsführers durch eine **einseitige Erklärung** mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresende zu **beenden**, ist eine

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 41.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 49.

⁴⁵ Urteil vom 26. März 2019 – [II ZR 244/17](#) – juris.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

Entlassungsbedingung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Entlassungsbedingungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sind insbesondere Kündigungen.⁴⁷ Die **Anwendung des AGG** wird bei einer Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers **nicht durch § 2 Abs. 4 AGG ausgeschlossen**. Danach gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Dieser Ausschluss findet auf Kündigungen, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterfallen, aber keine Anwendung. Das Kündigungsschutzgesetz findet auf einen Geschäftsführerdienstvertrag keine Anwendung.⁴⁸

Die Anwendbarkeit des AGG auf die Vereinbarung einer Entlassungsbedingung zwischen einer GmbH und ihrem Fremdgeschäftsführer ergibt sich nicht bereits aus § 6 Abs. 3 AGG.⁴⁹ Etwas anderes ergibt sich nicht aus einer erweiternden europarechtskonformen Auslegung von § 6 Abs. 3 AGG.⁵⁰ Der **Fremdgeschäftsführer** einer GmbH ist aber bei **unionskonformer Auslegung** jedenfalls insoweit als **Arbeitnehmer** i.S.v. **§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG** anzusehen, wie bei einer Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags der sachliche Anwendungsbereich des AGG über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet ist.⁵¹

Der **Begriff des Arbeitnehmers** in § 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH **unionsrechtlich auszulegen**.⁵² Danach ist ein Fremdgeschäftsführer einer GmbH jedenfalls insoweit als Arbeitnehmer i.S.v. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG anzusehen, wie der Anwendungsbereich des AGG über § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG wegen der Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags eröffnet ist.⁵³

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 25.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 30.

Der **Begriff** des **Arbeitnehmers** ist nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des **EuGH** anhand **objektiver Kriterien** zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen. In diesem Kontext besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁵⁴

Die **Eigenschaft** einer Person als **Mitglied** eines **Leitungsorgans** einer Kapitalgesellschaft als solche **schließt es nicht aus**, dass sich diese Person in einem **Unterordnungsverhältnis** gegenüber der betreffenden Gesellschaft befindet. Zu prüfen sind nämlich die Bedingungen, unter denen das Mitglied des Leitungsorgans bestellt wurde, die Art der ihm übertragenen Aufgaben, der Rahmen, in dem diese Aufgaben ausgeführt werden, der Umfang der Befugnisse des Mitglieds und die Kontrolle, der es innerhalb der Gesellschaft unterliegt, sowie die Umstände, unter denen es abberufen werden kann.⁵⁵

Ein Mitglied der **Unternehmensleitung** einer **Kapitalgesellschaft**, das gegen Entgelt Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringt, die es bestellt hat und in die es eingegliedert ist, das seine Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt und das jederzeit ohne Einschränkung von seinem Amt abberufen werden kann, erfüllt die Voraussetzungen, um als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts zu gelten.⁵⁶

Auf der Grundlage dieser Kriterien ist ein **Fremdgeschäftsführer** einer GmbH in aller Regel als **Arbeitnehmer** i.S.v. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG anzusehen, was das nationale Gericht selbstständig zu prüfen hat. Er ist **Mitglied** der **Unternehmensleitung** der GmbH und erbringt gegen **Entgelt** Leistungen gegenüber der Gesellschaft, die ihn bestellt hatte und in

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 33.

die er als Fremdgeschäftsführer eingegliedert war. Als solcher befindet er sich in einem Unterordnungsverhältnis zur GmbH. Nicht der Geschäftsführer, sondern die **Gesellschafterversammlung** trifft die für die Geschicke der Gesellschaft **wesentlichen Entscheidungen** und setzt sie durch **Weisungen** an die Geschäftsführer um. Die Gesellschafterversammlung nimmt zudem ein umfassendes Prüfungs- und Überwachungsrecht gegenüber der Geschäftsführung wahr (vgl. §§ 37, 46 Nrn. 5, 6 und 8 GmbHG), das durch die Überwachung durch den Aufsichtsrat ergänzt werden kann (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 111 Abs. 1 AktG). Die **Bestellung** des (Fremd-) Geschäftsführers kann gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit **widerrufen** werden. Ein solches Mitglied der Unternehmensleitung einer GmbH befindet sich unbeschadet der Tatsache, dass es bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben über einen Ermessensspielraum verfügt, der über den eines Arbeitnehmers im Sinne des deutschen Rechts hinausgeht zu der Gesellschaft in einem **Unterordnungsverhältnis**.⁵⁷ Dieser Auslegung **steht § 6 Abs. 3 AGG nicht entgegen**. **Sinn und Zweck** des § 6 Abs. 3 AGG ist darauf gerichtet, den Schutz vor Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen u.a. auf Geschäftsführer auszudehnen.⁵⁸

Eine **unmittelbare Benachteiligung** des Fremdgeschäftsführers i.S.v. § 7 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1, § 1 AGG liegt vor, wenn der Gesellschaft ein Kündigungsrecht für den Fall des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze durch den Fremdgeschäftsführer eingeräumt wird. Damit ist das Kündigungsrecht an einen der in § 1 AGG genannten Gründe, nämlich das Alter, geknüpft. Hierdurch wird der Geschäftsführer wegen seines Alters benachteiligt, weil ein solches Kündigungsrecht gegenüber einem jüngeren Geschäftsführer nicht bestehen würde.⁵⁹

Nach **§ 10 Satz 1 AGG** ist eine **unterschiedliche Behandlung** wegen des Alters **zulässig**, wenn sie **objektiv** und **angemessen** und durch ein

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 34.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 36.

legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach Satz 2 der Vorschrift müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein.⁶⁰ Derjenige, der sich auf die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters in einer vertraglichen Vereinbarung nach § 10 AGG beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass mit der Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel i.S.v. § 10 Satz 1 AGG angestrebt wird und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Der **Arbeitgeber** genügt seiner **Darlegungslast** nicht mit allgemeinen Ausführungen. Vielmehr hat er substantiierten Sachvortrag zu leisten.⁶¹

Zur **Rechtfertigung** einer Benachteiligung des Fremdgeschäftsführers gemäß § 10 AGG können zwar **betriebs- und unternehmensbezogene Interessen** dienen. Der Vortrag darf sich aber nicht in einer pauschalen, einer Überprüfung nicht zugänglichen Behauptung erschöpfen.⁶² Es existiert **kein Erfahrungssatz**, dass das **Anforderungsprofil** für **Unternehmensleiter** regelmäßig **besonders hoch** ist und daher aufgrund von betriebs- und unternehmensbezogenen Interessen ein Bedürfnis nach der Vereinbarung von unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenzen besteht. Gerade **Ältere** können über **besondere Stärken**, insbesondere über fachliche Erfahrung als Resultat langjähriger Tätigkeit verfügen, die sie für bestimmte anspruchsvolle Aufgaben in besonderem Maße geeignet machen.⁶³ Es mag im Übrigen ein legitimes Interesse daran bestehen, frühzeitig einen **Nachfolger** in der Unternehmensleitung zu **installieren**. Die allgemeine Überlegung stützt aber nicht ohne Weiteres die Annahme, es bestehe ein Bedürfnis nach der Vereinbarung von unterhalb des gesetzlichen Renteneintrittsalters liegenden Altersgrenzen, zumal schon kein konkreten Bezug zu der im Rede stehenden Geschäftsführertätigkeit besteht und deswegen eine Überprüfung nicht

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 38.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 41.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 43.

möglich ist, ob mit der Ungleichbehandlung wegen des Alters ein legitimes Ziel i.S.v. § 10 Satz 1 AGG angestrebt wird.⁶⁴

Seite 22 von 57

d)

Ein Vertrag, durch den sich eine **Aktiengesellschaft** zur **Übertragung** ihres **gesamten Gesellschaftsvermögens** verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die Vorschriften des UmwG fällt, bedarf nach **§ 179a Abs. 1 Satz 1 AktG** auch dann eines **Beschlusses** der **Hauptversammlung** nach § 179 AktG, wenn damit nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstands verbunden ist. Der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung ist **Wirksamkeitserfordernis** des **schuldrechtlichen Übertragungsvertrags**. Dementsprechend ist das Verpflichtungsgeschäft ohne Hauptversammlungsbeschluss zunächst schwebend unwirksam nach § 177 BGB. Verweigert die Hauptversammlung ihre Zustimmung, ist der Vertrag endgültig unwirksam.⁶⁵

Entgegen der überwiegend im Schrifttum vertretenen Ansicht **scheidet** eine **analoge Anwendung** des § 179a AktG auf die **GmbH aus**.⁶⁶ Die **Einflussmöglichkeiten** von **Gesellschaftern** einer GmbH auf die Geschäftsführung sind wesentlich stärker ausgeprägt als diejenigen der Aktionäre. Im Hinblick auf die hieraus folgende **geringere Schutzbedürftigkeit** der Gesellschafter einer GmbH vor Alleingängen der Geschäftsführer ist die **systemfremde Beschränkung** der **Vertretungsmacht** des Geschäftsführers mit Außenwirkung und die damit einhergehende Beeinträchtigung des **redlichen Rechtsverkehrs**, mit der Rechtsunsicherheit hervorgerufen und Haftungsrisiken geschaffen werden, nicht gerechtfertigt.⁶⁷ Die **Gesetzgebungsgeschichte** gibt keinen Anhaltspunkt für eine analoge Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH.⁶⁸

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 44.

