

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2014

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 2. Halbjahr 2014 ergangenen und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.¹ Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.²

1.

Recht der Personengesellschaft

Zum Recht der Personengesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Bei einer **Personen- bzw. Personenhandelsgesellschaft** schulden sich die Gesellschafter aufgrund des durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vertragsverhältnisses gegenseitig **Rücksichtnahme**. Dies umfasst

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.

die Pflicht, die Ausübung von Gesellschaftsrechten nicht zu behindern oder zu verhindern. Jedem Gesellschafter steht das **unentziehbare Mitgliedschaftsrecht** zu, seine Vertragspartner zu kennen. Denn ohne diese Kenntnis kann das Gesellschafterrecht nicht ausgeübt werden, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen. Das auf **Kenntnis der Mitgesellschafter** gerichtete **Auskunftsbegehren** eines Gesellschafters ist nur durch das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) und das Schikaneverbot (§ 226 BGB) begrenzt. Diese Grundsätze gelten auch für einen Beteiligungs-Fonds in Form einer GmbH & Co. KG. Einem nur mittelbar beteiligten Treugeber kann daher ein entsprechender Auskunftsanspruch gegenüber einem Gründungskommanditisten zustehen, über den er sich ebenso wie zahlreiche weitere Anleger mittelbar an der Fondsgesellschaft beteiligt hat.³

Zwischen den einzelnen **Treugebern** der **Fondsgesellschaft** besteht zwar regelmäßig **keine Innengesellschaft**, aus der ein Auskunftsrecht hergeleitet werden kann.⁴ Ist der Treugeber jedoch im Gegensatz zu einem klassischen Treuhandverhältnis mit bloß schuldrechtlichen Beziehungen nach den Regelungen im Gesellschafts- und Treuhandvertrag im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zu den Treugebern einem **unmittelbar beteiligten Gesellschafter gleichgestellt**, besteht ein **Auskunftsanspruch** sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegen jeden Mitgesellschafter, der die Auskunft unschwer erteilen kann. Dies ist bei einer das **Anlegerregister führenden Treuhänderin** regelmäßig der Fall. Sie hat deswegen Auskunft über Namen und Anschriften der weiteren Treugeberkommanditisten und der direkt beigetretenen Kommanditisten der Beteiligungsgesellschaft zu erteilen.⁵ Besteht keine andere Möglichkeit, an die Namen und Anschriften der übrigen Beteiligten zu gelangen und so das für das Einberufungsver-

³ Urteil vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 277/13](#) – BB 2015, 523 = WM 2015, 328, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt; Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 374/13](#) – juris; Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZB 24/13](#) - juris, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴ Urteil vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 277/13](#) – juris, Rn. 9; Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 374/13](#) – juris, Rn. 5.

⁵ Urteil vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 277/13](#) – juris, Rn. 27 ff.

langen erforderliche Quorum zu erreichen, hätte es die Treugeberkommanditistin andernfalls in der Hand, die Ausübung des Mitgliedschaftsrechts auf Dauer und endgültig zu verhindern.⁶

Eine den Auskunftsanspruch begründende **Gleichstellung** des **Treuebers** mit einem unmittelbar beteiligten **Gesellschafter** ist typischerweise anzunehmen, wenn eine mittelbare Beteiligung der erst noch zu werbenden Anleger als Treugeber von vornherein vorgesehen ist. Dies ist bei **Publikumsgesellschaften** häufig der Fall. Zumeist wird insoweit eine **Verzahnung** von **Gesellschaft und Treuhand** im Gesellschaftsvertrag dadurch vorgenommen, dass bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger bereits im Gesellschaftsvertrag geregelt sind.⁷

Dem Auskunftsanspruch eines Treuebers stehen schützenswerte **Anonymitätsinteressen** der **übrigen Treueber nicht** entgegen. Denn der Gesellschafter einer Publikumspersonengesellschaft hat – wie auch ein GmbH-Gesellschafter – grundsätzlich gegen einen Mitgesellschafter, der seinen Gesellschaftsanteil treuhänderisch für einen Dritten hält, einen Anspruch darauf zu erfahren, wer dessen Treugeber ist.⁸ Zudem ist ein Anonymitätsinteresse der Treueber auch dann nicht schützenswert, wenn zum einen nach dem Fondsprospekt ohnehin beabsichtigt ist, nach einer gewissen Übergangszeit aus steuerlichen Gründen sämtliche Treuhandverhältnisse aufzulösen und den Treuebern durch Eintragung ins Handelsregister die Stellung unmittelbarer Kommanditisten zu verschaffen, und zum anderen alle Beitretenden diesen Prospekt für sich als verbindlich anerkannt haben.⁹

Ein Anspruch auf **Auskunft** kann sich nicht nur aus dem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis, sondern daneben auch aus dem **Treuhandverhältnis** selbst ergeben (§ 666 BGB), sofern dieses gesellschaftsvertrag-

⁶ Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 374/13](#) – juris, Rn. 6.

⁷ Urteil vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 277/13](#) – juris, Rn. 13.

⁸ Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 374/13](#) – juris, Rn. 7.

⁹ Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 374/13](#) – juris, Rn. 12.

lich überlagert ist.¹⁰ Dies ist etwa der Fall, wenn bereits die Begründung des jeweiligen Treuhandverhältnisses durch den Abschluss eines **dreiseitigen Vertrags** zwischen der Treuhänderin, dem einzelnen Treugeber und der Fondsgesellschaft erfolgt, der Beitritt zur Fondsgesellschaft einem Anleger nur als Treugeber möglich ist und zwischen allen drei vertragsschließenden Parteien des Treuhandvertrages bestimmte Rechte und Pflichten (insbesondere bezüglich der Gewinnverteilung und der Stimmrechtsausübung) für ihr Verhältnis untereinander vereinbart werden. Wird das **Treuhandverhältnis** solchermaßen **gesellschaftsvertraglich überlagert**, ist es der Treuhänderin verwehrt, sich darauf zu berufen, die Namen und Anschriften der anderen Treugeber seien von ihrer Auskunftspflicht gemäß § 666 BGB aus der Verwaltungstreuhand nicht umfasst.¹¹

b)

Ein Anspruch auf **Rückabwicklung** einer **mehrgliedrigen stillen Gesellschaft** ist **nach** ihrer **Invollzugsetzung ausgeschlossen**. Für die Annahme eines mehrgliedrigen stillen Gesellschaftsverhältnisses kommt es allein auf die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen an. Es ist nicht erforderlich, dass im Gesellschaftsvertrag das Wort „mehrgliedrig“ ausdrücklich aufgeführt wird.¹² Kann das **Rückabwicklungsbegehren** eines Anlegers – wie regelmäßig – in eine **Kündigung** seines Gesellschaftsverhältnisses aus wichtigem Grund **umgedeutet** werden, so kann er neben seinem **Abfindungsguthaben** auch **Schadensersatz** verlangen, sofern hierdurch die Abfindungsansprüche der anderen stillen Gesellschafter nicht beeinträchtigt werden.¹³ Denn der Geschädigte ist nicht an eine von ihm ursprünglich gewählte Art der Schadensberechnung gebunden.

Der (atypisch) stille Gesellschafter kann sein **Klagevorbringen** somit **umstellen** und Schadensersatz unter Anrechnung seines Abfindungsgutha-

¹⁰ Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 374/13](#) – juris, Rn. 10 f.

¹¹ Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 374/13](#) – juris, Rn. 11.

¹² Urteil vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 376/13](#) – juris, Rn. 11.

¹³ Urteil vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 376/13](#) – juris, Rn. 13.

bens verlangen. Die hierfür notwendige Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses kann üblicherweise in der Erhebung der Klage auf Rückabwicklung gesehen werden.¹⁴ Mit der darin enthaltenen Erklärung, den Beitritt zur Gesellschaft mit rückwirkender Kraft beseitigen zu wollen, bringt der Gesellschafter regelmäßig seinen Willen zum Ausdruck, die Bindung an die Gesellschaft und an die Mitgesellschafter zumindest mit sofortiger Wirkung zu beenden.¹⁵ Eine solche **Umdeutung** ist aber **nicht möglich**, wenn der Kläger aus abgetretenem Recht vorgeht und eine **Kündigung** des Gesellschaftsverhältnisses durch den **Zedenten nicht festgestellt** werden kann.¹⁶

c)

Bei der **Auflösung** einer **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** werden die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden **gegenseitigen Ansprüche zu unselbständigen Rechnungsposten** der Auseinandersetzungsrechnung.¹⁷ Soweit die Gesellschafter über die Schlussabrechnung gerichtlich streiten, betrifft ihr wechselseitiges Angriffs- und Verteidigungsvorbringen **denselben Streitgegenstand**. Beanstandungen einer Prozesspartei zu einzelnen Positionen der Auseinandersetzungsrechnung können daher nicht nur für die Begründung der eigenen Klage bzw. des eigenen Rechtsmittels, sondern zugleich für die Verteidigung gegen das gegnerische Vorbringen oder das Rechtsmittel des Gegners von Belang sein. Denn die jeweils angestrebte Abrechnungskorrektur kann durch einen Erfolg des Gegners in einer anderen Einzelfrage der Abrechnung im Ergebnis (teilweise) wieder ausgeglichen werden.¹⁸

¹⁴ Urteil vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 376/13](#) – juris, Rn. 15.

¹⁵ Ebenso Beschlüsse vom 23. September 2014 – [II ZR 314/13](#), [II ZR 317/13](#), [II ZR 319/13](#), [II ZR 320/13](#) und [II ZR 373/13](#); Beschluss vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 373/13](#); Urteile vom 29. Juli 2014 – [II ZR 102/13](#), [II ZR 170/13](#), [II ZR 193/13](#) (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt), [II ZR 199/13](#), [II ZR 218/13](#), [II ZR 230/13](#), [II ZR 236/13](#) (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt), [II ZR 240/13](#), [II ZR 274/13](#) und [II ZR 276/13](#) (an diesem Verfahren war unsere Kanzlei ebenfalls beteiligt); Urteile vom 15. September 2014 – [II ZR 411/13](#) – und vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 376/13](#).

¹⁶ Beschluss vom 23. September 2014 – [II ZR 373/13](#); Beschluss vom 16. Dezember 2014 – [II ZR 373/13](#).

¹⁷ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZR 22/13](#) – juris.

¹⁸ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZR 22/13](#) – juris, Rn. 4 f.

d)

Nach dem **gesetzlichen Leitbild** werden die **Gesellschafter** einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Erfüllung ihrer Beitragspflicht (§ 706 BGB) regelmäßig und von vornherein **für die Gesellschaft tätig**.¹⁹ Sind demgegenüber die Gesellschafter **abweichend** von diesem gesetzlichen Leitbild nach der gesellschaftsvertraglichen Regelung für eigene Rechnung tätig, sollen aber die von ihnen erzielten Einnahmen der Gesellschaft zustehen und soll dies anteilig auch für die bei ihrem Ausscheiden noch schwebenden Geschäfte gelten, so kann nur bezogen auf den jeweiligen **Einzelfall** unter Berücksichtigung der Bestimmungen des **Gesellschaftsvertrags** entschieden werden, ob **§ 740 BGB** – ggf. analog – anzuwenden ist. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn sich dem Gesellschaftsvertrag hierfür hinreichende Anhaltspunkte entnehmen lassen.²⁰

Mangels einer anderslautenden gesellschaftsvertraglichen Regelung ist die Abfindung eines aus einer **Freiberufersozietät** ausscheidenden Gesellschafters regelmäßig in der Weise zu leisten, dass die **Sachwerte aufgeteilt** werden und allen Gesellschaftern die unbeschränkte Möglichkeit eingeräumt wird, um die **Mandanten zu werben**. Ist ein Werben um bestimmte Mandate rechtlich nicht möglich, so sind die von dem ausscheidenden Gesellschafter übernommenen Mandate zu bewerten und auf einen etwaigen Abfindungsanspruch anzurechnen.²¹

e)

Bei der **GmbH & Co. KG** ist eine **Zahlung** aus dem Vermögen der **Kommanditgesellschaft** an einen **Gesellschafter** der Komplementär-GmbH oder an einen Kommanditisten eine nach **§ 30 Abs. 1 GmbHG** verbotene Auszahlung, wenn dadurch das Vermögen der GmbH unter die

¹⁹ Beschluss vom 29. Juli 2014 – [II ZR 360/12](#) – juris.

²⁰ Beschluss vom 29. Juli 2014 – [II ZR 360/12](#) – juris, Rn. 8 f.

²¹ Beschluss vom 29. Juli 2014 – [II ZR 360/12](#) – juris, Rn. 12.