⁶⁵ Urteil vom 08. Januar 2019 – [II ZR 364/18](#) – juris, Rn. 10.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 11 f.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

Eine **Sinn und Zweck** der Vorschrift berücksichtigende Interessenabwägung zwischen dem Schutz des Gesellschafterinteresses und dem Schutz des redlichen Rechtsverkehrs bei einer Gesamtvermögensveräußerung führt zu einem gegen die analoge Anwendung des § 179a AktG sprechenden Abwägungsergebnis.⁶⁹ Das **Schutzanliegen** des **§ 179a AktG**, die **gesellschaftsinterne Kontrolle** der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, ist im GmbH-Recht auch ohne entsprechende Anwendung des § 179a AktG verwirklicht. Die **Verpflichtung** zur **Übertragung** des **gesamten Gesellschaftsvermögens** einer GmbH ist ein **besonders bedeutsames Geschäft**, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen **zustimmenden Beschluss** der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält.⁷⁰

Das **Beschlusserfordernis** sichert nicht nur das **Kontrollrecht** der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem den **Minderheitsgesellschafter** vor einer **unangemessenen Vertragsgestaltung** oder einer **Selbstbedienung** des Mehrheitsgesellschafters. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschaftler dennoch gefassten Beschluss durch Klage gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den Vollzug des Geschäfts zu verhindern.⁷¹

§ 179a AktG gewährt zwar einen weiter reichenden Schutz, weil in seinem Anwendungsbereich die Verletzung der Kompetenz der Hauptversammlung immer auf das Außenverhältnis durchschlägt. Die im Interesse des Verkehrsschutzes angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gilt aber auch nicht ausnahmslos. Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 36.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 38.

oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem Geschäft unter Umständen wegen **Missbrauchs** der **Vertretungsmacht** keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten.⁷²

Das **Vertrauen** des **Geschäftspartners** auf den Bestand des Geschäfts ist dann **nicht schutzwürdig**, wenn er weiß oder es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der **Geschäftsführer** seine **Vertretungsmacht missbraucht**. In einem solchen Fall ist die von dem Geschäftsführer abgegebene Willenserklärung unwirksam. Der Vertragspartner kann aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten. Dabei ergibt sich die Begrenzung des in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Ausdruck kommenden Verkehrsschutzes allein aus der fehlenden Schutzbedürftigkeit des bösgläubigen Geschäftspartners.⁷³

Über das **Rechtsinstitut** des **Missbrauchs** der **Vertretungsmacht** lässt sich insbesondere die **Gefahr** der **Vermögensverlagerung** auf den Mehrheitsgesellschafter im Zusammenwirken mit dem Geschäftsführer zu Lasten der Minderheit bannen. Bei besonders bedeutenden Geschäften ist aber auch ein **Dritter** als **Vertragspartner** unterhalb der Schwelle des **kollusiven** Zusammenwirkens **nicht schutzwürdig**, wenn es sich ihm den Umständen nach aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer ohne Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung seine Vertretungsmacht überschreitet. Dies wird man häufig annehmen können, wenn das gesamte **Unternehmen als solches übertragen** werden soll. Einem verständigen Vertragspartner muss klar sein, dass der Geschäftsführer die GmbH nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter unternehmenslos stellen kann. Aber auch, wenn mit einer **Immobilie** nur ein einzelner Vermögensgegenstand übertragen werden soll, kann es sich nach den Umstän-

⁷² a.a.O., juris, Rn. 39.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 40.

den des Einzelfalls aufdrängen, dass der Geschäftsführer das Geschäft wegen seiner **Bedeutung** für die Gesellschaft nicht ohne Rückversicherung bei den Gesellschaftern vornehmen kann.⁷⁴

Soweit der Schutz der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht versagt, bleiben **Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer** möglich. Der Gesellschafter einer GmbH kann zudem eingreifen, wenn er Kenntnis von einem bevorstehenden Geschäft erlangt und versuchen, eine wirksame Vermögensübertragung zu verhindern. Er kann das **Vertrauen** des **Vertragspartners** auf die unbeschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers **zerstören**, indem er den vorgesehenen Vertragspartner darüber **informiert**, dass der für die Übertragung erforderliche Gesellschafterbeschluss fehlt.⁷⁵

Letztlich sind die **GmbH-Gesellschafter** auf die besonderen **Informationen**, wie sie in § 179a Abs. 2 AktG vorgesehen sind, **nicht** in gleicher Weise **angewiesen** wie die **Aktionäre**. Die Aktionäre sind ohne Anspruch auf Auslegung des Vertrags und auf Abschriften auf ihr nach Maßgabe des **§ 131 AktG** eingeschränktes **Fragerecht** in der **Hauptverhandlung** verwiesen. Insbesondere können sie weder die Erteilung einer schriftlichen Auskunft noch die Einsichtnahme in die Unterlagen der Gesellschaft verlangen. Demgegenüber ist das **individuelle Informationsrecht** des Gesellschafters nach **§ 51a GmbHG** **umfassend** ausgestaltet.⁷⁶

e)

Die **gesellschaftsrechtliche Treuepflicht** ist als **rechtsformübergreifendes Verbandsprinzip** anerkannt.⁷⁷ Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich sowohl auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft ("vertikale Treuepflicht") als auch auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ("horizontale Treuepflicht"). Der Gesellschaf-

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 41.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 43.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 44.

⁷⁷ Teilversäumnis- und Endurteil vom 14. Februar 2019 – [IX ZR 149/16](#) – juris, Rn. 16.

ter hat eine Förderpflicht gegenüber der Gesellschaft und eine Rücksichtnahmepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern.⁷⁸

Seite 26 von 57

Der **Kern** des Treuepflichtgedankens, soweit er im Kapitalgesellschaftsrecht allgemein Geltung beanspruchen kann, besteht darin, dass die Möglichkeit, durch Einflussnahme die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht verlangt, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen. Zielrichtung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist demzufolge nicht die allgemeine Rücksichtnahme auf die Belange des Mitgesellschafter, sondern die **Förderung der Gesellschaftsinteressen** und des **Gesellschaftszwecks**.⁷⁹

Zur Bestimmung des **Inhalts** der **Treuepflicht** im konkreten Einzelfall ist eine umfassende **Interessenabwägung** zu treffen. Zu den maßgeblichen **Faktoren** gehört, welche **satzungsmäßigen Zwecke** die Gesellschaft verfolgt, wie sie **gesellschaftsintern gestaltet** ist und welchen **Umfang** die **Mitgliedschaft** hat. Die Treuepflicht kann einerseits **Handlungs- und Unterlassungspflichten** enthalten; zum anderen kann sie aber auch zur Unbeachtlichkeit und Undurchsetzbarkeit ausgeübter **Gesellschafterrechte** führen.⁸⁰

Die Treuepflicht der Gesellschafter wirkt im **Insolvenzverfahren** grundsätzlich fort. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der die Schaffung der Aussonderungssperre für von einem Gesellschafter zum Gebrauch überlassene Gegenstände nach § 135 Abs. 3 InsO ausdrücklich mit dem Hinweis auf die Treuepflicht des Gesellschafter begründet hat (vgl. BT-Drucks. 16/9737, S. 59).⁸¹ Da Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten stets nur die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende **berechtigte Erwartungshaltung** der **übrigen Gesell-**

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn.17.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

schafter ist, richtet sich die Intensität der Treuepflicht im Insolvenzverfahren maßgeblich danach, ob die Fortführung der Gesellschaft als wahrscheinlich zu bewerten ist. Ist sie es nicht, zielt das Insolvenzverfahren mit einer entsprechenden Änderung des Gesellschaftszwecks auf die **Liquidation** der Gesellschaft ab. Besteht hingegen eine Fortführungswahrscheinlichkeit der Gesellschaft, kommt eine (Wieder-) Ausrichtung der Treuepflicht an das ursprünglich bestehende Pflichtenprogramm der vormals verbund tätigen Gesellschaft in Betracht.⁸² Hingegen sind von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht **weder** der Erhalt der **Insolvenzmasse** noch der **Schutz** der übrigen **Gläubiger** der Gesellschaft erfasst.⁸³

f)

Dem Gesellschafter einer GmbH bleibt die **Anfechtungsbefugnis** für die Klage gegen seinen **Ausschluss** oder die **Einziehung** seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen. Dies gilt auch dann, wenn schon vor Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte **Gesellschafterliste**, in welcher der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist.⁸⁴

g)

Wer als Gesellschafter einer GmbH als Inhaber eines Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen **Gesellschafterliste eingetragen** ist, ist hinsichtlich von Gesellschafterbeschlüssen **anfechtungsberechtigt**. Über diese Anfechtungsbefugnis hinaus ist ein **besonderes Rechtsschutzinteresse** in Bezug auf die beanstandeten Beschlüsse **nicht erforderlich**. Jeder Gesellschafter hat ein Recht darauf, dass die Gesellschafterversammlung nur solche Beschlüsse fasst, die mit Gesetz und der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag im Einklang stehen.⁸⁵ Der von einem

⁸² a.a.O., juris, Rn. 21.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁸⁴ Beschluss vom 29. Januar 2019 – [II ZR 234/18](#).

⁸⁵ Urteil vom 20. November 2018 – [II ZR 12/17](#) – juris, Rn. 20 f.

Einziehungsbeschluss betroffene Gesellschafter ist nach § 16 Abs. 1 GmbHG nicht nur anfechtungsbefugt, vielmehr sind die von ihm in Bezug auf diesen Anteil abgegebenen **Stimmen** bei der Überprüfung der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses **zu berücksichtigen**.⁸⁶

Seite 28 von 57

Nach **§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG** gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift die Vermutung des § 16 Abs. 1 GmbHG, stehen dem betreffenden Gesellschafter sämtliche Mitgliedschaftsrechte, d.h. auch das Stimmrecht, gegenüber der Gesellschaft zu, ohne dass es auf seine wahre Berechtigung ankommt.⁸⁷

Die **Legitimationswirkung** des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG greift auch bei **eingezogenen Geschäftsanteilen**. Dass die Einziehung den Untergang bzw. die Vernichtung des betroffenen Geschäftsanteils zur Folge hat und bereits mit der Mitteilung des Beschlusses an den Gesellschafter wirksam wird, wenn er weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird, steht dem nicht entgegen.⁸⁸ Die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG würde unterlaufen, würde man ihre Geltendmachung bei nachträglich festgestellter Wirksamkeit der Einziehung und damit der Unrichtigkeit der fortbestehenden Eintragung generell als treuwidrig ansehen. Eine **Rückwirkung** der **Listenänderung** ist **nur** in § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG für Handlungen des Erwerbers bei einer nicht erfolgten unverzüglichen Aufnahme der neuen Liste in das Register vorgesehen. Daher sind **Gesellschafterbeschlüsse**, die unter **Mitwirkung** des unrichtig noch eingetragenen Gesellschafters gefasst wurden, auch **nach** der **Änderung** oder **Korrektur** der Gesellschafterliste **nicht** wegen dessen Mitwirkung **anfechtbar** bzw. bleiben wirksam.⁸⁹

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 40 f.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 45.

Aus den gleichen Gründen kann auch die **Ausübung** der **Stimmrechte** durch den von der Einziehung betroffenen Gesellschafer **nicht** als **Verstoß** gegen die **gesellschafterliche Treuepflicht** gewertet werden. Die Berufung auf § 16 Abs. 1 GmbHG und die darauf gestützte Ausübung der Stimmrechte könnte wenn überhaupt nur dann als Treuepflichtverletzung gewertet werden, wenn der betroffene Gesellschafter positiv um die Wirksamkeit der Einziehung weiß oder sie sich ihm aufdrängen muss.⁹⁰

h)

Unter **Entlastung** i.S.v. **§ 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG** ist nicht nur die Billigung der Geschäftsführung eines Gesellschafters im positiven Sinne zu verstehen, sondern auch ihre Missbilligung. Das an den in § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG genannten Fall der Interessenkollision geknüpfte Stimmverbot ist über den Gesetzeswortlaut hinaus für alle Gesellschafterbeschlüsse verallgemeinerungsfähig, die darauf abzielen, das **Verhalten** eines Gesellschafters **zu billigen** oder **zu missbilligen**. In dem Stimmverbot kommt der Grundgedanke zu Ausdruck, dass ein Gesellschafter **nicht Richter in eigener Sache** sein soll.⁹¹

Allein die unberechtigte, weil nicht satzungsgemäße Übernahme der **Versammlungsleitung** als solche stellt bei der GmbH **keinen** relevanten **Verfahrensmangel** dar, der zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit sämtlicher unter dieser Versammlungsleitung gefassten Beschlüsse führt. Vielmehr bedarf es hierfür auch in diesem Fall eines für die Beschlussfassung ursächlichen oder relevanten Durchführungsfehlers bei der Versammlungsleitung.⁹² Eine **unrichtige Beschlussfeststellung** aufgrund unrichtiger **Stimmzählung** liegt nur dann vor, wenn der Fehler für das festgestellte Beschlussergebnis **ursächlich** ist.⁹³

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 46.

⁹¹ Urteil vom 20. November 2018 – [II ZR 12/17](#) – juris, Rn. 55.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 61 ff.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 48.

j)

Die **Erfüllung** der sich aus **§ 64 GmbHG a.F.** ergebenden **Pflichten** obliegt **allen Geschäftsführern** einer GmbH **persönlich**. Sie kann nicht im Wege der Geschäftsverteilung auf einen einzelnen Geschäftsführer übertragen werden. Der Geschäftsführer, der die Vermutung schuldhaften Verhaltens widerlegen will, muss daher die Gründe vortragen und erläutern, die ihn gehindert haben, eine tatsächlich bestehende Insolvenzreife der Gesellschaft zu erkennen. Bei der Bewertung dieses Vorbringens ist zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer für eine Organisation sorgen muss, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht. Ob der Geschäftsführer seiner Pflicht zur laufenden Beobachtung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens und näheren Überprüfung im Falle krisenhafter Anzeichen hinreichend nachgekommen ist, ist unter umfassender Berücksichtigung der für die Gesellschaft wirtschaftlich relevanten Umstände zu beurteilen.⁹⁴

Die **persönliche Verantwortung** des **Geschäftsführers** für die Erfüllung der **Insolvenzantragspflicht** schließt ein **arbeitsteiliges Handeln** bzw. eine **Ressortverteilung** auf der Ebene der Geschäftsführung nicht aus, wenn mehrere Personen als Geschäftsführer bestellt wurden. Eine für sich genommen zulässige Verteilung der Geschäftsführungsaufgaben entbindet denjenigen, dem hiernach nur bestimmte Aufgaben zur Erledigung zugewiesen sind, nicht von seiner eigenen Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft. Soweit es um die Wahrnehmung der nicht übertragbaren Aufgaben geht, wie die Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung, ist ein strenger Maßstab an die Erfüllung der in einem solchen Falle besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber einem Mitgeschäftsführer anzulegen.⁹⁵

⁹⁴ Urteil vom 06. November 2018 – [II ZR 11/17](#) – juris, Rn. 14.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

Eine **Geschäftsverteilung** oder **Ressortaufteilung** auf der Ebene der Geschäftsführung setzt eine **klare** und **eindeutige Abgrenzung** der **Geschäftsführungsaufgaben** auf Grund einer von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung voraus, die die **vollständige Wahrnehmung** der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstellt und ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für **nicht delegierbare Angelegenheiten** der Geschäftsführung wahrt. Eine Geschäfts- oder Ressortverteilung bedarf **nicht zwingend** der **Schriftform** oder einer **ausdrücklichen Absprache**, wenngleich die schriftliche Dokumentation regelmäßig das naheliegende und geeignete Mittel für eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung darstellt. Ob und ggf. in welchem Umfang eine solche Dokumentation erforderlich ist, muss unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Einzelfall bestimmt werden.⁹⁶

Die **Organisation** der **Aufgaben** auf **Geschäftsführungsebene** – ggf. im Rahmen der Vorgaben der Satzung oder von Beschlüssen der Gesellschafter – ist, wie die Aufgabenwahrnehmung selbst, Teil der **Unternehmensleitung**, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns zu erfüllen ist.⁹⁷ Eine diesen Anforderungen genügende **Organisation** setzt eine **klare und eindeutige Aufteilung aller Geschäftsführungsaufgaben** voraus. Bei dieser Zuordnung dürfen weder **Zweifel** über die **Abgrenzung** einzelner Aufgaben entstehen noch über die **Person** des für die Erledigung **Verantwortlichen**.⁹⁸

Eine ordnungsgemäße Erledigung von Geschäftsführungsaufgaben durch einen Mitgeschäftsführer ist ferner nur dann gewährleistet, wenn die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung von **allen Geschäftsführern einvernehmlich mitgetragen** wird und die jeweiligen Aufgaben Personen zugeordnet werden, die für die Erledigung fachlich und persönlich geeignet

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 20.

sind. Dieser Eignung müssen sich die Geschäftsführer bei der Aufgabenzuweisung vergewissern. Können die Geschäftsführer auf Grund dieser Vergewisserung von einer ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung ausgehen, ist die Zuweisung der Zuständigkeit für bestimmte Aufgaben regelmäßig so zu verstehen, dass die **Pflicht** des zuständigen Geschäftsführers zur **laufenden Unterrichtung** der weiteren Geschäftsführer über die wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft unberührt bleibt.⁹⁹

Eine wirksame Begrenzung des Verantwortungsbereichs setzt **nicht stets** eine **schriftlich fixierte Verteilung** der Aufgaben voraus,¹⁰⁰ wenngleich die schriftliche Dokumentation der Geschäftsverteilung bzw. Ressortaufteilung innerhalb der Geschäftsführung **regelmäßig** das **naheliegende** und **geeignete Mittel** für eine klare Aufgabenzuweisung und sorgfältige Unternehmensorganisation darstellt.¹⁰¹ Ein **Schriftformerfordernis** lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass ohne schriftliche Dokumentation der Aufgabenteilung die Gefahr droht, dass jeder Geschäftsführer auf die Verantwortlichkeit eines anderen verweist. Mit dieser Erwägung ist nicht die Frage einer klaren Zuständigkeitsverteilung, sondern das **Risiko** angesprochen, dass die Mitglieder der Geschäftsführung sich im Streitfall ungeachtet einer solchen wechselseitig auf ihre Unzuständigkeit berufen könnten. Für den Bereich der zivilrechtlichen Haftung der Geschäftsführer genügt es, diese mit dem Risiko zu belasten, dass sie im Streitfall den Nachweis einer nur eingeschränkten, nämlich auf Überwachung des Mitgeschäftsführers gerichteten Verantwortung führen müssen. Die aus dem Gebot einer sorgfältigen Unternehmensführung gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG abgeleiteten Organisationspflichten dienen weder dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger noch den Beweisinteressen des Rechtsverkehrs.¹⁰²

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 22.

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 24.

Eine **Aufgabenverteilung** muss auch **nicht zwingend ausdrücklich** vereinbart werden. Zwar birgt eine bloß faktische oder stillschweigend vorgenommene Aufteilung im Hinblick auf die Gefahr von Missverständnissen über die konkrete Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben typischerweise das **Risiko** von **Missverständnissen** in sich, die den vorstehend aufgezeigten Geboten der Klarheit und Eindeutigkeit widersprechen. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, dass eine auf einer faktischen Arbeitsteilung oder einer stillschweigenden Übereinkunft beruhende Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung durch ihre tatsächliche Handhabung zu einer den oben beschriebenen Anforderungen genügenden Aufgabenzuweisung erstarkt.¹⁰³

Ob eine ausreichende Kontrolle und Überwachung vorlag und hieran anknüpfend die Insolvenzreife der Gesellschaft für den verklagten Geschäftsführer erkennbar war, ist revisionsrechtlich nur daraufhin zu überprüfen, ob der **Tatrichter** insoweit alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat.¹⁰⁴

An der **Erkennbarkeit** der **Insolvenzreife** kann es fehlen, wenn der für die Überwachung des laufenden Geschäftsverkehrs zuständige Geschäftsführer seiner **Informationspflicht** gegenüber dem in Anspruch genommenen Mitgeschäftsführer **nicht nachkommt**, weil dieser die für die Beurteilung der Insolvenzreife erforderlichen Informationen schon nicht erhält. Die Erkennbarkeit wird für den Mitgeschäftsführer in diesen Fällen typischerweise zusätzlich erschwert, wenn diesem entsprechende Informationen bewusst vorenthalten werden.¹⁰⁵

Die Erkennbarkeit der Insolvenzreife fehlt auch bei einem **bewussten Vorenthalten** von Informationen über die wirtschaftliche Lage nur dann, wenn diese dem Geschäftsführer auch bei ordnungsgemäßer Überwa-

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 31.