Stammkapitalziffer sinkt oder eine bilanzielle Überschuldung vertieft wird.²²

Seite 7 von 52

Als persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft muss die **GmbH** für deren Verbindlichkeiten einstehen. Sie hat somit einen entsprechenden **Passivposten** in ihrer Bilanz zu bilden. Andererseits hat die GmbH jedoch gegen die Kommanditgesellschaft einen **Freistellungsanspruch** aus **§§ 161 Abs. 2, 110 HGB**, den sie in ihrer Bilanz **aktivieren** kann. Dieser Freistellungsanspruch der GmbH ist nicht durchsetzbar, wenn eine Zahlung oder sonstige Leistung der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter zur Aushöhlung ihres Vermögens geführt hatte.²³ Der Freistellungsanspruch kann dann in der GmbH-Bilanz auch nicht aktiviert werden. Eine Realisierung und damit eine Aktivierung des Freistellungsanspruchs scheiden grundsätzlich aus, wenn die Kommanditgesellschaft überschuldet ist. Soweit es um die Bewertung des Freistellungsanspruchs geht, sind die tatsächlichen Werte der Vermögensgegenstände der Kommanditgesellschaft anzusetzen. Die handelsrechtlichen Bewertungsansätze sind dafür nicht maßgeblich.²⁴

Sofern der Zahlungsempfänger (auch) Gesellschafter der Komplementär-GmbH ist, kann eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung selbst dann vorliegen, wenn **neben** der **GmbH** eine **natürliche Person** als **weiterer Komplementär** unbeschränkt haftet.²⁵ Sofern dies der Fall ist, haften beiden nach § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft im Außenverhältnis als **Gesamtschuldner** im Sinne von § 426 BGB. Ob sich hieraus für die GmbH ein Freistellungsanspruch ergibt, hängt von den **Haftungsquoten** der beiden persönlich haftenden Gesellschafter ab. Die Haftungsquote des einzelnen Gesellschafters entspricht den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen bzw. dem je-

²² Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – DB 2015, 369 = DStR 2015, 597 = GmbHR 2015, 248 = NZG 2015, 225 = WM 2015, 333 = ZInso 2015, 356 = ZIP 2015, 322.

²³ Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – juris, Rn. 8.

²⁴ Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – juris, Rn. 17.

²⁵ Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – juris, Rn. 9.

weiligen Gewinn- und Verlustanteil. Ein danach rechtlich bestehender und unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des weiteren Komplementärs auch realisierbarer Freistellungsanspruch kann von der GmbH aktiviert werden.²⁶ Dies kann im Hinblick auf die im Rahmen von § 30 Abs. 1 GmbHG haftungsrelevante Frage von Bedeutung sein, ob durch eine Auszahlung der Kommanditgesellschaft bei der GmbH eine Unterbilanz entstanden ist oder vertieft wird.

Liegt eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG **verbotene Auszahlungen** aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH vor, so **haftet der Geschäftsführer** der Komplementär-GmbH persönlich (§ 43 Abs. 3 GmbHG). Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Bindung kann aber die GmbH aus dem Verstoß gegen das Verbot des § 30 GmbHG selbst keinen Vorteil zu Lasten des Vermögens der Kommanditgesellschaft ziehen. Deshalb kann die GmbH auch keine Leistung an sich, sondern nur **Rückzahlung** in das Vermögen der **Kommanditgesellschaft** verlangen.²⁷ Das **Einverständnis** der **Gesellschafter** mit den Entnahmen entlastet den GmbH-Geschäftsführer nicht. Er muss unabhängig von etwaigen Weisungen dafür sorgen, dass das Stammkapital der GmbH nicht angegriffen wird.²⁸ **Duldet** der GmbH-Geschäftsführer eine **unberechtigte Entnahme**, liegt allein darin grundsätzlich **keine** (haftungsbegründende) **Pflichtverletzung** im Sinne von § 43 Abs. 2 GmbHG, sofern dies im – zumindest stillschweigenden – **Einverständnis** mit sämtlichen Gesellschaftern steht. Dies gilt nicht für Fälle des § 43 Abs. 3 GmbHG oder der Existenzvernichtung.²⁹

f)

Die **Ersatzpflicht** des **Geschäftsführers** der Komplementär-GmbH einer **GmbH & Co. KG** für Zahlungen **nach Insolvenzreife** (§§ 130a Abs. 1; 177a Satz 1 HGB) **entfällt**, soweit die durch die Zahlung verursachte

²⁶ Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – juris, Rn. 11.

²⁷ Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – juris, Rn. 12.

²⁸ Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – juris, Rn. 13.

²⁹ Urteil vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 360/13](#) – juris, Rn. 15.

Schmälerung der Masse **ausgeglichen** wird. Die Erstattungspflicht des Geschäftsführers entfällt nicht nur bei einem Ausgleich durch ihn selbst, sondern auch, wenn die Verkürzung der Masse anderweitig kompensiert. Es besteht daher kein Erstattungsanspruch, sofern es dem Insolvenzverwalter gelingt, durch eine Insolvenzanfechtung eine Rückerstattung der Zahlung zu erreichen. Ebenso wenig besteht ein Erstattungsanspruch, wenn die Masseverkürzung dadurch ausgeglichen wird, dass für die Zahlung ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt und der Sache nach lediglich ein Aktiventausch vorliegt.³⁰ Es ist aber nicht jeder beliebige Massezufluss als Kompensation zu werten. Es muss ein **unmittelbarer Zusammenhang** mit der Masseschmälerung vorliegen.³¹

Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Gegenstand des Massezuflusses bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch vorhanden ist. Entscheidend für die Bewertung ist allein der Zeitpunkt, in dem die Masseverkürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird. Die Masseverkürzung ist ausgeglichen und die Haftung des Organs entfällt, sobald und soweit ein ausgleichender Wert endgültig in das Gesellschaftsvermögen gelangt. Wird ein die Masseschmälerung ausgleichender Gegenstand bzw. eine solche Zahlung danach wieder ausgegeben, kann dies ggf. zu einem neuen Erstattungsanspruch nach § 130a Abs. 1 HGB führen.³²

Eine dem Gesellschaftsorgan **nicht zurechenbare**, insbesondere zufällige **Verschlechterung** des kompensierenden Gegenstands vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt **nicht** unter den **Schutzzweck** des § 130a Abs. 1 HGB.³³ Die Regelung erfasst auch keine **Insolvenzverschleppungsschäden**, die nicht in einer Masseschmälerung durch Zahlung bestehen. Insoweit kann der Geschäftsführer nach **§ 15a Abs. 1 InsO** in

³⁰ Urteil vom 18. November 2014 – [II ZR 231/13](#) – AG 2015, 122 = DB 2015, 55 = GmbHR 2015, 137 = NZG 2015, 149 = NZI 2015, 133 = ZInso 2015, 94 = ZIP 2015, 71.

³¹ Urteil vom 18. November 2014 – [II ZR 231/13](#) – juris, Rn. 10.

³² Urteil vom 18. November 2014 – [II ZR 231/13](#) – juris, Rn. 11.

³³ Urteil vom 18. November 2014 – [II ZR 231/13](#) – juris, Rn. 12.

Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB haften.³⁴ Bei einer durch das Organ veranlassten Verarbeitung oder ähnlichen Fällen eines Verlusts eines als Ausgleich in die Masse gelangten Gegenstands entstehen keine Schutzlücken. Denn regelmäßig bleibt der geschaffene Wert im Vermögen der Gesellschaft erhalten oder es wird eine Gegenleistung erwirtschaftet. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, kommt auch hier eine Haftung nach § 15a Abs. 1 InsO in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB wegen Insolvenzverschleppung in Betracht.³⁵

g)

Die Reichweite allgemeiner **Mehrheitsklauseln** in **Personengesellschaftsverträgen** ist nach der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 21. Oktober 2014 – II ZR 84/13 – **nicht** (mehr) durch den früher sogenannten **Bestimmtheitsgrundsatz** dahin **beschränkt**, dass nur gewöhnliche Beschlussgegenstände, nicht aber solche Beschlussgegenstände erfasst werden, welche Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder andere Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder die sich auf ungewöhnliche Geschäfte beziehen oder in die Rechtspositionen der Gesellschafter eingreifen.³⁶

Schon nach der **bisherigen Senatsrechtsprechung**³⁷ ist es nicht erforderlich, dass eine Mehrheitsklausel stets die betroffenen Beschlussgegenstände minutiös auflistet, Denn dies würde den Bestimmtheitsgrundsatz zu einer Förmelerei denaturieren. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt eine Verankerung der Mehrheitsmacht im Gesellschaftsvertrag auch nur als Eingangsvoraussetzung für die Gültigkeit einer Mehrheitsentscheidung. Daher ist es ausreichend, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag – sei es auch nur durch dessen Auslegung – eindeutig ergibt, dass

³⁴ Nach den beiden Beschlüssen des 4. Strafsenats vom 18. Dezember 2014 – [4 StR 323/14](#) – und – [4 StR 324/14](#) – kann auch der faktische GmbH-Geschäftsführer Täter einer nach § 15a InsO strafbaren Insolvenzverschleppung sein.

³⁵ Urteil vom 18. November 2014 – [II ZR 231/13](#) – juris, Rn. 13.

³⁶ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – BB 2015, 328 = DB 2014, 2640 = DNotZ 2015, 65 = DSr 2014, 2403 = GmbHR 2014, 1303 = NZG 2014, 1296 = ZIP 2014, 2231.

³⁷ So zum Beispiel Urteil vom 15. Januar 2007 – [II ZR 245/05](#) – OTTO – juris, Rn. 9 f.

der in Frage stehende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll.³⁸ Sonach geht es schon auf der Basis der bisherigen Senatsrechtsprechung bei der Prüfung auf der **ersten Stufe** nur um die **formelle Legitimation** für Mehrheitsentscheidungen auf der Grundlage einer Mehrheitsklausel, die als solche eine wertneutrale Verfahrensregel ist.³⁹

Die Wirksamkeit der jeweiligen Mehrheitsentscheidung setzt neben dieser Prüfung ihrer formellen Legitimation durch eine Mehrheitsklausel auf der ersten Stufe aber auch eine **inhaltliche Prüfung** auf der **zweiten Stufe** (materielle Legitimation) unter dem Aspekt einer etwaigen Verletzung der gesellschaftlicher Treuepflicht der Mehrheit gegenüber der Minderheit voraus. Dies gilt allgemein für alle Beschlussgegenstände, also auch bei sogenannten „Grundlagengeschäften“ oder Maßnahmen, die in den „Kernbereich“ der Mitgliedschaftsrechte bzw. in absolut oder relativ unentziehbare Rechte der Minderheit eingreifen.⁴⁰ Werden **absolute oder relativ unentziehbare Rechte** beschränkt, ist bei der Prüfung auf der zweiten Stufe regelmäßig eine **treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht** anzunehmen. Hingegen hat in den sonstigen Fällen die Minderheit den Nachweis einer treupflichtwidrigen Mehrheitsentscheidung zu führen. Die Bejahung einer Verletzung der gesellschaftlicher Treuepflicht auf der zweiten Stufe lässt indes die Wirksamkeit der Mehrheitsklausel als solcher und damit die Bejahung der formellen Legitimität der auf ihrer Grundlage getroffenen Mehrheitsentscheidungen unberührt. Schon nach der bisherigen Senatsrechtsprechung ist die (formelle) Reichweite allgemeiner Mehrheitsklauseln weder durch den sogenannten Bestimmtheitsgrundsatz noch aus anderen Gründen auf gewöhnliche Geschäfte beschränkt. Vielmehr ist die formelle Legitimation einer auf eine Mehrheitsklausel gestützten Mehrheitsentscheidung auch bei einem ein außergewöhnliches oder ein „Grundlagengeschäft“ betreffenden Be-

³⁸ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 10.

³⁹ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 11 f.

⁴⁰ Siehe Senatsurteil vom 24. November 2008 – [II ZR 116/08](#) – Schutzgemeinschaftsvertrag II – juris, Rn. 16 f.

schluss gegeben, wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergibt, dass der betreffende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll.⁴¹

Dem sogenannten **Bestimmtheitsgrundsatz** kommt mithin für die **formelle Legitimation** einer **Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung** (mehr) zu. Die Prüfung der formellen Legitimation auf der ersten Stufe erfolgt vielmehr im Wege der **Auslegung** des **Gesellschaftsvertrags** nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen. Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist der frühere Bestimmtheitsgrundsatz auch **nicht** in Gestalt einer **Auslegungsregel** des Inhalts zu berücksichtigen, dass allgemeine Mehrheitsklauseln restriktiv auszulegen sind oder Beschlussgegenstände, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, jedenfalls von allgemeinen Mehrheitsklauseln, die außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurden, regelmäßig nicht erfasst werden. Eine solche Auslegungsregel findet im Gesetz keine Stütze. Die Zweifelsregel in § 709 Abs. 2 BGB, § 119 Abs. 2 HGB bezieht sich nur auf die Berechnung der Mehrheit der Stimmen. Da sich die durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags vorzunehmende Feststellung, ob im konkreten Fall für die formelle Legitimation eines Beschlusses eine Mehrheitsentscheidung genügt, nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen richtet, kann sich die Mehrheitsbefugnis aus **jeder Vereinbarung** der Gesellschafter ergeben, die einer dahingehenden Auslegung zugänglich ist, also von der ausdrücklichen Anführung des betreffenden Beschlussgegenstands in einem **Katalog** von Beschlussgegenständen über eine **umfassende** oder auslegungsfähige **Mehrheitsklausel** im (schriftlichen) Gesellschaftsvertrag bis hin zu einer **konkludenten Vereinbarung** der Mehrheitszuständigkeit.⁴²

Für die **Eindeutigkeit** einer entsprechenden **vertraglichen Regelung** ist dabei wie auch sonst die **ausdrückliche Spezifizierung** im Gesellschafts-

⁴¹ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 13.