chung des Mitgeschäftsführers nicht aufgefallen wäre. Diesbezüglich ist ein **Überprüfen** lediglich der **Kontostände** der GmbH **nicht ausreichend**, weil dies **keinen Aufschluss** über die tatsächliche **Liquidität** und die **wirtschaftliche Lage** der GmbH gibt.¹⁰⁶ Die Durchführung wöchentlicher bzw. 14-tägiger **Besprechungen** innerhalb eines Geschäftsjahres ist selbst ohne besondere Hinweise für die Notwendigkeit verschärfter Kontrollen **keine ausreichende Organisation**.¹⁰⁷ Erforderlich ist, dass der Geschäftsführer sich auf der Basis der konkreten Besprechungsinhalte und mit **gezielten Nachfragen** ein **eigenes Bild** über den Geschäftsbereich macht. Dies wird regelmäßig nur möglich sein, wenn solche mündlichen Auskünfte zumindest im Rahmen einer **Plausibilitätsprüfung** mit den wesentlichen **betriebswirtschaftlichen Kennzahlen** des Unternehmens abgeglichen werden, die – typischerweise auch in kleineren Unternehmen – beispielsweise in Form von betriebswirtschaftlichen Auswertungen vorliegen.¹⁰⁸

Die Frage nach der **gebotenen Kontrolldichte**, ob und mit welchen konkreten Maßnahmen eine Kontrolle innerhalb eines Geschäftsjahres stattzufinden hat, lässt sich nur unter Würdigung der aus den Jahresabschlüssen ersichtlichen Geschäftszahlen der Gesellschaft und dem konkreten Vorbringen des Geschäftsführers dazu ableiten, dass er im Hinblick auf die zurückliegenden Geschäftszahlen und die Erkenntnisse von den aktuellen Geschäftsabläufen keinen Anlass hatte, weitergehende Kontrollen durchzuführen. Eine lediglich jährliche Kontrolle der Geschäftszahlen wird bei der Zuständigkeit eines Mitgeschäftsführers im kaufmännischen Bereich der Gesellschaft regelmäßig nicht genügen.¹⁰⁹

Ein Geschäftsführer kann sich nicht darauf berufen, **eigene Kenntnisse** zu den behaupteten Verbindlichkeiten der GmbH lägen ihm im Hinblick auf die Ressortzuständigkeit seines Mitgeschäftsführers nicht vor. Als Ge-

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 33.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 35.

geschäftsführer ist er zwar nach § 41 GmbHG **nicht** zur **eigenhändigen Buchführung** verpflichtet. Die Zuständigkeit für die Buchführung kann unter den zuvor oben dargestellten Voraussetzungen auch auf den Mitgeschäftsführer übertragen werden. Das enthebt den Geschäftsführer aber **nicht** von seiner **grundsätzlichen Verantwortlichkeit**, für eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen. Mit der Auferlegung der Last eines **substantiierten Bestreitens** im Prozess wird vom ihm auch nichts Unmögliches verlangt, denn er ist berechtigt, Einsicht in die Buchhaltung der Gesellschaft zu nehmen.¹¹⁰

k)

§ 64 Satz 1 GmbHG ist kein Schutzgesetz i.S.d. **§ 823 Abs. 2 BGB** zu Gunsten der **GmbH**, sondern begründet eine **eigenständige Anspruchsgrundlage** der Gesellschaft bzw. einen „Ersatzanspruch eigener Art“. ¹¹¹

Dass der Geschäftsführer durch das **Zahlungsverbot** daran **gehindert** wird, das **Unternehmen** nach **Insolvenzreife fortzuführen**, ist ein **Reflex** von § 64 GmbHG. Der Normzweck verbietet es ihm, das Unternehmen auf Kosten und Gefahr der Gläubigersamtheit mit dem Risiko weiterer Masseminderungen fortzuführen. Allenfalls soweit ausnahmsweise eine **konkrete Chance** auf **Sanierung** und **Fortführung** im Insolvenzverfahren zunichte gemacht werden würde, können Zahlungen zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein und damit das Verschulden entfallen lassen (§ 64 Satz 2 GmbHG). Um dies **darzulegen**, reicht allein ein **Hinweis** auf **Bilanzen** der Schuldnerin und eine daraus ersichtliche positive wirtschaftliche Entwicklung **nicht** aus. Denn daraus lässt sich nicht schließen, dass die **einzelnen Zahlungen** zur Erhaltung einer konkreten Chance auf Sanierung und Fortführung der Schuldnerin im Insolvenzverfahren erforderlich waren.¹¹²

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 38.

¹¹¹ Beschluss vom 21. Mai 2019 – [II ZR 337/17](#) – juris, Rn. 16.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 18.

Die **Vermutung schuldhaften Verhaltens** des Geschäftsführers wird **nicht** durch den Vortrag **widerlegt**, er habe sich bereits Jahre vor dem hier fraglichen Zeitraum von der Schuldnerin **innerlich gelöst**, die **Geschäftsführertätigkeit faktisch niedergelegt** und **keine Kontrollmöglichkeiten** in Bezug auf die Geschäfte der Gesellschaft mehr gehabt. **Im Gegenteil** offenbart sich in einem solchen Sachverhalt gerade ein schuldhaftes Verhalten des Geschäftsführers. Denn der bestellte Geschäftsführer einer GmbH muss für eine Organisation sorgen, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht. Will er sich haftungsbefreiend von der Gesellschaft trennen, muss er sein Amt niederlegen.¹¹³

I)

Die **Liquidatoren** vertreten die GmbH nach § 70 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG gerichtlich und außergerichtlich. Diese **Vertretungsmacht** ist – wie die der Geschäftsführer – **grundsätzlich unbeschränkt** und **unbeschränkbar** (§ 70 Abs. 4, § 37 Abs. 2 GmbHG). Schranken ergeben sich aber auch hier bei **Missbrauch der Vertretungsmacht** nach den für die Geschäftsführer entwickelten Regeln.¹¹⁴

Nach § 70 Satz 1 GmbHG haben die Liquidatoren das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen. Die Art und Weise der Verwertung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren. Auch in der aufgelösten Gesellschaft bleibt die **hierarchische Organisation** der **GmbH** aber im Wesentlichen bestehen. Die Gesellschafter können für den Liquidator bindende Beschlüsse über die Liquidation, insbesondere über die Art der Umsetzung des Vermögens der Gesellschaft in Geld fassen. Die Gesellschafterversammlung kann Verwertungsangaben in einem Liquidationsplan beschließen oder eine Verwertungsanweisung für den Einzelfall erteilen. Vor der Durchführung einzelner Verwertungsmaßnahmen kann der Liquidator,

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹¹⁴ Urteil vom 08. Januar 2019 – [II ZR 364/18](#) – juris, Rn. 46.

ähnlich wie der Geschäftsführer derwerbenden GmbH bei Vornahme besonders bedeutsamer Geschäfte, verpflichtet sein, eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen.¹¹⁵

m)

Sofern für die **Berechnung** des **Endvermögens** i.S.v. **§ 1376 Abs. 2 BGB** der Wert einer **Unternehmensbeteiligung** (an einer GmbH) von Relevanz ist, ist dieser mit dem "vollen, wirklichen" Wert am Bewertungsstichtag anzusetzen. Grundsätze darüber, nach welcher Methode das zu geschehen hat, enthält das Gesetz nicht. Die sachverhaltsspezifische Auswahl aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Methoden und deren sachgerechte Anwendung ist Aufgabe des – sachverständig beratenen – **Tatrichters**. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht.¹¹⁶

Gemessen hieran ist es im Ausgangspunkt revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das sachverständig beratene Berufungsgericht den Wert einer Unternehmensbeteiligung wegen der Besonderheiten des zu entscheidenden Falls nicht nach der **Ertragswertmethode** ermittelt hat, die immanently auch den ideellen Wert (Goodwill) des Unternehmens abbildet und **im Regelfall geeignet** ist, um zur Bemessungsgrundlage für den Wert einer Unternehmensbeteiligung zu gelangen.¹¹⁷

Im Rahmen der **Ertragswertmethode** wird die **Summe aller zukünftigen Erträge** des fortgeführten Unternehmens ermittelt (Zukunftserfolgswert), und zwar durch eine Rückschau auf die Erträge des Unternehmens in den letzten Jahren. Auf dieser Grundlage wird eine Prognose zur Ertragslage der nächsten Jahre erstellt. Damit wird das Unternehmen in seiner Gesamtheit bewertet. Der Ertragswert eines Unternehmens ist nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen allein aus seiner Eigenschaft abzulei-

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 47.

¹¹⁶ Urteil vom 05. Dezember 2018 – [XII ZR 116/17](#) – juris, Rn. 19.

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 20.

ten, **nachhaltig ausschüttbare Überschüsse** zu produzieren; diese werden **kapitalisiert** und auf den Bewertungsstichtag bezogen.¹¹⁸

Seite 38 von 57

Der **Substanzwert** eines Unternehmens ist grundsätzlich mit dem Betrag zu bemessen, mit dem die **Gesamtheit** aller **materiellen Wirtschaftsgüter** im Falle eines **Unternehmensverkaufs** auf den gedachten Erwerber übergeht. Der Substanzbewertung liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Unternehmen durch Erwerb aller selbständig veräußerbaren und betriebsnotwendigen Vermögensgegenstände "nachgebaut" wird; daher sind für den Substanzwert bzw. Reproduktionswert grundsätzlich **Wiederbeschaffungspreise** maßgeblich. Kann der zu bewertende Vermögensgegenstand nicht ohne weiteres wiederbeschafft werden, weil es für ihn keinen relevanten Gebrauchtgütermarkt gibt, kann der Wert **hilfsweise** durch **Abschreibung** aus dem **Neupreis** entwickelt werden.¹¹⁹ Die Heranziehung des Substanzwerts bzw. Reproduktionswerts für die Bemessung des Unternehmenswerts beruht allerdings auf der Grundannahme, dass das **Unternehmen** über den Bewertungsstichtag hinaus **fortgeführt** wird.¹²⁰

Der **Liquidationswert** (Zerschlagungswert) gilt in der Regel als **unterste Grenze** des Unternehmenswerts. Sein Ansatz kommt grundsätzlich dann in Betracht, wenn das Unternehmen zur Mobilisierung des Vermögens "versilbert" werden muss, um den Zugewinnausgleich zahlen zu können, oder wenn dem Unternehmen wegen schlechter Ertragslage oder aus sonstigen Gründen keine günstige Fortführungsprognose gestellt werden kann.¹²¹