⁴² Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn.14.

vertrag **nicht** erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn die subjektive – ober bei Publikumspersonengesellschaften objektive – Auslegung des Gesellschaftsvertrags zu dem Ergebnis führt, dass der betreffende Beschlussgegenstand von der Mehrheitsklausel erfasst sein soll. Hierzu ist der nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB auf der Grundlage des von den Parteien vorgetragenen und vom Gericht gegebenenfalls nach einer Beweisaufnahme festgestellten maßgeblichen tatsächlichen Auslegungstoffs der objektive Sinn der jeweiligen Vertragsbestimmung bei der gebotenen **Gesamtwürdigung** des Vertragsinhalts zu ermitteln.⁴³ Bei dieser **Auslegung** handelt es sich **nicht** um eine der Beweisaufnahme zugängliche **Tatsachenfeststellung**, sondern um eine nach bestimmten Regeln vorzunehmende Würdigung, die weitgehend in der **Verantwortung** des **Tatrichters** liegt. Als tatrichterliche **Würdigung** kann sie – anders als die Feststellung der für die Auslegung wesentlichen Tatsachen – **weder** nach **Beweislastgrundsätzen** erfolgen **noch** zu einem **non liquet** führen.⁴⁴

Diese **Grundsätze** gelten für **alle Beschlussgegenstände**, da das **gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip** (§ 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 HGB) – auch für Vertragsänderungen und ähnliche die Grundlagen der Gesellschaft berührende oder in Rechtspositionen der Gesellschafter eingreifende Maßnahmen – **grundsätzlich dispositiv** ist (§ 709 Abs. 2 BGB, § 119 Abs. 2 HGB). Den Gesellschaftern steht es im Rahmen der **Privatautonomie** frei, sich dahin zu einigen, ob und in welchem Umfang das starre, praktischen Erfordernissen oftmals nicht gerecht werdende Einstimmigkeitsprinzip durch das **Mehrheitsprinzip** ersetzt wird. Da es auf dieser ersten Stufe nur um die formelle Legitimation für die Mehrheitsentscheidung und nicht um den erst auf der zweiten Stufe zu prüfenden Umfang der materiellen Wirksamkeit des in Rede stehenden Mehrheitsbeschlusses geht, kommt es auf dieser ersten Stufe auch nicht darauf an, ob bestimmte Beschlüsse wie beispielsweise Beschlüsse über nachträgliche

⁴³ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 15.

⁴⁴ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 15.

Beitragserhöhungen (vgl. § 707 BGB) gegenüber dem einzelnen Gesellschafter nur mit dessen Zustimmung wirksam werden.⁴⁵

Soweit in der Rechtsprechung des Senats zu **nachträglichen Beitragserhöhungen** eine **eindeutige Regelung** im Gesellschaftsvertrag gefordert wird, die Ausmaß und Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung der Gesellschafter erkennen lässt, geht es **nicht** um die **formelle Legitimation** des Beschlusses, sondern darum, dass ein Gesellschafter nicht ohne eigene Zustimmung mit zusätzlichen Beitragspflichten belastet werden kann und eine grundsätzlich mögliche **antizipierte Zustimmung** zu einer nachträglichen Beitragserhöhung durch Mehrheitsbeschluss eine eindeutige gesellschaftsvertragliche Bestimmung voraussetzt. Die fehlende Zustimmung für eine Beitragserhöhung stellt eine besondere, nur gegenüber dem Gesellschafter, der seine Zustimmung verweigert hat, wirkende Kategorie eines Beschlussmangels dar, der selbst dann selbstständige Bedeutung behält, wenn der gefasste Beschluss im Übrigen nicht zu beanstanden oder eine im Gesellschaftsvertrag für die Geltendmachung von Beschlussmängeln vereinbarte Frist abgelaufen ist.⁴⁶

Für einen **Beschluss** der **Gesellschafterversammlung**, mit dem die **Einwilligung zur Abtretung** eines **Gesellschaftsanteils** erklärt wird, gilt nichts anderes. Die Übertragung der Mitgliedschaft an einer Personen(handels)gesellschaft setzt nach allgemeiner Auffassung die **Zustimmung** der übrigen **Gesellschafter** voraus. Unabhängig von der Frage, woraus dieses Erfordernis hergeleitet wird, besteht Übereinstimmung darüber, dass die Zustimmung zur Übertragung bereits im **Gesellschaftsvertrag** erklärt oder dort von der Zustimmung (nur) der **Mehrheit** der **Gesellschafter** abhängig gemacht werden kann. Insoweit gilt wie für (andere) Vertragsänderungen oder mit ihnen vergleichbare „Grundlagengeschäfte“ nach der neueren Rechtsprechung des II. Senats, dass auch hier die **formelle Legitimation** einer Entscheidung der Mehrheit der Gesell-

⁴⁵ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 16.

⁴⁶ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 17.

schafter, einer Anteilsübertragung zuzustimmen, (nur) die Feststellung erfordert, ob sich aus der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergibt, dass dieser Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen ist.⁴⁷

Ein etwaiges **Zustimmungserfordernis** eines **einzelnen Gesellschafters** betrifft auch dann die erst auf der **zweiten Stufe** vorzunehmende Prüfung der **materiellen Wirksamkeit** des Beschlusses einzelnen Gesellschaftern gegenüber, wenn dieses Erfordernis aus einem Eingriff in den sogenannten **Kernbereich** hergeleitet wird, wie dies bei Beschlüssen, die Änderungen im Bestand und der Zusammensetzung der Mitglieder einer Personengesellschaft zum Gegenstand haben, im Schrifttum erwogen wird. Bei der nach Bejahung der formellen Legitimation des Mehrheitsbeschlusses vorzunehmenden Prüfung der materiellen Unwirksamkeit auf der zweiten Stufe stellt der II. Senat in seiner jüngeren Rechtsprechung allerdings ebenfalls nicht (mehr) darauf ab, ob ein Eingriff in den sogenannten „Kernbereich“ gegeben ist. In der Senatsrechtsprechung ist schon vor der Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes darauf hingewiesen worden, dass sich der Kreis der nicht ohne weiteres durch Mehrheitsbeschluss entziehbaren Rechte **nicht abstrakt** und ohne Berücksichtigung der konkreten Struktur der jeweiligen Personengesellschaft und einer etwaigen besonderen Stellung des betroffenen Gesellschafters umschreiben lässt. Abgesehen von **unverzichtbaren** und deshalb **unentziehbaren Rechten** – unabhängig davon, ob und in welchem Umfang man solche überhaupt anerkennen will – kommt es bei **Eingriffen** in die **individuelle Rechtsstellung** des Gesellschafters maßgeblich immer darauf an, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung eigenen schutzwerten Belange zumutbar ist.⁴⁸

⁴⁷ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 18.

⁴⁸ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 84/13](#) – juris, Rn. 19.

h)

Der V. Zivilsenat hat im Urteil vom 10. Oktober 2014 – V ZR 315/13 – im Hinblick auf die Gemeinschaft von **Wohnungseigentümern** ebenfalls betont, dass durch eine sogenannte **Öffnungsklausel** den Wohnungseigentümern die **Kompetenz zugewiesen** werden kann, die Teilungserklärung im Beschlusswege mit qualifizierter Mehrheit zu ändern.⁴⁹ Eine solche Öffnungsklausel hat aber auch hier lediglich die Funktion, zukünftige Mehrheitsentscheidungen formell zu legitimieren, ohne sie **materiell** zu rechtfertigen. Deshalb ist ein Änderungsbeschluss auf der Grundlage einer Öffnungsklausel auch nicht schon allein deswegen rechtmäßig, weil er die Anforderungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt. Vielmehr sind insbesondere zum **Schutz der Minderheit** bestimmte fundamentale **inhaltliche Schranken** zu beachten.

Den Wohnungseigentümern ist zwar aufgrund ihres Selbstorganisationsrechts hinsichtlich der Frage, ob eine beschlossene Änderung der Teilungserklärung den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, ein weiter – lediglich durch das **Willkürverbot** beschränkter – Gestaltungsspielraum eingeräumt.⁵⁰ Fundamentale Schranken ergeben sich aber im Übrigen aus den gesetzlichen Bestimmungen der **§§ 134, 138, 242 BGB** und aus den zum **Kernbereich** des **Wohnungseigentumsrechts** zählenden Vorschriften. Hierzu gehören u.a. **unentziehbare** und **unverzichtbare Individualrechte**. Denn was selbst durch Vereinbarung nicht geregelt werden könnte, entzieht sich auch einer Regelung im Beschlusswege aufgrund einer Öffnungsklausel; ein gleichwohl gefasster Beschluss ist nichtig. Darüber hinaus wird die durch eine Öffnungsklausel legitimierte Mehrheitsmacht auch durch Individualrechte begrenzt, die zwar ebenfalls zu den **unentziehbaren Mitgliedschaftsrechten** gehören, die **aber verzichtbar** sind. Ein in solche Rechte eingreifender Beschluss ist nur dann wirksam, wenn die hiervon **nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer zustimmen**; bis dahin ist er **schwebend unwirksam**. Die

⁴⁹ Urteil vom 10. Oktober 2014 – [V ZR 315/13](#) – DNotZ 2015, 98 = NJW 2015, 549 = NZM 2015, 549 = MDR 2015, 79 = WuM 2015, 47 = ZfIR 2015, 67.

⁵⁰ Urteil vom 10. Oktober 2014 – [V ZR 315/13](#) – juris, Rn. 14.

endgültige Unwirksamkeit des Beschlusses tritt ein, wenn die Zustimmung verweigert wird.⁵¹ Zu den in diesem Sinne mehrheitsfesten Rechten gehört das dem Verbandsrecht immanente **Belastungsverbot** (§ 53 Abs. 3 GmbHG, §§ 179 Abs. 3, 180 Abs. 1 AktG, vgl. auch § 35 Abs. 1 BGB). Dadurch wird jeder Wohnungseigentümer vor der Aufbüdung neuer (originärer) – sich weder aus dem Gesetz noch aus der bisherigen Gemeinschaftsordnung ergebender – Leistungspflichten geschützt.⁵²

i)

Die Reform des Handelsgesetzbuchs durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 (BGBl. I, 1474) hat nichts daran geändert, dass eine Gesellschaft grundsätzlich nur dann als **Offene Handelsgesellschaft** oder als **Kommanditgesellschaft** im **Handelsregister** eingetragen werden kann, wenn ihr Zweck auf den Betrieb eines **Handelsgewerbes** gerichtet ist (§§ 1, 105, 161 HGB). Übt die Gesellschaft sowohl gewerbliche als auch nicht gewerbliche Tätigkeiten aus, richtet sich die für die Eintragung im Handelsregister maßgebliche Einordnung des Geschäftsbetriebs als Handelsgewerbe regelmäßig nach dem Gesamtbild des Betriebs. Entscheidend ist, was den **Schwerpunkt** darstellt bzw. welche Tätigkeit wesentlich und prägend ist. Im Hinblick hierauf hatte der Senat für Anwaltsachen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 18. Juli 2011 – AnwZ (Brfg 18/10) – zur Auslegung von § 49 Abs. 2 StBerG, § 27 Abs. 2 WIPO die Auffassung vertreten, nur bei einer überwiegenden Treuhandtätigkeit könne eine Wirtschaftsprüfungs- oder Steuerberatungsgesellschaft in der Rechtsform der Offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft betrieben und im Handelsregister eingetragen werden.⁵³

Demgegenüber können **Steuerberatungsgesellschaften** nach dem Beschluss des II. Zivilsenats vom 15. Juli 2014 – II ZB 2/13 – als **Personenhandelsgesellschaften** bereits dann im **Handelsregister** eingetragen werden, wenn sie nach ihrem Gesellschaftszweck darauf ausgerichtet

⁵¹ Urteil vom 10. Oktober 2014 – [V ZR 315/13](#) – juris, Rn. 15.