Dabei folgt aus dem **Stichtagsprinzip** des § 1384 BGB, dass für die Bewertung eines in die Zugewinnberechnung fallenden Vermögensgegenstandes grundsätzlich auf die **Erkenntnismöglichkeiten** an diesem Stich-

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 26.

tag abzustellen ist. Nach dem Stichtag eintretende Entwicklungen sind nur zu berücksichtigen, wenn sie am Stichtag schon angelegt waren. Wird ein Unternehmen freilich in keinem zu großen zeitlichen Abstand nach dem Bewertungsstichtag tatsächlich liquidiert, kann hierin ein Indiz dafür zu sehen sein, dass die Fortführungsprognose schon am Bewertungsstichtag ungünstig gewesen ist. In diesen Fällen kann sich der Liquidationswert an dem kurz nach dem Stichtag erzielten realen Verkaufserlös orientieren, sofern wesentliche Veränderungen auf dem Markt zwischen dem Stichtag und dem Veräußerungszeitpunkt nicht ersichtlich sind.¹²²

n)

Die **Grundsätze** über die **Differenzhaftung** des **Sacheinlegers** sind im Fall einer **Verschmelzung** von **Aktiengesellschaften** mit Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (§ 69 UmwG) **nicht anwendbar**. Dies beruht im Wesentlichen darauf, dass die Vorschriften des AktG, aus denen die Differenzhaftung des Sacheinlegers abgeleitet wird, nach § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG keine Anwendung finden. Sachinferent ist der übertragende Rechtsträger, dessen Gesellschafter mit der Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag nach § 13 Abs. 1 Satz 1 UmwG keine Kapitaldeckungszusage abgeben und deren Kapitaldeckungshaftung sich auch nicht mit dem Erwerb der Aktien des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) begründen lässt.¹²³

Der Gesellschafter einer GmbH unterliegt gemäß **§§ 9, 56 Abs. 2 GmbHG** einer **Differenzhaftung**, wenn der Wert der von ihm versprochenen Sacheinlage den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage nicht erreicht. Die Differenzhaftung rechtfertigt sich aus der mit der **Übernahme** des **Geschäftsanteils** zwangsläufig verbundenen **Kapitaldeckungszusage**. Die Differenzhaftung fällt daher nicht nur im Regelfall mit der

¹²² a.a.O., juris, Rn. 28.

¹²³ Teilversäumnis- und Teilendurteil vom 06. November 2018 – [II ZR 199/17](#) – juris, Rn. 10.

Gründer- bzw. Übernehmerhaftung zusammen, sondern ist mit ihr unmittelbar verknüpft.¹²⁴

Seite 40 von 57

§ 55 Abs. 1 UmwG schließt die Anwendung von § 56 Abs. 2, § 9 GmbHG bei der Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung zwar nicht ausdrücklich aus. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Anwendung der Grundsätze über die Differenzhaftung bei der GmbH durch § 55 Abs. 1 UmwG vorgesehen ist.¹²⁵ Die **Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers** kommen als **Adressaten einer Differenzhaftung** nur in Betracht, wenn diese auf Grund einer Kapitaldeckungszusage für den **Wert** des übertragenden Rechtsträgers **einzu- stehen** haben. Denn es geht um die Anwendung eines im **Recht der GmbH** verankerten **Haftungsinstituts**, dessen maßgeblicher **Verpflichtungsgrund** in der **rechtsgeschäftlichen Übernahme eines Geschäftsanteils** zu sehen ist. Die Regelung in § 24 GmbHG spricht zudem dafür, dass die Haftung für fremde Einlageverpflichtungen ohne eigene Mitwirkung einer gesetzlichen Grundlage bedarf.¹²⁶

Die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers geben auch im Fall der GmbH-Verschmelzung **keine Kapitaldeckungszusage**. Diese lässt sich weder aus dem Verschmelzungsvertrag (§ 4 Abs. 1 Satz 1 UmwG) noch aus dem Verschmelzungsbeschluss gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 UmwG ableiten. Inferent und Bezugsberechtigter fallen in der Regelungstechnik des UmwG auseinander. Besonders deutlich wird dies im Falle der Verschmelzung durch Neugründung, bei der § 36 Abs. 2 Satz 2 UmwG bestimmt, dass die übertragenden Rechtsträger den Gründern gleichstehen. Für eine unterschiedliche Behandlung der Verschmelzung durch Neugründung und derjenigen durch Aufnahme besteht kein sachlicher Grund. Durch den Verschmelzungsvertrag verpflichtet sich der übertragende Rechtsträger zur Übertragung seines Vermögens, § 4 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG. Damit ist gerade ein materieller Bezug für

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹²⁶ a.a.O., juris, Rn. 17.

die Gründer- bzw. Übernehmereigenschaft des übertragenden Rechtsträgers vorhanden.¹²⁷ § 55 Abs. 1 UmwG schließt im Übrigen explizit die Anwendung von § 55 Abs. 1 GmbHG aus, der bei einer Kapitalerhöhung eine **Übernahmeerklärung** des neuen Gesellschafters fordert. An die Stelle der Übernahmeerklärung tritt daher die **Verpflichtung des übertragenden Rechtsträgers** aus dem **Verschmelzungsvertrag**. Damit fehlt aber der maßgebliche Anknüpfungspunkt für eine **Kapitaldeckungszusage** des bezugsberechtigten **Gesellschafters**.¹²⁸

Für eine Erstreckung der Differenzhaftung auf die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ist weder im Hinblick auf deren Anteilserwerb noch deswegen Raum, weil der übertragende Rechtsträger mit der Eintragung im Handelsregister **erlischt**. Das GmbH-Recht kennt wie das Recht der AG keinen zwingenden Zusammenhang zwischen originärem Anteilserwerb und einer Differenzhaftung, weil auch im Falle einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 57c GmbHG) **keine haftungsbe gründende Übernahmeverpflichtung** besteht.¹²⁹ Es ist ferner zu berücksichtigen, dass die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers nur im Rahmen der diesem gegenüber abgegebenen Kapitaldeckungszusage einzustehen haben und **nicht** durch **Mehrheitsbeschluss** (§ 50 Abs. 1 Satz 1 UmwG) zu **weiteren Leistungen** verpflichtet werden können.¹³⁰ Eine Differenzhaftung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers kann auch nicht damit begründet werden, dass die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers im Falle der **Überbewertung** des übertragenden Rechtsträgers nicht ausreichend geschützt seien.¹³¹

Die **Differenzhaftung** nach § 56 Abs. 2, § 9 Abs. 1 GmbHG sichert das **Gebot der realen Kapitalaufbringung** in erster Linie im Interesse der **Gesellschaftsgläubiger** und des **Rechtsverkehrs**. Die Anteilseigner des

¹²⁷ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹²⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹²⁹ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹³¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

übertragenden Rechtsträgers erhalten keineswegs stets einen ihrer Differenzhaftung entsprechenden Wertzuwachs. Entsprechend ist der Differenzhaftungsanspruch nur bedingt geeignet, das Äquivalenzinteresse der Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger zu schützen.¹³²

Die **Anteilseigner** des **übernehmenden Rechtsträgers** können sich vor einer **Überbewertung** des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers **präventiv** dadurch **schützen**, dass sie gemäß §§ 48, 9 ff. UmwG die Durchführung einer **Verschmelzungsprüfung** verlangen. Daneben können sie innerhalb der Frist nach § 14 Abs. 1 UmwG den **Verschmelzungsbeschluss** mit der Begründung **anfechten**, dass der Verschmelzung infolge einer Unterbewertung des übertragenden Rechtsträgers ein fehlerhaftes Umtauschverhältnis zu Grunde liegt. Zwar stehen ihnen gegenüber den Organen des übernehmenden Rechtsträgers keine Ansprüche nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu. Ihnen sind bei einer fehlerhaften Bewertung des Vermögens der übertragenden Rechtsträger aber die Verschmelzungsprüfer nach § 11 Abs. 2 UmwG, § 323 Abs. 1 Satz 3 HGB verantwortlich. Darüber hinaus werden die Anteilseigner bei Pflichtverletzungen der Organe im Zusammenhang mit der Bewertung des übernehmenden Rechtsträgers durch den der Gesellschaft nach **§ 43 Abs. 2 GmbHG** zustehenden Anspruch **mittelbar geschützt**. Die unterschiedliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes der Anteilseigner der an einer Verschmelzung beteiligten Rechtsträger beruht – wie § 25 UmwG zeigt – zudem auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers.¹³³

o)

Ein zum **Schadensersatz** nach **§ 826 BGB** verpflichtender **existenzvernichtender Eingriff** liegt dann vor, wenn der Gesellschaft von ihren Gesellschaftern in sittenwidriger Weise das zur Tilgung ihrer Schulden erforderliche **Vermögen entzogen** und damit eine **Insolvenz verursacht** oder **vertieft** wird. Dabei müssen die Gesellschafter mit zumindest **bedingtem**

¹³² a.a.O., juris, Rn. 23.

¹³³ a.a.O., juris, Rn. 24.