⁵² Urteil vom 10. Oktober 2014 – [V ZR 315/13](#) – juris, Rn. 16.

⁵³ Urteil vom 18. Juli 2011 – [AnwZ \(Brfg\) 18/10](#) – juris, Rn. 4 f.

sind, neben der sie **prägenden geschäftsmäßigen Hilfeleistung** in **Steuersachen** (§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 StBerG in Verbindung mit § 3 Nr. 3 StBerG) die ihnen berufsrechtlich nach § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG in Verbindung mit § 72 StBerG gestattete **Treuhandtätigkeit** zwar auszuüben, dies aber **nicht** den **Schwerpunkt** ihres Betriebs darstellt.⁵⁴ Aus der **Gesetzgebungsgeschichte** folgt nämlich, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in **§ 49 StBerG** – ebenso wie mit § 27 Abs. 2 WIPO für Wirtschaftsprüfer – eine im Verhältnis zu § 105 Abs. 1 HGB **spezialgesetzliche Regelung** geschaffen hat.⁵⁵ Nach dem Verständnis des II. Zivilsenats geht hiervon auch das **Bundesverfassungsgericht** in seinem Beschluss vom 06. Dezember 2011⁵⁶ aus.⁵⁷

j)

Nach **§ 169 Abs. 1 Satz 2 HGB** hat ein **Kommanditist** nur einen Anspruch auf Auszahlung des ihm zukommenden **Gewinns**. Er kann die Auszahlung dieses Gewinns nicht fordern, solange sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert würde. Jedoch sind über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus **Ausschüttungen** an die Kommanditisten **zulässig**, wenn der **Gesellschaftsvertrag** dies vorsieht oder die Ausschüttung im **Einverständnis** aller Gesellschafter erfolgt. Hierbei kann sogar vereinbart werden, dass Ausschüttungen selbst dann zu gewähren und zu belassen sind, wenn sie nicht durch Gewinne gedeckt sind, also letztlich in Form einer festen Kapitalverzinsung oder garantierten Mindestantieme **zu Lasten des Kapitals** gehen.⁵⁸ Selbst wenn durch eine solche Auszahlung der Kapitalanteil des Kommanditisten unter die bedungene Einlage herab-

⁵⁴ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 2/13](#) – AnwBl 2014, 960 = BB 2014, 2831 = DB 2014, 2338 = DNotZ 2015, 57 = DStR 2014, 2085, 2419 = GmbHR 2014, 1194 = NJW 2015, 61 = NZG 2014, 1179 = RNotZ 2015, 34 = ZIP 2014, 2030, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁵ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 2/13](#) – juris, Rn. 10, 20.

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 06. Dezember 2011 – 1 BvR 2280/11 juris, Rn. 16.

⁵⁷ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 2/13](#) – juris, Rn. 21.

⁵⁸ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – GWR 2014, 458; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – GWR 2014, 458.

gemindert oder eine bereits bestehende Belastung vertieft wird, führt dies nicht ohne weiteres zu einer Rückzahlungspflicht. Die Zahlung kann dann zwar zu einer **Haftung** nach **§ 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB** führen. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im **Außenverhältnis** und nicht sein Verhältnis zur Gesellschaft.⁵⁹

Im **Außenverhältnis haftet** der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft zwar bis zur **Höhe** seiner **Einlage unmittelbar** (§ 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB). Diese Außenhaftung entfällt jedoch gem. § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB, wenn der Kommanditist einen der eingetragenen Haftsumme entsprechenden Wert in das Gesellschaftsvermögen geleistet und ihn dort belassen hat. Wird dem Kommanditisten die Einlage ganz oder teilweise zurückbezahlt, gilt sie gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber als nicht geleistet, so dass die Außenhaftung wieder entsteht. Dasselbe gilt nach § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB, wenn ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist. Ebenso lebt die Außenhaftung wieder auf, soweit durch die Entnahme der Kapitalanteil unter die Haftsumme herabgemindert wird. Diese Wirkung, über die ein Anlageberater selbst dann aufzuklären hat, wenn sie auf 10 % des Anlagebetrags begrenzt ist,⁶⁰ tritt aber nur gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ein. Das **Innenverhältnis** des Gesellschafters zur Gesellschaft ist davon **nicht berührt**. Somit entsteht bei einer Rückzahlung der Einlage auch **nicht automatisch** ein **Rückgewähranspruch** der Gesellschaft. Er kann sich nur aus anderen Rechtsgründen ergeben, insbesondere aus einer (gesellschafts-) vertraglichen Abrede.⁶¹

Der Kommanditist ist im **Innenverhältnis** der Kommanditgesellschaft verpflichtet, die vereinbarte **Einlage** zu erbringen. Erbringt er diese Einlage,

⁵⁹ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 13; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 13.

⁶⁰ Urteil vom 04. Dezember 2014 – [III ZR 82/14](#) – juris, Rn. 10.

⁶¹ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 14; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 14.

erlischt im Innenverhältnis seine Einlageverpflichtung. Es gibt bei der Kommanditgesellschaft keinen im Innenverhältnis wirkenden Kapitalerhaltungsgrundsatz. Die Gesellschafter können ihre Rechtsbeziehungen untereinander und zur Gesellschaft weitgehend frei gestalten. Dies gilt auch für die Rückgewährung von erbrachten Einlagen. Werden auf einer statutarischen Grundlage Auszahlungen entgegen § 169 Abs. 1 HGB geleistet, hat der Kommanditist mangels einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage diese nur dann zurückzuzahlen, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.⁶² Die Regelungen in **Gesellschaftsverträgen** von **Publikums-gesellschaften** sind nach ihrem objektiven Erklärungsbefund auszulegen. Sie unterliegen unabhängig davon, ob die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG bzw. § 310 Abs. 4 BGB n.F. eingreift, einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle wie **Allgemeine Geschäftsbedingungen**. Zweifel bei der **Auslegung** gehen somit zu Lasten des Verwenders (vgl. § 305c Abs. 2 BGB). Die mit dem Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Rechte und Pflichten müssen sich daher aus dem Gesellschaftsvertrag klar ergeben.⁶³

Die Verwendung des **Begriffs** „**Ausschüttung**“ weist dabei nicht auf einen Vorbehalt der Rückforderung hin. Dieser Begriff wird im Handelsgesetzbuch im Zusammenhang mit der Auszahlung von Gewinnen verwendet (z.B. § 268 Abs. 8 HGB). Nach § 169 Abs. 2 HGB ist ein Kommanditist nicht verpflichtet, einen bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Sind nach dem Gesellschaftsvertrag Ausschüttungen unabhängig von einem im Jahresabschluss ausgewiesenen Gewinn oder Verlust zu gewähren, so spricht dies regelmäßig gegen die Annahme, dass die Ausschüttungen etwa nur Vorauszahlungen auf künftige Gewinne darstellen und gegebenenfalls erstattet werden müssen. Dies gilt umso mehr, wenn im Gesellschaftsvertrag weder eine Verrechnung der gezahlten Ausschüttung mit späteren Gewinnen vorgesehen ist noch die Aus-

⁶² Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 15; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 15.

⁶³ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 17; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 17.

schüttung von einem zumindest erwarteten und später endgültig festzustellenden Gewinn abhängig gemacht wird.

Der Verwendung des **Begriffs der „Entnahme“** lässt sich ebenfalls ein Anhaltspunkt für ein Rückforderungsrecht der Gesellschaft nicht entnehmen. Dieser Begriff findet sich in der Überschrift zu § 122 HGB, der in Abs. 1 Halbsatz 1 gerade zulässt, dass ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft unter den dort genannten Voraussetzungen Geldbeträge aus dem Gesellschaftsvermögen entnimmt oder Auszahlungen in bestimmter Höhe verlangt, ohne diese (gesetzlich zulässigen) Entnahmen der Gesellschaft später erstatten zu müssen.⁶⁴

Aus der Verwendung des Begriffs „Darlehenskonto“ in einem Gesellschaftsvertrag kann gleichfalls nicht ohne weiteres geschlossen werden, auf diesem Konto seien Darlehensverbindlichkeiten im Sinne des § 488 BGB gebucht. Ebenso wenig legt die Verwendung des **Begriffs der „Darlehensverbindlichkeit“** in einem Gesellschaftsvertrag ein solches Verständnis zwingend nahe.⁶⁵ Ein Rückgriff auf die gesetzliche Regelungen des bürgerlich-rechtlichen Darlehensrechts (§ 488 Abs. 3 BGB bzw. § 609 BGB a.F.) wird dem im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Gesellschafter regelmäßig nicht gerecht.⁶⁶

Gesetzlich ist **nicht** geregelt, ob und gegebenenfalls welche **Konten** für die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft geführt und wie diese bezeichnet werden müssen. Die Gesellschafter können daher frei darüber bestimmen, in welcher Weise sie ihre Kapitalanteile sowie die wechselseitigen Verbindlichkeiten und Forderungen auf Konten verbuchen. Die zivilrechtliche Bedeutung der Konten richtet sich nicht primär nach ihrer Bezeichnung. Führt eine Kommanditgesellschaft für die Kommanditisten

⁶⁴ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 20; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 20.

⁶⁵ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 21; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 21.

⁶⁶ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 26; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 26.

mehrere Konten mit verschiedenen Bezeichnungen, ist anhand des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln, welche zivilrechtliche Rechtsnatur die einzelnen Konten haben. Die Art der Kontoführung und deren Bezeichnung sind lediglich als einzelne Gesichtspunkte bei der Auslegung zu berücksichtigen, die sämtliche relevanten Umstände einzubeziehen hat.⁶⁷

In aller Regel wird bei der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung der Kontoführung in Personenhandelsgesellschaften neben einem **festen Kapitalkonto**, auf dem die vereinbarte Einlage verbucht wird, ein weiteres, **variables Konto** geführt. Auf diesem gewöhnlich als Kapitalkonto II bezeichneten Konto werden die Gewinnanteile, Verluste und Entnahmen gebucht. Bei dieser Form des Kapitalkontos II werden stehen gelassene Gewinne mit späteren Verlusten verrechnet. Insbesondere im Hinblick auf die gesetzliche Regelung der Verlustverteilung beim Kommanditisten (§ 167 Abs. 2 und Abs. 3 HGB) wird häufig ein weiteres, als **Darlehenskonto** bezeichnetes variables Konto geführt. Hierauf werden dann entnahmefähige Gewinne, sonstige Einlagen und Entnahmen gebucht. Sofern dieses Konto nicht überzogen wird, weist es eine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft aus. Das Kapitalkonto II erfasst dann nur noch die nicht entnahmefähigen Gewinne sowie die Verluste.⁶⁸ Werden **Ausschüttungen** nach dem Gesellschaftsvertrag auf dem **Darlehenskonto gebucht**, lässt sich allein hieraus nicht ableiten, ob sie ähnlich wie entnahmefähige Gewinne als dem Kommanditisten endgültig verbleibende oder als nur vorläufige Zuweisungen aus dem Gesellschaftsvermögen wie etwa Vorschüsse auf künftige Gewinngutschriften gelten sollen.⁶⁹

⁶⁷ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 22; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 22.

⁶⁸ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 23; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 23.

⁶⁹ Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 72/12](#) – juris, Rn. 24; Urteil vom 01. Juli 2014 – [II ZR 73/12](#) – juris, Rn. 24.

2. Recht der GmbH

Das Recht der GmbH hatten die nachfolgenden Entscheidungen zum Gegenstand.

a)

Nach **§ 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG** in der bis zum 01. November 2008 geltenden Fassung sind Geschäftsführer der GmbH zum Ersatz einer Zahlung verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet wurde. Eine solche Haftung entsteht aber nicht, wenn die Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar war oder den Geschäftsführer kein Verschulden traf. Hatte der Geschäftsführer hierzu **fachlichen Rat** eingeholt, kann er sich auf fehlendes Verschulden nur berufen, wenn er eine **Plausibilitätskontrolle** des erteilten Rates vorgenommen hatte.⁷⁰

b)

Das **Verbot der Insolvenverschleppung** dient nicht nur der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, sondern hat auch den Zweck, insolvenzreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden. Dieser **Schutzzweck** rechtfertigt es, den Neugläubigern einen Anspruch auf den Ersatz ihres Vertrauensschadens zuzubilligen. Der seine Insolvenzantragspflicht versäumende **Geschäftsführer** hat einem vertraglichen Neugläubiger den Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entsteht, dass er mit der überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft noch in Rechtsbeziehungen getreten ist. Der zu ersetzende Schaden besteht nicht in dem wegen der Insolvenz der Gesellschaft "entwerteten" Erfüllungsanspruch des Gläubigers, der nur auf das deliktsrechtlich grundsätzlich nicht geschützte positive Interesse ab-

⁷⁰ Beschluss vom 18. November 2014 – [II ZR 286/13](#) – juris.

zielt. Der **Schadensersatzanspruch** wegen Insolvenzverschleppung ist vielmehr auf Ersatz des **negativen Interesses** gerichtet.⁷¹

Ersatzfähig sind jedoch nur Schäden, die durch die Insolvenzreife der Gesellschaft verursacht worden sind. Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht ist in aller Regel nur derjenige Schaden ersatzfähig, welcher dadurch entsteht, dass der vertragliche Neugläubiger infolge des Vertragsschlusses mit der insolvenzreifen Gesellschaft im **Vertrauen** auf deren **Solvenz** dieser noch Geld- oder Sachmittel als **Vorleistungen** zur Verfügung stellt und dadurch **Kredit gewährt**, ohne einen entsprechend **werthaltigen Gegenanspruch** oder eine entsprechende Gegenleistung zu erlangen.⁷² Nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. bzw. § 15a Abs. 1 InsO kann nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Eine reine **Kausalitätsbetrachtung** ist daher auch **nicht ausreichend**. Notwendig ist stets ein **innerer Zusammenhang** zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden; es darf nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung gegeben sein.⁷³ Dies gilt auch, wenn der Schaden letztlich durch das **vorsätzliche Fehlverhalten** eines **Dritten** herbeigeführt wurde.⁷⁴

Dementsprechend hat der II. Zivilsenat im Urteil vom 21. Oktober 2014 – II ZR 113/13 – eine Haftung des Geschäftsführers der GmbH für einen Sachverhalt verneint, in dem eine insolvenzreife GmbH die von ihr geschuldete vertragliche Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht hatte (hier: Einbau einer nur unzureichend gesicherten Wohnungstür) und dadurch die Schädigung des Vermögens des Vertragspartners der GmbH durch deliktisches Handeln eines Dritten (hier: Einbruchdiebstahl) begünstigt worden war. Denn unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Insol-

⁷¹ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 113/13](#) – DB 2015, 298 = DStR 2015, 368 = GmbHR 2015, 244 = MDR 2015, 304 = NZG 2015, 227 = NZI 2015, 234 = WM 2015, 288 = ZInsO 2015, 318 = ZIP 2015, 267.

⁷² Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 113/13](#) – juris, Rn. 14.

⁷³ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 113/13](#) – juris, Rn. 21.

⁷⁴ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 113/13](#) – juris, Rn. 22.

venzantragspflicht besteht hier ein die Haftung auslösender innerer Zusammenhang zwischen der Verletzung der Insolvenzantragspflicht durch den Geschäftsführer und dem Vermögensschaden des Vertragspartners der GmbH gerade nicht. Die durch die **Entwendung** des **Schmucks** entstandene Vermögenseinbuße stellt keinen ersatzfähigen Schaden dar. Es wird weder ein Ausgleich für eine ohne Gegenleistung gebliebene Vorleistungen verlangt noch für infolge des Vertragsschlusses mit einer unerkannt insolvenzreifen GmbH überflüssige Aufwendungen. Die Entwendung des Schmucks durch einen Dritten steht auch nicht in einem inneren Zusammenhang zur Insolvenzreife der GmbH.⁷⁵

Da der Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbH a.F., § 15a Abs. 1 InsO den Ersatz solcher Kosten umfasst, die dem Neugläubiger wegen der Verfolgung seiner Zahlungsansprüche gegen die insolvenzreife Gesellschaft entstanden sind, kann jedoch **Ersatz** der **Rechtsverfolgungskosten** verlangt werden. Denn die Insolvenzantragspflicht soll den Vertragspartner einer GmbH auch davor schützen, dass er sich durch die Prozessführung mit der unerkannt insolvenzreifen Gesellschaft mit Kosten belastet, die er bei der GmbH als Kostenschuldnerin nicht mehr realisieren kann.⁷⁶ Eine Verurteilung des Geschäftsführers kann aber nur Zug um Zug gegen Abtretung der entsprechenden Insolvenzforderung der Klägerin gegen die Schuldnerin erfolgen.⁷⁷

c)

Für die vom **Liquidator** oder **Geschäftsführer** einer **GmbH** abzugebende **Versicherung** bezüglich des Fehlens von **Bestellungshindernissen** nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG ist die Wiedergabe des **Gesetzestextes** von §§ 8 Abs. 3 Satz 1, 39 Abs. 3 Satz 1, 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG **nicht ausreichend**. Es muss vielmehr das Vorliegen **konkreter Tatsachen**, die eine Bestellung behindern würden, **verneint** werden. Dies gilt auch, wenn

⁷⁵ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 113/13](#) – juris, Rn. 22.

⁷⁶ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 113/13](#) – juris, Rn. 24.

⁷⁷ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 113/13](#) – juris, Rn. 28.

der bestellte Liquidator bereits vorheriger Geschäftsführer der betroffenen Gesellschaft war und als solcher im Handelsregister eingetragen war.⁷⁸

d)

Mit der Entscheidung des I. Zivilsenats vom 18. Juni 2014⁷⁹ wird die **persönliche Haftung** des **GmbH-Geschäftsführers** für **Wettbewerbsverstöße** der **Gesellschaft** in Abweichung von der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung eingeschränkt. Während der Geschäftsführer **bislang** auf der Grundlage einer sog. **Störerhaftung** bereits dann persönlich für solche Wettbewerbsverstöße der GmbH einstehen musste, wenn er sie trotz Kenntnis nicht verhindern hatte, **genügt** nunmehr die **schlichte Kenntnis** für eine Haftungsbegründung **nicht** mehr.⁸⁰ Erforderlich ist nach Aufgabe der Störerhaftung im Lauterkeitsrecht vielmehr, dass der Wettbewerbsverstoß auf einem Verhalten beruht, das dem Geschäftsführer **anzulasten** ist.⁸¹ Dies ist etwa der Fall, wenn der Geschäftsführer an der unlauteren Wettbewerbshandlungen entweder durch **positives Tun** beteiligt war oder wenn er die Wettbewerbsverstöße aufgrund einer nach allgemeinen Grundsätzen des Deliktsrechts begründeten **Garantenstellung** hätte verhindern müssen.⁸² Darüber hinaus haftet der Geschäftsführer aufgrund einer eigenen **wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht** dann persönlich, wenn er ein auf Rechtsverletzungen angelegtes **Geschäftsmodell** selbst ins Werk gesetzt hat.⁸³ Eine Haftung ist ferner gegeben für **grundlegende Entscheidungen**, die typischerweise auf Geschäftsführerebene getroffen werden, also z.B. für die Firmierung oder für allgemeine Werbekonzepte und Strategien des Unternehmens.⁸⁴ Erlangt der Geschäftsführer lediglich Kenntnis davon, dass bei der unter seiner Leitung stehenden Geschäftstätigkeit Wettbewerbsverstöße begangen werden

⁷⁸ Beschluss vom 09. September 2014 – [4 StR 251/14](#) – BeckRS 2014, 18565.

⁷⁹ Urteil vom 18. Juni 2014) – [I ZR 242/12](#) – (berichtigt durch Beschluss vom 26. August 2014) BB 2014, 2126 = DB 2014, 1799 = GmbHR 2014, 977 = NJW-RR 2014, 1382 = NZG 2014, 991 = ZInsO 2014, 1611 = ZIP 2014, 1475.

⁸⁰ Urteil vom 18. Juni 2014 – [I ZR 242/12](#) – juris, Rn. 15.

⁸¹ Urteil vom 18. Juni 2014 – [I ZR 242/12](#) – juris, Rn. 19.

⁸² Urteil vom 18. Juni 2014 – [I ZR 242/12](#) – juris, Rn. 17.

⁸³ Urteil vom 18. Juni 2014 – [I ZR 242/12](#) – juris, Rn. 31.

⁸⁴ Urteil vom 18. Juni 2014 – [I ZR 242/12](#) – juris, Rn. 19.

oder ihre Begehung bevorsteht, trifft ihn persönlich regelmäßig keine wettbewerbsrechtliche Pflicht im Verhältnis zu außenstehenden Dritten, eine (weitere) Verletzung durch das Wettbewerbsrecht geschützter Interessen von Marktteilnehmern zu verhindern.⁸⁵

e)

Im Hinblick auf die **Formbedürftigkeit** von **Schiedsklauseln** in **GmbH-Kauf- und Übertragungsverträgen** ist der Beschluss III. Zivilsenat vom 24. Juli 2014 – III ZB 83/13 – von besonderem Interesse.⁸⁶ Eine **Schiedsvereinbarung** bedarf zu ihrer Wirksamkeit lediglich der Einhaltung der in § 1031 ZPO geregelten **Schriftform**. Schiedsvereinbarung in diesem Sinn ist nach § 1029 Abs. 1 ZPO die Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Hierbei kann die Schiedsvereinbarung in Form einer selbständigen Vereinbarung (**Schiedsabrede**) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (**Schiedsklausel**) geschlossen werden (§ 1029 Abs. 1 ZPO). Die Schiedsvereinbarung als solche ist von etwaigen Regelungen der Parteien über das Verfahren des Schiedsgerichts zu unterscheiden. Deshalb muss im Fall einer in der schriftlichen Schiedsvereinbarung in Bezug genommenen **Verfahrensordnung** deren Text weder in der Urkunde enthalten noch mit ihr körperlich verbunden sein.⁸⁷

Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn sich die Schiedsvereinbarung auf ein **Rechtsgeschäft** bezieht, das seinerseits – wie ein Grundstücks- und GmbH-Geschäftsanteilskauf- und –übertragungsvertrag (§ 311b Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 GmbHG) – **beurkundungsbedürftig** ist.⁸⁸ Zwar erstreckt sich das Gebot der Beurkundung grundsätz-

⁸⁵ Urteil vom 18. Juni 2014 – [I ZR 242/12](#) – juris, Rn. 20.

⁸⁶ Beschluss vom 24. Juli 2014 – [III ZB 83/13](#) – BB 2014, 206 = DB 2014, 2103 = DNotZ 2014, 206 = MittBayNot 2014, 559 = NJW 2014, 3652 = NZG 2014, 1155 = RNotZ 2014, 623.

⁸⁷ Beschluss vom 24. Juli 2014 – [III ZB 83/13](#) – juris, Rn. 15.

⁸⁸ Beschluss vom 24. Juli 2014 – [III ZB 83/13](#) – juris, Rn. 16.

lich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das Rechtsgeschäft zusammensetzt. Ob der im Zusammenhang hiermit geschlossene **Schiedsvertrag** in diesem Sinne **Bestandteil** des **Hauptvertrages** ist, hängt von seiner **Auslegung** ab. Ergibt diese, dass die Parteien dem **Schiedsgericht** auch die Entscheidung eines Streits über die **Wirksamkeit des Hauptvertrags** übertragen haben, so ist der Schiedsvertrag selbständig und stellt in diesem Sinn **keinen Bestandteil** des Hauptvertrages dar. Die Wirksamkeit von Haupt- und Schiedsvertrag ist dann jeweils gesondert zu beurteilen. Mängel, die dem Hauptvertrag anhaften, wirken sich nicht ohne weiteres auf den Schiedsvertrag aus und umgekehrt.⁸⁹

Dies gilt regelmäßig auch hinsichtlich einer für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschriebene **Form**. Würde nämlich ein Mangel der für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschriebenen Form auch den Schiedsvertrag erfassen, so wäre eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Hauptvertrages auf den Schiedsvertrag übertragen. Dadurch würde der Sinn der (selbständigen) Schiedsabrede unzulässig verkürzt. Sie müsste immer schon dann versagen, wenn dem Schiedsvertrag (nur) ein Formmangel des Hauptvertrages anhaftet. Ihre **Eigenständigkeit** unterscheidet die **Schiedsklausel** von **beurkundungsbedürftigen Nebenabreden** eines beurkundungsbedürftigen Hauptvertrags.⁹⁰

Für eine **Beurkundungsbedürftigkeit** lässt sich auch **nicht § 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO** anführen. Danach müssen Schiedsvereinbarungen, an denen ein **Verbraucher** beteiligt ist, in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. Diese darf nur Abreden enthalten, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen; dies gilt allerdings nicht bei einer notariellen Beurkundung. Die Bestimmung enthält eine **Schutzvorschrift**. Der Verbraucher soll so davor geschützt werden, dass er sich nicht durch Unterzeichnung umfangreicher Klausel-

⁸⁹ Beschluss vom 24. Juli 2014 – [III ZB 83/13](#) – juris, Rn. 17.