Vorsatz handeln. Die **Darlegungs- und Beweislast** trägt die **Gesellschaft** bzw. der **Insolvenzverwalter**. Ob im Einzelfall diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat der **Tatrichter** festzustellen. Das **Revisionsgericht** kann nur überprüfen, ob der Tatrichter von unzutreffenden Rechtsbegriffen ausgegangen ist, ob er den Sachvortrag der Parteien nicht umfassend berücksichtigt hat oder ob seine Wertung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.¹³⁴

Der Rechtsbegriff des Vermögensentzugs setzt keinen **Abfluss** von **Vermögenswerten** aus dem Gesellschaftsvermögen voraus. Der Entzug des Gesellschaftsvermögens kann auch durch die **Erhöhung der Verbindlichkeiten** bewirkt werden, wenn hierdurch zielgerichtet und betriebsfremden Zwecken dienend die den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende **Haftungsmasse verkürzt** wird.¹³⁵ Die **Übernahme** von **Verbindlichkeiten** im Rahmen einer Haftungsübernahme kann als möglicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung wegen eines objektiven Missbrauchs einer beherrschenden Gesellschafterstellung angesehen werden. Die Mehrung von Schulden stellt einen Entzug von Gesellschaftsvermögen dar. Der Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs wird in Fällen dieser Art durch die **Merkmale** der **Finalität** und der **Betriebsfremdheit** des **Vermögensentzugs** eingegrenzt und auf diese Weise von unternehmerischen Fehlleistungen, die den Eingriffstatbestand nicht erfüllen, abgegrenzt.¹³⁶

Die **Gleichstellung** der **Übertragung** von **Verbindlichkeiten** bzw. der **Einbringung** eines **nicht überlebensfähigen Unternehmens** mit einem **Entzug** von **Aktivvermögen** wird auch dadurch gestützt, dass die Mehrung von Schulden sich aus der **Sicht** der betroffenen **Gläubiger** nicht anders darstellt als der Entzug von Aktivvermögen und es gerade bei Unternehmenstransaktionen eine Frage der Gestaltung ist, ob ein rentab-

¹³⁴ Teilversäumnis- und Teilerdurteil vom 06. November 2018 – [II ZR 199/17](#) – juris, Rn. 26.

¹³⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 30.

ler Geschäftsbereich entzogen oder ein unrentabler Geschäftsbereich ausgelagert wird.¹³⁷

Seite 44 von 57

Der **Tatbestand** des **existenzvernichtenden Eingriffs** kann als typisierter Fall einer **sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung** gemäß **§ 826 BGB** durch eine **bloße Schädigung** des **Gesellschaftsvermögens** nicht verwirklicht werden.¹³⁸ Denn durch eine **bloße Schädigung** des **Gesellschaftsvermögens** kann das den spezifischen **Eingriffstatbestand** kennzeichnende Merkmal der Sittenwidrigkeit **nicht erfüllt** sein.¹³⁹ Die **Existenzvernichtungshaftung** erklärt sich aus der **Missachtung** des **Prinzips** der **Trennung** des **Gesellschaftsvermögens** vom **Gesellschaftervermögen** und der strikten **Bindung** des ersteren zur – vorrangigen – **Befriedigung** der **Gesellschaftsgläubiger**, wie dies auch den §§ 30, 31 GmbHG zu Grunde liegt. Die Existenzvernichtungshaftung stellt daher eine das **Kapitalschutzsystem** der GmbH ergänzende Fallgruppe des § 826 BGB dar. Entsprechend lässt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit des Vermögensentzugs nur aus solchen Umständen ableiten, die Ausdruck einer Missachtung des Prinzips der Vermögenstrennung und der Kapitalbindung sind. Diese Voraussetzungen liegen bei einer bloßen Schädigung des Gesellschaftsvermögens nicht vor. In solchen Fällen ist allenfalls der allgemeine Tatbestand des § 826 BGB in Betracht zu ziehen, dessen Voraussetzungen unabhängig vom Vorliegen eines existenzvernichtenden Eingriffs erfüllt sein können.¹⁴⁰

Die **verschmelzungsbedingte Vermögensverlagerung** wird nicht vollständig erfasst, wenn die Annahme einer Vermögensverschiebung von der Gesellschaft auf den Gesellschafter durch den Erwerb von Gesellschaftsanteilen mit der Begründung abgelehnt wird, dass es für das Vermögen der Gesellschaft, die keine eigenen Geschäftsanteile halte, keine Rolle spiele, mit welchem Anteil welcher Gesellschafter beteiligt sei, sich

¹³⁷ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹³⁸ a.a.O., juris, Rn. 36.

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 38.

¹⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 39.

durch die Verschmelzung aber nur das Verhältnis der Beteiligung auf Gesellschafterebene verschoben habe. Richtig an der Argumentation ist zwar, dass die Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers in dem Fall, in dem der Wert der gewährten Anteile nicht dem Wert der untergegangenen Anteile am übertragenden Rechtsträger entspricht, im Ergebnis zu einer Vermögensverlagerung auf der Ebene der Gesellschafter führt. Dies rechtfertigt aber nicht die Schlussfolgerung, dass etwaige Vermögensvorteile der Gesellschafter nicht auf einer durch die Gesamtrechtsnachfolge bewirkten Vermögensminderung des übernehmenden Rechtsträgers beruhen. Die Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erfolgt nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG als Ausgleich für die Übertragung seines Vermögens. Eine etwaige Vermögensverschiebung auf Gesellschafterebene wird daher aus dem Vermögen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger finanziert. Entspricht das auf den übernehmenden Rechtsträger übergehende Vermögen daher nicht dem Wert der hierfür gewährten Anteile, stammt ein daraus resultierender Vermögensvorteil aus dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft.¹⁴¹

Ein die **Sittenwidrigkeit** des Eingriffs kennzeichnendes Element liegt zudem darin, wenn unter **Missachtung** des **Prinzips** der **Vermögens-trennung** die **Verbindlichkeiten** der zu übertragenden GmbH **außerhalb** eines geordneten **Liquidationsverfahrens** auf die Schuldnerin **verlagert** werden und hierdurch deren Insolvenz herbeigeführt haben. Wird die Verschmelzung nur mit der Zielsetzung vorgenommen, sich der Anteile an der zu übertragenden GmbH zu entledigen, weil deren Geschäftszweck endgültig gescheitert gewesen ist, und wird hierdurch die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der übernehmenden Schuldnerin herbeigeführt, ist das Prinzip der Vermögenstrennung und die Bindung des Vermögens der Schuldnerin zur vorrangigen Befriedigung ihrer Gläubiger dadurch missachtet worden, dass die Verschmelzung als Gestaltungsmittel eingesetzt wur-

¹⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 41.

de, um die Verbindlichkeiten der GmbH als übertragenden Rechtsträger auf die Schuldnerin zu verlagern.¹⁴²

Seite 46 von 57

Für die **Liquidation** der **zahlungsunfähigen** und/oder **überschuldeten juristischen Person** sieht das Gesetz das **Insolvenzverfahren** vor (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO). Dies hindert zwar die Durchführung einer **(sanierenden) Verschmelzung** nicht, wenn der Fortbestand des übernehmenden Rechtsträgers hierdurch nicht in Frage gestellt wird. Ebenso wie die Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft dadurch sicherstellen können, dass sie ihr in der Krise neues Kapital zuführen, kann auch die Verschmelzung eines in die Krise geratenen Rechtsträgers dazu dienen, einen zur Befriedigung der Gläubiger ausreichenden Haftungsfonds bereitzustellen.¹⁴³

Führt aber die **verschmelzungsbedingte Vereinigung** der Vermögensmassen **praktisch unausweichlich** zur **Insolvenz** des übernehmenden Rechtsträgers, ist die Verschmelzung nicht nur aus der Perspektive des übertragenden Rechtsträgers eine **Umgehung** des vom Gesetz vorgesehenen **Liquidationsverfahrens**. Eine solche Umgehung liegt vor, wenn der Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH seine beherrschende Stellung im übernehmenden Rechtsträger für eine liquidationslose Abwicklung des insolventen Rechtsträgers ausnutzt. Daneben wird das Prinzip der Vermögenstrennung beim übernehmenden Rechtsträger verletzt, wenn dessen Gesellschafter ihr Interesse an der liquidationslosen Abwicklung des übertragenden Rechtsträgers zu Lasten des zweckgebundenen Vermögens des übernehmenden Rechtsträgers durchsetzen.¹⁴⁴

Ein existenzvernichtender Eingriff kann nicht mit der Begründung verneint werden, dass mit der **Eintragung** der **Verschmelzung** nur ein **Rechtsträger** vorhanden ist, dessen Haftungsfonds den Gläubigern beider vor-maligen Rechtsträger gleichermaßen diene und dieser (gemeinsame) **Haf-**

¹⁴² a.a.O., juris, Rn. 42.

¹⁴³ a.a.O., juris, Rn. 43.

¹⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 44.

tungsfonds sei nicht beeinträchtigt. Diese Sicht blendet aus, dass der Eingriff durch die Wirkungen der Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger, namentlich der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwG, begründet ist.¹⁴⁵

4. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft (im Folgenden: AG) sind die nachfolgenden Entscheidungen ergangen:

a)

Nach **§ 112 Satz 1 AktG** vertritt der **Aufsichtsrat** die **AG gegenüber Vorstandsmitgliedern** gerichtlich und außergerichtlich. Die Regelung ist nicht nur bei **Rechtsgeschäften** der Gesellschaft anwendbar, die mit dem **Vorstandsmitglied selbst** geschlossen werden, sondern auch bei Rechtsgeschäften mit einer **Gesellschaft**, deren **alleiniger Gesellschafter** ein **Vorstandsmitglied** ist. Ob die Vorschrift darüber hinaus eingreift, wenn das Vorstandsmitglied nicht Alleingesellschafter der anderen Gesellschaft ist, sondern nur **maßgeblichen Einfluss** in ihr hat, hat der Bundesgerichtshof offen gelassen.¹⁴⁶

Dem **Wortlaut** nach gilt § 112 Satz 1 AktG nur für die Vertretung der AG gegenüber dem Vorstandsmitglied selbst.¹⁴⁷ Den **Gesetzesmaterialien** lassen sich weder Anhaltspunkte für noch gegen eine erweiternde Auslegung des Begriffs des "Vorstandsmitglieds" i.S.v. von § 112 AktG entnehmen.¹⁴⁸ Für eine analoge Erweiterung des Anwendungsbereichs spricht insbesondere der **Schutzzweck** der Norm. § 112 Satz 1 AktG soll **Interessenkollisionen vorbeugen** und eine unbefangene, von sachfremden

¹⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 47.

¹⁴⁶ Urteile vom 15. Januar 2019 – [II ZR 392/17](#) –, – [II ZR 393/17](#) – und – [II ZR 394/17](#) – juris, Rn. 10, 18.

¹⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

Erwägungen unbeeinflusste Vertretung der AG gegenüber Vorstandsmitgliedern sicherstellen. Es ist im Interesse der **Rechtssicherheit** und **Rechtsklarheit** ausreichend, dass aufgrund der gebotenen und typisierenden Betrachtung in den von der Norm geregelten Fällen regelmäßig die **abstrakte Gefahr** einer nicht unbefangenen Vertretung der AG besteht.¹⁴⁹

Es macht **keinen** entscheidenden **Unterschied**, ob das **Vorstandsmitglied** einen **Vertrag** im **eigenen Namen** mit der AG abschließt oder ob Vertragspartner der **AG** eine Gesellschaft ist, deren **alleiniger Gesellschafter** das Vorstandsmitglied ist. In diesem Fall wirtschaftlicher Identität sind das Vorstandsmitglied und die ihm gehörende Gesellschaft, die letztlich nur einen organisatorisch verselbständigten Teil seines Vermögens darstellt, gleichzusetzen. Wirtschaftlich unterscheidet sich die Situation nicht von dem von § 112 Satz 1 AktG eindeutig erfassten Fall, dass das Vorstandsmitglied für eine ihm gehörende **Einzelfirma** auftritt. In beiden Fällen besteht gleichermaßen die Gefahr der Befangenheit des Vorstands, da jede Entscheidung automatisch ersichtlich direkt auch die persönlichen wirtschaftlichen Interessen eines der Vorstandsmitglieder betrifft. Ohne Einbeziehung der Ein-Personen-Gesellschaft eines Vorstandsmitglieds wäre dagegen einer Umgehung des § 112 Satz 1 AktG und des von ihm bezweckten Schutzes der Interessen der Gesellschaft durch Einschaltung einer solchen Gesellschaft Tür und Tor geöffnet.¹⁵⁰

b)

Das **Gleichbehandlungsgebot** (§ 53a AktG) ist **verletzt**, wenn Aktionäre nach **Ablauf** der **Anmelde- und Nachweisfrist** (§ 123 AktG) zugelassen werden, obwohl die Einladung ausdrücklich darauf hinweist, dass sich ein Aktionär in der Anmeldefrist anmelden und in der Nachweisfrist legitimieren muss.¹⁵¹

¹⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 22.

¹⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁵¹ Urteil vom 09. Oktober 2018 – [II ZR 78/17](#) – juris, Rn. 12 ff.

Werden bei der **Feststellung** des **Abstimmungsergebnisses** Stimmen berücksichtigt, die nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, führt dies zur **Nichtigerklärung** des Beschlusses, wenn die zu Unrecht mitgezählten Stimmen das Abstimmungsergebnis **rechnerisch beeinflusst** haben. Das gilt nicht nur bei der Missachtung von Stimmverboten oder Stimmrechtsverlusten, sondern auch bei der Berücksichtigung der Stimmen von Aktionären, die nicht hätten zugelassen werden dürfen.¹⁵²

Der **Beschluss** des Aufsichtsrats über einen Wahlvorschlag und seine Bekanntmachung sind **nicht unwirksam**, wenn der vorgeschlagene Kandidat **nicht** den **Empfehlungen** des **Deutschen Corporate Governance Kodex** entspricht.¹⁵³ Das Abweichen von Anregungen oder Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex selbst ist kein Verstoß gegen Gesetz oder Satzung, da der Deutsche Corporate Governance Kodex weder ein Gesetz noch ein Bestandteil der Satzung ist. Ein Gesetzesverstoß (§ 243 Abs. 1 AktG), der Entlastungsbeschlüsse anfechtbar machen kann, kann vorliegen, wenn die **Entsprechenserklärung** nach **§ 161 Abs. 1 Satz 1 AktG** in einem nicht unwesentlichen Punkt unrichtig ist oder bei einer später eintretenden Abweichung von den DCGK-Empfehlungen in einem solchen Punkt nicht umgehend berichtigt wird.¹⁵⁴

5.

Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

a)

Zu den **parteifähigen Vereinigungen** i.S.v. **§ 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO** zählen sowohl die **offene Handelsgesellschaft** als auch die **Gesellschaft**

¹⁵² a.a.O., juris, Rn. 18.

¹⁵³ a.a.O., juris, Rn. 23 ff.

¹⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 25.

bürgerlichen Rechts, wenn sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet haben.¹⁵⁵

Seite 50 von 57

Nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO setzt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine parteifähige Vereinigung voraus, dass die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder -verteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.¹⁵⁶ Die **Unterlassung der Rechtsverfolgung** läuft **allgemeinen Interessen** zuwiderlaufen, wenn die antragstellende Vereinigung Aufgaben im allgemeinen Interesse wahrnimmt oder die Entscheidung größere Kreise des Wirtschaftslebens oder der Bevölkerung anspricht und soziale Wirkungen wie den Verlust einer größeren Zahl von Arbeitsplätzen oder die Schädigung einer größeren Zahl von Gläubigern nach sich ziehen könnte. Dass im Rechtsstreit allgemein interessierende **Rechtsfragen** beantwortet würden, begründet dagegen ebenso wenig ein allgemeines Interesse wie das **Einzelinteresse** Beteiligter an einer richtigen Entscheidung des Prozesses.¹⁵⁷

b)

Der **Geschäftsanteil** an einer **Limited Liability Partnership** (LLP) britischen Rechts kann gemäß § 857 Abs. 1, § 835 Abs. 1 Alt. 1, § 836 Abs. 1 ZPO **gepfändet** und an den Gläubiger **zur Einziehung überwiesen** werden.¹⁵⁸ Die Pfändung des Gesellschaftsanteils als solchem lässt sich von der **Pfändung von Ansprüchen gegen die Gesellschaft** sowie gegen **Mitgesellschafter** tatsächlich und rechtlich hinreichend trennen. Die gepfändeten (angeblichen) weiteren Ansprüche setzen eine wirksame Pfändung des Gesellschaftsanteils nicht voraus.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Beschluss vom 21. Mai 2019 – [II ZA 12/18](#) – juris, Rn. 6.

¹⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 9.

¹⁵⁸ Beschluss vom 03. April 2019 – [VII ZB 24/17](#) – juris, Rn. 37.

¹⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

Die **Pfändbarkeit** eines **Vermögensgegenstands**, mithin auch eines Anteils an einer ausländischen Gesellschaft, ist grundsätzlich nach dem gemäß der **lex fori** maßgeblichen **innerstaatlichen Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht** zu beurteilen.¹⁶⁰ Das deutsche Zwangsvollstreckungsrecht enthält keine Regelung über die Pfändung des Anteils an einer ausländischen Gesellschaft, namentlich einer LLP. Deshalb ist diejenige Vorschrift hierauf entsprechend anzuwenden, die ihrem Inhalt nach die Rechtsnatur und Struktur der LLP am ehesten erfasst. Das ist die ihrem Wortlaut nach für die Pfändung von Gesamthandanteilen, insbesondere an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB), geltende Bestimmung des § 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO.¹⁶¹

Nach deutschem Recht können grundsätzlich nur **Vermögensrechte** des Schuldners **gepfändet** werden, welche **übertragbar** sind oder einem anderen zumindest **zur Ausübung überlassen** werden können (vgl. § 851 Abs. 1, § 857 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Hierzu zählen frei veräußerliche Geschäftsanteile an Gesellschaften wie der GmbH (§ 15 Abs. 1 GmbHG), nicht jedoch Anteile, die einer gesamthänderischen Bindung unterliegen, wie regelmäßig an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, § 719 BGB.¹⁶²

Das deutsche Recht ermöglicht mit **§ 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO** jedoch die Pfändung des Anteils an dem Gesellschaftsvermögen einer GbR. Der Anwendungsbereich der Vorschrift erstreckt sich auch auf andere Personengesellschaften wie die OHG oder die KG. Die Pfändung des Gesellschaftsanteils erfasst danach die Gesamtheit der aus dem Gesellschaftsverhältnis folgenden abtretbaren und pfändbaren wirtschaftlichen Rechte und Ansprüche des Gesellschafter-Schuldners gegen die Gesellschaft. Pfändung und Überweisung ermächtigen den Gläubiger zudem zu allen im Recht des Schuldners begründeten, der Befriedigung dienenden Maßnahmen, etwa zur **Kündigung** nach § 725 BGB, § 135 HGB oder § 9 Abs. 2 PartGG zwecks **Realisierung** des **Auseinandersetzungsguthabens**.

¹⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 28.

¹⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹⁶² a.a.O., juris, Rn. 30.

§ 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO regelt mithin das typisch personengesellschaftsrechtliche Problem, dass einerseits eine Vollstreckung in den im Gesellschaftsanteil verkörperten Vermögenswert zu Gunsten des Vollstreckungsgläubigers grundsätzlich möglich sein muss, die Gläubiger des Gesellschafters also nicht darauf beschränkt sein dürfen, die laufenden Gewinn- und ähnliche Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis zu verwerten, andererseits die Gesellschafter in der Regel ein schützenswertes Interesse daran haben, dass Dritte sich nicht als Gesellschafter aufdrängen. Die Vorschrift ermöglicht deshalb eine Vollstreckung, ohne dass eine Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Gläubiger oder – wie bei der GmbH – im Wege der Veräußerung des Gesellschaftsanteils nach § 857 Abs. 1 und Abs. 5, § 844 ZPO auf Dritte stattfinden muss, was bei einer Personengesellschaft nur ausnahmsweise in Frage kommt.¹⁶³

Bei der **LLP** handelt es sich nach der **Konzeption** des **britischen Rechts** zwar um eine **eigenständige juristische Person** und eine **Art Kapitalgesellschaft**. Sie ist allerdings, was für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und zu ihren Gläubigern maßgeblich ist, im Innenverhältnis weitgehend als Personengesellschaft ausgestaltet.¹⁶⁴ Diese Gesellschaftsform hat im deutschen Recht keine Entsprechung. Ihre einer Personengesellschaft vergleichbare prägende Struktur rechtfertigt es aber, § 859 Abs. 1 Satz 1 ZPO entsprechend anzuwenden.¹⁶⁵ Der Anwendung von § 859 Abs. 1 ZPO steht Art. 49 und Art. 54 AEUV nicht entgegen.¹⁶⁶

Die **internationale Zuständigkeit** des für den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zuständigen Gerichts folgt grundsätzlich der örtlichen Zuständigkeit, die sich gemäß § 857 Abs. 1, § 828 Abs. 2 ZPO aus dem allgemeinem Gerichtsstand des Schuldners ergeben kann.¹⁶⁷ Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Pfändung und

¹⁶³ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 33.