⁹⁰ Beschluss vom 24. Juli 2014 – [III ZB 83/13](#) – juris, Rn. 18.

werke einer Schiedsvereinbarung unterwirft, ohne dies zu merken. Eine Begründung der Schiedsgerichtsbarkeit durch eine "im Kleingedruckten" versteckte Schiedsklausel soll verhindert werden. Das Erfordernis einer besonderen Urkunde erfährt jedoch für den Fall der **notariellen Beurkundung** eine **Ausnahme**. Denn nach § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des zu beurkundenden Geschäfts zu belehren. Diese Pflicht umfasst alle wesentlichen Punkte, wozu auch eine Schiedsvereinbarung gehört. Angesichts dieser Pflicht, von deren Erfüllung auszugehen ist, bedarf es einer besonderen Urkunde nicht.⁹¹

3. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft ergingen folgende Entscheidungen.

a)

Für die **Haftung** von **Vorstandsmitgliedern** der **Sparkassen** ist **§ 93 AktG** entsprechend anwendbar.⁹² Das gilt auch im Geltungsbereich des Sparkassengesetzes von Nordrhein-Westfalen. Die Anwendung von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG führt nicht dazu, dass Sparkassen unter Verstoß gegen § 107 Abs. 6 GO NW zu Banken werden. Vielmehr ist es selbst bei Anwendung des aktienrechtlichen Haftungsregimes auf den Vorstand einer Sparkasse ohne weiteres denkbar, den eventuellen Besonderheiten Rechnung zu tragen, die sich aus dem von Sparkassen zu erfüllenden öffentlichen Zweck im Rahmen der Daseinsvorsorge ergeben (vgl. für Nordrhein-Westfalen: § 2 Abs. 3 SpkG NW). Dagegen entspricht eine Anwendung der nur für Verwaltungsratsmitglieder vorgesehenen Haftungserleichterung ersichtlich nicht dem Willen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers.⁹³

⁹¹ Beschluss vom 24. Juli 2014 – [III ZB 83/13](#) – juris, Rn. 19.

⁹² Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZR 112/13](#) – WM 2015, 332 = ZIP 2015, 370.

⁹³ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZR 112/13](#) – juris, Rn. 6.

b)

Das **Abspaltungsverbot** und die **Treuepflicht** des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft **stehen** einer auf die Bindung im Einzelfall beschränkten **Stimmbindung** des Aktionärs gegenüber Dritten nicht generell entgegen.⁹⁴

c)

Im Hinblick auf die **Löschung** eines im **Handelsregister** eingetragenen Beschlusses einer **Hauptversammlung** einer Aktiengesellschaft wurde im Beschluss vom 15. Juli 2014 – II ZB 18/13 – vom II. Zivilsenat klargestellt, dass ein **nichtigen Beschlusses** von Amts wegen oder auf Antrag der berufsständigen Organe nach §§ 398, 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG gelöscht wird.⁹⁵ Demgegenüber hat der einzelne **Aktionär kein Antragsrecht**. Deshalb hat er auch **keine Beschwerdebefugnis** nach §§ 58, 59 Abs. 2 FamFG.⁹⁶ Zwar steht nach § 59 Abs. 2 FamFG die Beschwerde auch demjenigen zu, der durch einen gerichtlichen Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Erforderlich ist dazu aber ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht. Die mit der Beschwerde angefochtene Entscheidung muss ein bestehendes Recht des Beschwerdeführers aufheben, beschränken, mindern, ungünstig beeinflussen oder gefährden, die Ausübung dieses Rechts stören oder dem Beschwerdeführer die mögliche Verbesserung seiner Rechtsstellung vorenthalten oder erschweren. Ein bloß rechtliches oder wirtschaftliches Interesse genügt nicht.⁹⁷ Durch die Ablehnung der Löschung des **Beschlusses** der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft über die **Änderung** der **Satzungsbestimmung** zur **Vertretung** in der **Hauptversammlung** wird ein Aktionär aber nicht in einem subjektiven Recht im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG verletzt.⁹⁸

⁹⁴ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZR 375/13](#) – AG 2014, 705.

⁹⁵ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 18/13](#) – AG 2014, 35 = DB 2014, 2699 = NJW-RR 2015, 162 = NZG 2014, 1307 = ZIP 2014, 2237.

⁹⁶ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 18/13](#) – juris, Rn. 10.

⁹⁷ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 18/13](#) – juris, Rn. 12.

⁹⁸ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 18/13](#) – juris, Rn. 13.

Ist der Beschluss der Hauptversammlung schon **länger als drei Jahre** im **Handelsregister eingetragen**, kann eine etwaige, auf § 241 Nr. 3 oder Nr. 4 AktG beruhende Nichtigkeit nach § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden. Die Vorschrift erfasst auch nichtige Beschlüsse über Satzungsänderungen. Ob darin eine Heilung im Sinne einer Veränderung der materiellen Rechtslage zu sehen ist, wie dies die herrschende Meinung annimmt, oder ob die Vorschrift lediglich dazu führt, dass niemand mehr die Nichtigkeit geltend machen kann – außer dem Registergericht in dem Verfahren nach § 398 FamFG, wenn die Beseitigung des Beschlusses im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint –, kann offen bleiben. Denn selbst wenn der einzelne Aktionär nur gehindert ist, die Nichtigkeit geltend zu machen, muss er sich so behandeln lassen, als wäre der Beschluss wirksam. Damit hat der Aktionär aber kein subjektives Recht mehr, von den Wirkungen des Beschlusses verschont zu werden.⁹⁹

Wenn die zu löschende Eintragung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht, ist daher auch die **Beschwerde** eines Aktionärs jedenfalls in dem Fall **grundsätzlich unzulässig**, wenn die Nichtigkeit eines nach § 241 Nr. 3 oder Nr. 4 AktG nichtigen satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlusses gemäß § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden kann. Der Ausschluss der Beschwerdebefugnis des Aktionärs ergibt sich für diesen Fall aus dem **Sinn und Zweck** des **Amtslöschungsverfahrens** nach § 398 FamFG (früher § 144 FGG) und der Heilungsvorschrift des § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG.¹⁰⁰

Denn das Amtslöschungsverfahren ist nicht im Interesse einzelner Aktionäre eingerichtet worden, sondern soll ein **Interesse** der **Allgemeinheit** an der Feststellung der Nichtigkeit von eingetragenen Hauptversammlungsbeschlüssen schützen. Für die Gewährung einer zusätzlichen Beschwerdebefugnis des Aktionärs besteht kein schutzwürdiges Bedürf-

⁹⁹ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 18/13](#) – juris, Rn. 14.

¹⁰⁰ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 18/13](#) – juris, Rn. 16.

nis. Soweit der Aktionär die Nichtigkeit des Beschlusses mit der **Nichtigkeitsklage** (§ 249 AktG) hätte geltend machen können, davon innerhalb von drei Jahren nach Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister aber keinen Gebrauch gemacht hat, ist er schon wegen dieses Versäumnisses nicht schutzwürdig. Die Einräumung einer Beschwerdebefugnis bei geheilten Beschlüssen würde bedeuten, dass dem Aktionär im Ergebnis entgegen § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG das Recht zugebilligt würde, die Nichtigkeit trotz deren Heilung geltend zu machen.¹⁰¹

d)

Eine Aktiengesellschaft kann die **Bezahlung** einer **Geldstrafe**, **Geldbuße** oder **Geldauflage**, die gegen ein **Vorstandsmitglied** wegen einer **Straftat** verhängt wurde, nicht allein auf Grund eines Beschlusses des Aufsichtsrats übernehmen, wenn die von dem Vorstandsmitglied begangene Straftat gleichzeitig eine **Pflichtverletzung** gegenüber der **Aktiengesellschaft** ist. Dann muss vielmehr aktienrechtlich entsprechend der Regelung zum Verzicht auf einen Ersatzanspruch gegen ein Vorstandsmitglied in **§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG** die **Hauptversammlung** einer Übernahme der Sanktion durch die Gesellschaft zustimmen.¹⁰²

Die Vorschrift soll ausschließen, dass der Vorstand durch eine pflichtwidrige Handlung der Gesellschaft dauerhaft einen Nachteil zufügt. Wenn die Gesellschaft dem Vorstand eine strafrechtliche Sanktion ersetzt, die für eine Handlung verhängt wird, die gleichzeitig gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig ist, fügt sie sich selbst einen Nachteil zu, den nach § 93 AktG eigentlich der Vorstand zu tragen hätte.¹⁰³ Einen solchen Vermögensnachteil kann der Aufsichtsrat nicht ohne Zustimmung der Hauptversammlung beschließen. Denn sie beschränkt sich nicht in einem passiven Verhalten, sondern enthält eine aktive Leistung der Gesellschaft. Sie führt ähnlich einem Verzicht auf Schadensersatzansprüche, zu dem nach der

¹⁰¹ Beschluss vom 15. Juli 2014 – [II ZB 18/13](#) – juris, Rn. 17.

¹⁰² Urteil vom 08. Juli 2014 – [II ZR 174/13](#) – AG 2014, 751 = BB 2014, 2509 = BGHZ 202, 26 = DB 2014, 2099 = DSfR 2014, 2518 = MDR 2014, 1159 = ZInsO 2014, 2009 = ZIP 2014, 1728.

¹⁰³ Urteil vom 08. Juli 2014 – [II ZR 174/13](#) – juris, Rn. 18.

ausdrücklichen gesetzlichen Regelung die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist (§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG), zu einer dauerhaften Vermögenseinbuße der Aktiengesellschaft.¹⁰⁴

Außerdem entspricht die Einschaltung der Hauptversammlung dem **Schutzzweck** von § 93 Abs. 4 AktG, nämlich dem Schutz des **Gesellschaftsvermögens** und der **Minderheitsaktionäre**. Mit der Zahlung der Geldsanktion fügen die Aufsichtsräte der Gesellschaft bewusst einen Vermögensnachteil zu. Das Vermögen der Gesellschaft steht aber wirtschaftlich nicht dem Aufsichtsrat, sondern den Aktionären zu.¹⁰⁵

Liegt hingegen eine **Pflichtverletzung** des Vorstands im Sinne von § 93 AktG **nicht** vor, kann der Aufsichtsrat beschließen, die Geldstrafe, Geldauflage oder Geldbuße zu übernehmen. Denn die Zahlung einer Geldstrafe durch die Gesellschaft erfüllt weder den Tatbestand der Begünstigung noch der Strafvereitelung (§§ 257, 258 StGB). Erst recht gilt dies für die Übernahme einer Geldauflage bei einer Einstellung des Straf- oder Ermittlungsverfahrens nach § 153a StPO.¹⁰⁶

Der **Aufsichtsrat** hat **kein Ermessen**, eine Pflichtwidrigkeit zu verneinen und sich auf diesem Weg selbst die alleinige Entscheidungskompetenz bezüglich der Übernahme der Strafsanktion zu bewilligen. Bei der Beurteilung, ob das Verhalten des Vorstands pflichtwidrig ist, geht es nicht um ein unternehmerisches Handlungsermessen, sondern um Fragen des **Erkenntnisbereichs**, für die von vorneherein allenfalls die Zubilligung eines **begrenzten Beurteilungsspielraums** in Betracht kommen kann. Diese Grundsätze gelten auch, wenn die Frage, ob ein Pflichtenverstoß vorliegt, für die Übernahme einer strafrechtlichen Sanktion von Bedeutung ist.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Urteil vom 08. Juli 2014 – [II ZR 174/13](#) – juris, Rn. 19.

¹⁰⁵ Urteil vom 08. Juli 2014 – [II ZR 174/13](#) – juris, Rn. 20.

¹⁰⁶ Urteil vom 08. Juli 2014 – [II ZR 174/13](#) – juris, Rn. 12.

¹⁰⁷ Urteil vom 08. Juli 2014 – [II ZR 174/13](#) – juris, Rn. 21.

Die **Beweislast** für pflichtgemäßes Verhalten trifft grundsätzlich das Vorstandsmitglied (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Das Vorstandsmitglied hat darzulegen und zu beweisen, dass es seine Pflichten nicht verletzt oder jedenfalls schuldlos gehandelt hat, wenn die Gesellschaft ein Verhalten des Vorstandsmitglieds in seinem Pflichtenkreis darlegt, das möglicherweise pflichtwidrig war. Diese Beweislastverteilung gilt grundsätzlich auch gegenüber **ausgeschiedenen Organmitgliedern**.¹⁰⁸

4. Internationales Gesellschaftsrecht, Recht der europäischen Aktiengesellschaft

Zum internationalen Gesellschaftsrecht sind die nachfolgenden Entscheidungen ergangen.

a)

Nach **§ 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG** in der bis zum 31. Oktober 2008 geltenden Fassung sowie nach dem seit dem geltenden § 64 Satz 1 GmbHG n.F. sind die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Davon gilt nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F. ebenso wie nach § 64 Satz 2 GmbHG n.F. eine Ausnahme für Zahlungen, die nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Kann dies nicht festgestellt werden, wird das Verschulden des Geschäftsführers vermutet.¹⁰⁹

All dies gilt vorbehaltlich der unionsrechtlichen Beurteilung nach deutschem Rechtsverständnis nicht nur für den GmbH-Geschäftsführer, sondern auch für den **Direktor** einer **private company limited by shares**

¹⁰⁸ Urteil vom 08. Juli 2014 – [II ZR 174/13](#) – juris, Rn. 33.