¹⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 36.

¹⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 22.

Überweisung einer Forderung oder eines anderen Vermögensrechts setzt voraus, dass die Zwangsvollstreckung in Vermögen erfolgen soll, das sich im Inland befindet. Denn nur darauf kann in völkerrechtlich zulässiger Weise staatliche Zwangsgewalt ausgeübt werden ("Territorialprinzip").¹⁶⁸

Die Frage, ob ein Gegenstand in diesem Sinne im Inland belegen ist, ist nach nationalem Recht (lex fori) zu beantworten. Hierbei ist darauf abzustellen, ob ein hinreichender Anknüpfungspunkt für den Inlandsbezug besteht. Ein solcher ist jedenfalls dann gegeben, wenn alle Beteiligten, also der Schuldner, die betroffene Gesellschaft und der einzige Mitgesellschafter als Drittschuldner, ihren Wohnsitz beziehungsweise ihre Zweigniederlassung im Inland haben (sogenannte doppelte Belegenheit).¹⁶⁹

Die **Belegenheit** des **Gesellschaftsanteils** des Schuldners an der Drittschuldnerin ist nicht deshalb abweichend zu beurteilen, weil der **Hauptsitz** der **Drittschuldnerin** in **England** liegt. Selbst wenn eine Verwertung des gepfändeten Vermögensrechts deshalb nicht nach deutschem Zwangsvollstreckungsrecht erfolgen könnte, berührt dies die Zuständigkeit für die der Verwertung vorangehenden Maßnahmen der Pfändung und Überweisung nicht.¹⁷⁰

Die Frage der Belegenheit des Vollstreckungsgegenstands ist auch nicht wegen der unionsrechtlich garantierten **Niederlassungsfreiheit** gemäß **Artt. 49 und 54 AEUV** abweichend zu beantworten. Die Niederlassungsfreiheit wird etwa tangiert bei der Entscheidung über die Eintragung einer Zweigniederlassung, über die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft oder über die Voraussetzungen für die Errichtung einer Zweigniederlassung. Hingegen ist sie nicht berührt bei der Frage, in welchem Staat der in einem Gesellschaftsanteil verkörperte Vermögensgegenstand belegen ist und ob deswegen dieser Staat Vollstreckungsgewalt ausüben kann. Diese Frage betrifft nicht die nach dem Gesell-

¹⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 25.

schaftsstatut (sog. Gründungstheorie) zu beurteilenden Voraussetzungen, unter denen eine im EU-Ausland gegründete Gesellschaft im Inland tätig werden darf, sondern die Zuständigkeit inländischer Gerichte und ist daher als Frage des Prozessrechts nach der lex fori zu beantworten.¹⁷¹

c)

Eine Gesellschaft in der Rechtsform einer **GmbH & Co. KG** wird gemäß **§ 164 Abs. 1 Satz 1 HGB** durch die **Komplementär-GmbH vertreten**. Diese wiederum wird nach **§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG** durch den oder die **Geschäftsführer** gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Verliert die GmbH ihren (Allein-) Geschäftsführer und gesetzlichen Vertreter (durch Tod) wird sie **führungslos** i.S.v. § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Das hat zur Folge, dass die GmbH ihre **Prozessfähigkeit verliert**. Für eine GmbH & Co. KG, deren Komplementär-GmbH führungslos wird, gilt Entsprechendes.¹⁷²

Für die zulässige **Einlegung** eines **Rechtsmittels** durch eine Gesellschaft ohne gesetzlichen Vertreter reicht es aus, wenn sie noch als **prozessfähige Gesellschaft** einen **Rechtsanwalt** mit ihrer Vertretung **beauftragt** und Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels erteilt hat. Eine solche **Vollmacht** wird gemäß **§ 86 ZPO** durch den Verlust der Prozessfähigkeit des Vollmachtgebers nicht berührt, und zwar unabhängig davon, ob diese Veränderung vor oder nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit stattgefunden hat. Deshalb ist § 86 ZPO auch dann anzuwenden, wenn der Wegfall nach Erteilung der Vollmacht, aber noch vor Einleitung des Rechtsstreits eingetreten ist. Der Prozessbevollmächtigte kann auch in diesem Fall wirksam Klage erheben, ein Rechtsmittel einlegen und einen postulationsfähigen Rechtsanwalt für die Revisionsinstanz beauftragen. Voraussetzung für die Anwendung des § 86 ZPO ist, dass der Wegfall der Prozessfähig-

¹⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹⁷² Beschluss vom 06. Februar 2019 – [VII ZB 78/17](#) – juris, Rn. 21.

keit des Vollmachtgebers nach der Erteilung der Vollmacht eingetreten ist.¹⁷³

Seite 55 von 57

Nach § 161 Abs. 2 i.V.m. § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB führt der **Tod** eines **Geschafters** einer **Kommanditgesellschaft** zu dessen Ausscheiden, falls nicht im Gesellschaftsvertrag Abweichendes bestimmt ist. Verstirbt der **einzige Kommanditist** und scheidet mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus, verbleibt als Geschafterin nur die Komplementär-GmbH mit der Folge, dass eine **liquidationslose Vollbeendigung** der Gesellschaft unter **Gesamtrechtsnachfolge** der einzig verbliebenen Geschafterin eintritt. In diesem Fall erlischt eine einem Prokuristen erteilte Prokura nicht, weil der Rechtsträger des Unternehmens durch die etwaige liquidationslose Vollbeendigung unter Gesamtrechtsnachfolge der Komplementär-GmbH – wenn auch in anderer Form – fortbesteht. Die im Namen der Gesellschaft abgegebenen Prozesshandlungen können in diesem Fall ggf. als Prozesshandlungen im Namen der Gesamtrechtsnachfolgerin auszulegen sein, wobei dann ggf. das **Rubrum zu berichtigen** ist.¹⁷⁴

Sofern eine liquidationslose Vollbeendigung der Gesellschaft durch die Löschung der Komplementär-GmbH im Handelsregister unter Gesamtrechtsnachfolge des einzig verbliebenen Geschafters (Kommanditisten oder Kommanditistin) eingetreten ist und damit ein **gesetzlicher Parteiwechsel** während des gerichtlichen Verfahrens stattgefunden hat, bevor die Löschung der Gesellschaft Klägerin im Handelsregister erfolgte, wären auf diesen Rechtsübergang die §§ 239, 246 ZPO sinngemäß anzuwenden.¹⁷⁵

d)

Hinsichtlich der Frage der **insolvenzrechtlichen Einordnung** der **Abfindungsforderung** eines vor der Insolvenz der Gesellschaft (im Streitfall:

¹⁷³ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 30.

GmbH & Co. KG) **ausgeschiedenen Gesellschafter** ist der Zulassungsgrund der **Rechtsfortbildung** gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO gegeben. Die Frage ist höchstrichterlich noch nicht entschieden und wird in der bisherigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet.¹⁷⁶

e)

Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage (im Streitfall gegen eine GmbH) verfolgen **dasselbe materielle Ziel**, nämlich die richterliche Klärung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses mit Wirkung für und gegen jedermann. Soweit diesen Klagen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt, ist es eine vom Gericht durch Subsumtion zu beantwortende, reversible Rechtsfrage, ob § 248 AktG oder § 249 AktG (analog) Anwendung findet. Insoweit liegt **derselbe Streitgegenstand** vor. Dementsprechend erstreckt sich die **Rechtskraft** eines auf eine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage hin ergehenden Urteils auch unabhängig von der Formulierung des Klageantrags sowohl auf die Beurteilung von Nichtigkeits- als auch von Anfechtungsgründen aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts. Wird eine dieser Klagen **rechtskräftig abgewiesen**, ist die Erhebung einer weiteren Klage mit identischem Streitgegenstand gleichgültig in welcher Form unzulässig. Wird einer solchen **Klage stattgegeben**, so ist die Erhebung einer erneuten derartigen Klage auch bei Wechsel der Klageart ebenfalls ausgeschlossen. Das gilt nicht nur in Fällen, in denen die Feststellung der Nichtigkeit beantragt wurde, weil der Nichtigkeitsantrag als weitergehender Antrag den Anfechtungsantrag einschließt. Vielmehr kann auch einen Antrag auf Nichtigklärung in einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit umgedeutet werden.¹⁷⁷

f)

Enthält sowohl der **Gesellschaftsvertrag** der **klagenden GmbH** als auch der **Anstellungsvertrag** des auf Schadensersatz wegen nicht genehmig-

¹⁷⁶ Beschluss vom 20. November 2018 – [II ZA 8/18](#) – juris, Rn. 12.

¹⁷⁷ Urteil vom 20. November 2018 – [II ZR 12/17](#) – juris, Rn. 68.

ter Nebentätigkeit (als Steuerberater) verklagten **Geschäftsführers** eine **Schiedsklausel**, so ist die Klage nach § 1032 Abs. 1 ZPO unzulässig, wenn der Beklagte die an **keine Form gebundene Einrede** des Schiedsvertrags erhebt. Hierfür genügt es, dass er seinen Willen hinreichend zum Ausdruck bringt, dass die Sachentscheidung nicht von dem angerufenen staatlichen Gericht, sondern von einem Schiedsgericht getroffen werden soll. Erforderlich ist aber, dass der Beklagte bei Erhebung der Schiedseinrede die Schiedsvereinbarung, auf die er die Einrede stützen will, konkret bezeichnet. Sodann kann das staatliche Gericht entsprechend dem Regelungszweck des § 1032 Abs. 1 ZPO vor der Befassung mit der Begründetheit der Klage prüfen, ob die Schiedsvereinbarung seiner Zuständigkeit entgegensteht oder ob sie nichtig, unwirksam oder undurchführbar i.S.d. § 1032 Abs. 1 ZPO ist. Ist die Vorinstanz der **Rüge** nicht gefolgt, muss sie im **Rechtsmittelverfahren wiederholt** werden.¹⁷⁸

Karlsruhe, den 28. August 2019

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹⁷⁸ Urteil vom 20. November 2018 – [II ZR 328/17](#) – juris, Rn. 13.