¹⁰⁹ BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 119/14](#) – DB 2015, 58 = GmbHR 2015, 79 = NZG 2015, 101 = NZI 2015, 85 = WM 2015, 79 = ZInso 2015, 92 = ZIP 2015, 68.

englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 EulnsVO das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Denn die beiden Gesellschaftsformen stimmen darin überein, dass die Gesellschafter grundsätzlich nicht mit ihrem persönlichen Vermögen für die Gesellschaftsschulden haften und dass die Geschäfte von einer dafür verantwortlichen, nicht notwendig als Gesellschafter beteiligten Person geführt werden. Bei beiden Gesellschaftsformen besteht zudem die gleiche Gefahr, dass der Geschäftsführer oder der Direktor nach Insolvenzureife Zahlungen zu Lasten der späteren Insolvenzgläubiger leistet und damit die Insolvenzmasse verkürzt.¹¹⁰

Mit Blick auf das **Unionsrecht** ist hingegen zu bedenken, dass gemäß Art. 4 Abs. 1 EulnsVO für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht desjenigen Mitgliedstaats gilt, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Nach Auffassung des II. Zivilsenates ist der Begriff "Insolvenzrecht" im Sinne dieser Vorschrift autonom auszulegen. Diese **Auslegung** obliegt dem **Gerichtshof der Europäischen Union**. Der Europäische Gerichtshof hat zu diesem Problemkreis noch nicht abschließend Stellung genommen.¹¹¹ Da in einem anhängigen Revisionsverfahren die Sachentscheidung von der Auslegung der Art. 49, 54 AEUV und des Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (ABl. L 160, S. 1) – EulnsVO abhängig ist, hat der II. Zivilsenat dem Europäischen Gerichtshof daher gemäß Art. 267 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV zur **Vorabentscheidung** die Frage vorgelegt, ob eine Klage vor einem deutschen Gericht, mit der ein Direktor einer private company limited by shares englischen oder walisischen Rechts, über deren Vermögen in Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 EulnsVO das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, vom Insolvenzverwalter auf Ersatz von Zahlungen in Anspruch genommen wird, die er vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, aber nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleistet hatte, das deutsche Insolvenzrecht im Sinne des Art. 4 Abs. 1 EulnsVO betrifft.

¹¹⁰ BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 119/14](#) – juris, Rn. 11.

¹¹¹ BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 119/14](#) – juris, Rn. 17.

In dem Vorlagebeschluss wird ausgeführt, dass in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte und im deutschen Schrifttum streitig diskutiert wird, ob **§ 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F.** bzw. § 64 Satz 1 GmbHG n.F. auf Geschäftsführungsorgane von EU-Auslandsgesellschaften wie einer Limited angewendet werden kann, die den Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen in Deutschland haben und über deren Vermögen in Deutschland nach Art. 3 Abs. 1 EulnsVO das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Diese Kontroverse beruht darauf, dass unterschiedlich beurteilt wird, ob die **Norm** zum **Insolvenz-** oder zum **Gesellschaftsstatut** gehört und ob ihre Anwendung die Niederlassungsfreiheit verletzt. Während eine teilweise vertretene Ansicht § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. im nationalen deutschen Gesellschaftsrecht verortet und die Vorschrift auf EU-Auslandsgesellschaften nicht anwenden will, hält der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit der herrschenden Meinung und mit Hinweis auf die Regierungsbegründung zu der inhaltlich identischen Neufassung des § 64 Satz 1 GmbHG n.F. durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 25. Juli 2007 (MoMiG – BT-Drucks. 16/6140 S. 47) § 64 GmbHG für eine insolvenzrechtliche Vorschrift im Sinne des Art. 4 Abs. 1 EulnsVO. Dies hat zur Folge, dass sie auf EU-Auslandsgesellschaften wie die Limited im Rahmen von nach Art. 3 Abs. 1 EulnsVO eröffneten Insolvenzverfahren angewendet werden kann.¹¹²

Der **insolvenzrechtliche Charakter** wird vom II. Zivilsenat daraus hergeleitet, dass die Haftung nach § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG a.F. regelmäßig die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraussetzt. Es ist dann Aufgabe des Insolvenzverwalters, den Anspruch geltend zu machen. Nur in Ausnahmefällen, in denen beispielsweise der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen oder das Insolvenz-

¹¹² BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 119/14](#) – juris, Rn. 14 bis 16, 18.

verfahren nach Bestätigung eines Insolvenzplans aufgehoben wird, kann ein Gläubiger oder die Gesellschaft selbst den Anspruch verfolgen.¹¹³

Außerdem wird vom II. Zivilsenats in dem Vorlagebeschluss ausgeführt, dass § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die **Niederlassungsfreiheit** (Art. 49, 54 AEUV) **nicht verletzt**. Denn die Bestimmung regelt nicht die Voraussetzungen, unter denen EU-Auslandsgesellschaften ihren Verwaltungssitz in Deutschland begründen können, sondern allein die Folgen eines Fehlverhaltens des Geschäftsführers nach Eintritt der Insolvenzreife. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG stellt jedenfalls eine zulässige Ausnahme von dem Verbot der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar. Denn die Vorschrift wird in nichtdiskriminierender Weise angewandt, dient mit dem Gläubigerschutz einem zwingenden Allgemeininteresse und ist geeignet, die Insolvenzmasse zu sichern oder wieder aufzufüllen. Sie geht auch nicht über das hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.¹¹⁴ Auch diese Frage hat der II. Zivilsenat allerdings dem Europäischen Gerichtshof zur abschließenden Klärung vorgelegt.

b)

Die **Anfechtbarkeit** von **Beschlüssen** der **Hauptversammlung** einer **börsennotierten Societas Europaea (SE)** mit **Sitz** in der **Bundesrepublik Deutschland** richtet sich nach den **Regeln** des **deutschen Aktiengesetzes**.¹¹⁵ Weder die EG-Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 08. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) noch das deutsche SE-Ausführungsgesetz enthalten dazu eine Regelung. Daher sind gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. c ii der SE-VO die nationalen Rechtsvorschriften maßgeblich, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden.¹¹⁶

¹¹³ BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 119/14](#) – juris, Rn. 19.

¹¹⁴ BGH, Beschluss vom 02. Dezember 2014 – [II ZR 119/14](#) – juris, Rn. 20.

¹¹⁵ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – AG 2015, 82 = BB 2015, 142 = DB 2014, 2951 = DStR 2015, 131 = NJW 2015, 336 = NZG 2015, 17 = ZIP 2014, 2494.

¹¹⁶ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 7.

Für eine **Satzungsbestimmung** zum **Ort der Hauptversammlung** ist somit § 121 Abs. 5 AktG anwendbar (Art. 53, 54 Abs. 2 SE-VO). Danach kann grundsätzlich ein **im Ausland** gelegener Versammlungsort für die Hauptversammlung der SE bestimmt werden.¹¹⁷ Mangels abweichender Satzungsbestimmungen soll die Hauptversammlung nach § 121 Abs. 5 AktG am Sitz der Gesellschaft stattfinden. Sind die Aktien der Gesellschaft an einer deutschen Börse zum Handel im regulierten Markt zugelassen, so kann die Hauptversammlung auch am Sitz der Börse stattfinden. Aus der Rechtsform einer SE als solcher folgt noch nicht, dass Versammlungen europaweit zulässig wären.¹¹⁸ Dies kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass eine identitätswahrende Sitzverlegung innerhalb Europas möglich ist (Art. 8 SE-VO). Denn die Sitzverlegung ist eine Maßnahme, welche die Gesellschaft dem Recht des neuen Sitzstaats unterwirft.¹¹⁹

Weder der **Wortlaut** noch der **Zweck** des § 121 Abs. 5 AktG, zum Schutz vor allem der Minderheitsaktionäre eine **willkürliche Auswahl** des Versammlungsorts zu unterbinden, rechtfertigt eine Begrenzung auf inländische Versammlungsorte nicht. Jedenfalls in den an Deutschland angrenzenden Ländern können Städte oder Regionen ebenso schnell und leicht erreichbar sein wie Orte in Deutschland oder der Satzungssitz.¹²⁰ Das **Beurkundungserfordernis** (§ 130 Abs. 1 Satz 1 AktG) steht einer Versammlung im Ausland ebenfalls nicht grundsätzlich entgegen. Zum einen ist nicht bei jeder Hauptversammlung eine notarielle Beurkundung erforderlich (§ 130 Abs. 1 Satz 3 AktG). Zum anderen kann in den verbleibenden Fällen entweder ein Konsularbeamter die Beurkundung vornehmen (§ 10 Abs. 2 KonsG) oder ein ausländischer Notar, wenn seine Beurkundung der deutschen Beurkundung gleichwertig ist.

¹¹⁷ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 8 f.

¹¹⁸ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 10.

¹¹⁹ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 11.

¹²⁰ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 15.

Die **Anwesenheit** eines **Notars** mag außerdem dazu beitragen können, dass Gesetz und Statut bei den Beschlüssen sorgfältiger beachtet werden. Damit kann ein geordneter, die Teilnehmerrechte wahrer Verfahrensablauf sichergestellt werden. Weil für sein Amt die Kenntnis des deutschen Aktienrechts nicht erforderlich ist, kann dies von einem ausländischen Notar möglicherweise nicht in dem gleichen Umfang wie von einem deutschen Notar gewährleistet werden. Hauptzweck des Erfordernisses einer notariellen Beurkundung ist die Sicherung eines rechtlich geordneten Verfahrensablaufs jedoch nicht. Für den **Verfahrensablauf** ist in erster Linie der **Versammlungsleiter** verantwortlich.¹²¹

Eine gleichwertige Beurkundung einer Hauptversammlung durch eine ausländische Urkundsperson ist auch nicht wegen einer für deutsche Notare bestehenden **Prüfungs- und Belehrungspflicht** ausgeschlossen. Die Beurkundung der Hauptversammlung ist keine Beurkundung von Erklärungen Beteiligter, sondern eine sonstige Beurkundung über die Wahrnehmungen des Notars (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG). Für eine solche sonstige Beurkundung gelten die Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG nicht.¹²²

Die vom Sitzungssitz oder – bei börsennotierten Gesellschaften – von einem deutschen Börsensitz **abweichende Bestimmung eines Versammlungsorts** in der Satzung muss eine sachgerechte, am Teilnahmeinteresse der Aktionäre ausgerichtete Vorgabe enthalten, die das Ermessen des Einberufungsberechtigten bindet. Zwar ist es mit dem Schutzzweck, eine willkürliche Auswahl des Versammlungsorts zu verhindern, noch vereinbar, wenn die Satzung mehrere Orte aufführt, unter denen das Einberufungsorgan wählen kann, oder wenn die Satzungsbestimmung lediglich eine regional begrenzte geographische Vorgabe macht. Über eine **sachgerechte Bindung des Auswahlermessens** des **Einberufungsberechtigten** geht eine Satzungsbestimmung

¹²¹ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 18.

¹²² Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 19.

jedoch hinaus, wenn sie dem Einberufungsberechtigten die Auswahl unter einer großen Zahl geographisch weit auseinanderliegender Orte überlässt. Eine solche weite Regelung kommt einem freien Auswahlermessen des Einberufenden nahe und dient jedenfalls bei einer Aktiengesellschaft mit einem größeren Aktionärskreis nicht dem Teilnahmeinteresse aller Aktionäre. Denn die Aktionäre können sich nicht vorab auf die möglichen Versammlungsorte einstellen.¹²³ Den Anforderungen an eine ermessenbeschränkende Bestimmung des Hauptversammlungsortes wird daher eine Regelung nicht gerecht, nach der die Hauptversammlung entweder am Sitz der Gesellschaft, dem Sitz einer Wertpapierbörse in der Europäischen Union oder einer Großstadt in der Europäischen Union mit mehr als 500.000 Einwohnern stattfindet.¹²⁴

Die Entscheidung über die rechtliche Zulässigkeit der Bestimmung des Versammlungsortes kann nicht einer **Missbrauchskontrolle** der **Ortswahl im Einzelfall** überlassen bleiben. Mit dem Schutzzweck des § 121 Abs. 5 AktG wäre es nicht vereinbar, dem einzelnen Aktionär bei einem Streit um die Zulässigkeit eines vom Einberufenden gewählten Versammlungsortes das Risiko einer Anfechtungsklage zuzuweisen, zumal ihm die Übereinstimmung der Auswahl mit dem Satzungswortlaut entgegengehalten werden könnte. Dass die Satzung eine Bestimmung über vom Satzungssitz oder einem deutschen Börsensitz abweichende Versammlungsorte treffen muss, soll verhindern, dass der Versammlungsort immer wieder in Zweifel gezogen werden kann, und auch dem Einberufungsberechtigten Rechtssicherheit verschaffen.¹²⁵

¹²³ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 20.

¹²⁴ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 21.

¹²⁵ Urteil vom 21. Oktober 2014 – [II ZR 330/13](#) – juris, Rn. 22.

5. **Konzernrecht, insbesondere das Recht der verbundenen Unternehmen**

Zum **Vertragskonzern** mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft hat der II. Zivilsenat mit Urteil vom 07. Oktober 2014 – II ZR 361/13 – klargestellt, dass der Rechtsgedanke des **§ 302 AktG** entsprechend anzuwenden ist. Entsprechendes gilt für die Besicherung nach **§ 303 AktG** bei einer Beendigung eines **Beherrschungs-** oder eines **Gewinnabführungsvertrags**.¹²⁶ Hiernach hat der Vertragspartner der abhängigen Gesellschaft deren sich insoweit meldenden **Gläubigern Sicherheit** für Forderungen zu leisten, die begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung dieses Vertrags in das Handelsregister bekannt gemacht worden ist. Hiermit soll der Gefahr begegnet werden, dass die früher abhängige Gesellschaft, deren eigenständige Lebensfähigkeit wegen der vorherigen Ausrichtung auf das Konzerninteresse zweifelhaft erscheint, ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann, nachdem die Verpflichtung der Obergesellschaft zur Verlustdeckung nach § 302 AktG infolge der Beendigung des Vertrags entfallen ist.

Dieses mit der früheren **Konzernierung** verbundene **Ausfallrisiko vermindert** sich im Lauf der Zeit nach **Beendigung** des Unternehmensvertrags.¹²⁷ Zudem sind Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen bereits dann vor der Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Unternehmensvertrags im Sinn von § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG begründet, wenn das **Dauerschuldverhältnis** selbst entstanden ist. Die **Fälligkeit** des einzelnen Anspruchs ist dagegen nicht maßgeblich. Damit besteht die Gefahr einer endlosen oder jedenfalls weit über den Zeitpunkt der Beendigung des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages hinausreichenden Haftung des herrschenden Vertragsteils, obwohl die Gläubiger einer vertraglich konzernierten Gesellschaft einen Anspruch auf einen

¹²⁶ Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – AG 2014, 855 = BB 2015, 206 = DB 2014, 2760 = DNotZ 2015, 153 = DStR 2014, 2578 = GmbHR 2015, 24 = NJW-RR 2015, 232 = NZG 2014, 1340 = ZIP 2014, 2282.

¹²⁷ Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – juris, Rn. 13.

Fortbestand des Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages und der daraus resultierenden Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG nicht haben.¹²⁸ Eine solche zeitlich weit reichende Haftung lässt sich daher mit dem **Zweck** des Anspruchs auf die Sicherheitsleistung auch nicht vereinbaren.

Die Regelung in § 303 AktG enthält eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigte **Lücke**,¹²⁹ die durch eine **analoge Anwendung** der **Enthaftungsregeln** in §§ 26, 160 HGB, § 327 Abs. 4 AktG durch eine **Begrenzung** der Sicherheitsleistung auf solche Ansprüche zu schließen ist, die innerhalb von fünf Jahren ab der Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Vertrags fällig werden. Dies ist gegenüber einer Begrenzung nach dem konkret zu bestimmenden, angemessenen Sicherungsinteresse des jeweiligen Gläubigers vorzugswürdig.¹³⁰ Denn die bei der Beendigung des Unternehmensvertrages bestehende Interessenlage ist sowohl mit derjenigen beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft als insbesondere auch derjenigen bei Beendigung einer Eingliederung vergleichbar.¹³¹ Eine nach den Sicherungsbedürfnissen des Gläubigers bestimmte Frist ist demgegenüber wegen ihrer Unbestimmtheit weniger geeignet, der Gefahr einer Endloshaftung zu begegnen.¹³² Ein Rückgriff auf die Zehnjahresfrist des § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG scheidet aus. Diese lange Frist findet ihre Rechtfertigung nur in der vom Gesetzgeber als für die Arbeitnehmer und ihre Interessen besonders gefährlich angesehenen Aufspaltung.¹³³

¹²⁸ Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – juris, Rn. 12.

¹²⁹ Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – juris, Rn. 12, 14.

¹³⁰ Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – juris, Rn. 15.

¹³¹ Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – juris, Rn. 16.

¹³² Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – juris, Rn. 18.

¹³³ Urteil vom 07. Oktober 2014 – [II ZR 361/13](#) – juris, Rn. 21.

6. Bilanzrecht

Zum Bilanzrecht wird im Beschluss des II. Zivilsenats vom 14. Oktober 2014 – II ZB 20/13 – ausgeführt, dass gemäß § 155 Abs. 2 InsO mit **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen einer GmbH ein **neues Geschäftsjahr** beginnt, wenn nicht ausnahmsweise das Verfahren genau zum Wechsel der Geschäftsjahre eröffnet wird.¹³⁴ Das bisher laufende Geschäftsjahr wird dadurch zu einem **Rumpfgeschäftsjahr**. Da die Dauer eines Geschäftsjahrs nach § 240 Abs. 2 Satz 2 HGB zwölf Monate nicht überschreiten darf, entsteht ein neuer, von der Satzung der Insolvenzsuldnerin abweichender Geschäftsjahresrhythmus. Eine **automatische Anpassung** an das satzungsmäßige Geschäftsjahr tritt **nicht** ein. Der Insolvenzverwalter ist auch nicht gezwungen, möglicherweise kurz nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erneut einen Jahresabschluss für ein zweites Rumpfgeschäftsjahr aufzustellen.¹³⁵

Der **Insolvenzverwalter** ist aber befugt, das **Geschäftsjahr** wieder so **festzulegen**, wie es in der **Satzung** vorgesehen ist. Dies kann sinnvoll sein, um unnötige, mit der dauerhaften Umstellung des Geschäftsjahrs zusammenhängende **Kosten** zu **vermeiden**. Diese Entscheidungsbefugnis des Insolvenzverwalters ergibt sich aus seinem Verwaltungsrecht nach § 80 InsO in Verbindung mit § 155 Abs. 1 InsO. Danach hat er in Bezug auf die Insolvenzmasse die sich aus den handelsrechtlichen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften ergebenden Pflichten des Insolvenzschuldners zu erfüllen. Zu den ihm mit der Übertragung dieser Pflichterfüllung eingeräumten Befugnissen gehört die Entscheidung über eine Umstellung des Geschäftsjahrs. Diese ist aber nur möglich für einen Zeitraum nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Eine nachträgliche

¹³⁴ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – BB 2015, 334 = DB 2015, 60 = DStR 2015, 178 = NJW-RR 2015, 245 = NZG 2015, 157 = NZI 2015, 135 = ZIP 2015, 88 = ZInsO 2015, 96.

¹³⁵ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 10.

Umstellung auf einen früheren Zeitpunkt würde gegen § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO verstoßen.¹³⁶

Die Entscheidung des Insolvenzverwalters, wieder zu dem für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltenden Geschäftsjahresrhythmus zurückzukehren, ist **keine Satzungsänderung**. Denn damit wird lediglich die Festlegung in der Satzung, die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO außer Kraft gesetzt worden ist, wieder zur Anwendung gebracht. Der Insolvenzverwalter muss dafür auch **nicht** einen **Gesellschafterbeschluss** mit einfacher Mehrheit herbeiführen. Denn die Gesellschafter werden von der Rückführung des Geschäftsjahresrhythmus nicht in ihren Rechten beeinträchtigt. Es wird lediglich der Zustand wiederhergestellt, der vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestand.¹³⁷

Für den Fall einer Veränderung des Geschäftsjahrs durch Satzungsänderung ist anerkannt, dass die dafür nach § 54 Abs. 3 GmbHG erforderliche Handelsregistereintragung konstitutiv ist, also nur ex nunc wirkt. Für die Entscheidung des Insolvenzverwalters, zu dem bisherigen Geschäftsjahr zurückzukehren, gilt dagegen **§ 54 Abs. 3 GmbHG nicht** unmittelbar, weil diese Entscheidung keine Satzungsänderung ist. Auch eine analoge Anwendung des § 54 Abs. 3 GmbHG scheidet jedenfalls in Bezug auf das erste laufende Geschäftsjahr nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls aus.¹³⁸

Zwar ist wegen des **Grundsatzes** der **Registerwahrheit** zu verlangen, dass der Insolvenzverwalter seine Entscheidung nicht nur dem Registergericht mitteilt, sondern sie auch im **Handelsregister eintragen** lässt. Denn das Register, in dem nur ein Insolvenzvermerk eingetragen ist, gibt damit zunächst die falsche Auskunft, dass das Geschäftsjahr jeweils mit dem Datum und der Uhrzeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

¹³⁶ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 11.

¹³⁷ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 12.

¹³⁸ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 14.

beginnt.¹³⁹ Für eine Analogie zu § 54 Abs. 3 GmbHG in dem Sinne, dass die Eintragung des Geschäftsjahreswechsels jedenfalls auch in Bezug auf das erste laufende Geschäftsjahr nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens konstitutiv wäre, fehlt es dagegen an einer planwidrigen Regelungslücke.¹⁴⁰ Selbst wenn das Insolvenzverfahren aufgehoben wird, bevor die Änderung des Geschäftsjahrs im Handelsregister eingetragen ist, und die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, besteht **keine Missbrauchsgefahr**. Denn mit Beendigung des Insolvenzverfahrens muss der Insolvenzverwalter eine Schlussbilanz aufstellen, durch die sich wiederum ein Rumpfgeschäftsjahr bildet.

Zwingenden **bilanzrechtlichen Vorschriften** (§§ 264, 325 HGB) stehen diesem Ergebnis nicht entgegen.¹⁴¹ An der Pflicht, die Jahresabschlüsse für den Insolvenzschuldner innerhalb der gesetzlichen Fristen aufzustellen und gegebenenfalls zu veröffentlichen, ändert sich nichts. Soweit diese Pflicht nach § 155 Abs. 1 Satz 2 InsO dem Insolvenzverwalter obliegt, hat er darauf zu achten, dass die Fristen – insbesondere für die Offenlegung des Jahresabschlusses – eingehalten werden. Hierbei wird der Insolvenzverwalter durch das Insolvenzgericht und gegebenenfalls darüber hinaus auch durch den Gläubigerausschuss überwacht.¹⁴² Im Übrigen wird der Gesetzeszweck der §§ 325 ff. HGB, die Funktionsfähigkeit des Marktes und die Individualinteressen seiner Teilnehmer zu schützen, im Insolvenzverfahren vorrangig dadurch erreicht, dass die Insolvenzreife der Gesellschaft offenkundig gemacht und die Gläubigerinteressen durch die Vorschriften der Insolvenzordnung geschützt werden. Deshalb hat die Offenlegung der Jahresabschlüsse während des Insolvenzverfahrens nur noch eine untergeordnete Bedeutung.¹⁴³

¹³⁹ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 15.

¹⁴⁰ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 16.

¹⁴¹ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 19.

¹⁴² Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 20.

¹⁴³ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 21.

Damit ist dem Interesse des Insolvenzverwalters, aus **Kostengründen** sogleich wieder zu dem in der Satzung vorgesehenen Geschäftsjahr zurückzukehren, der Vorrang vor einer einschränkungslosen Durchsetzung des **Prinzips** der **Registerwahrheit** einzuräumen. Da der Insolvenzverwalter seine Entscheidung nicht schon vor dem Ende des durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehenden zweiten Rumpfgeschäftsjahrs treffen muss – was ihn je nach dem Zeitpunkt der Eröffnung in Zeitnot bringen könnte –, sondern damit bis zum Ende des durch § 155 Abs. 2 Satz 1 InsO ausgelösten ersten laufenden Geschäftsjahrs warten kann, hat er ausreichend Zeit, die Entscheidung vorzubereiten.¹⁴⁴

7.

Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

Zum Verfahrens- und Prozessrecht sind die folgenden Entscheidungen ergangen.

a)

Die Beschwerde gegen die **Nichtzulassung der Revision** durch das Berufungsgericht ist nur zulässig, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer zwanzigtausend Euro übersteigt (§ 26 Nr. 8 EGZPO, § 544 ZPO). Im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde obliegt es grundsätzlich dem Beschwerdeführer, darzulegen und glaubhaft zu machen, dass er mit der beabsichtigten Revision die Abänderung des Berufungsurteils in einem Umfang erstreben will, der diese Wertgrenze übersteigt.

Bei **gesellschaftsrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen** richtet sich die Wertbemessung der Beschwer oder des Beschwerdegegenstandes nach den Grundsätzen des **§ 247 Abs. 1 AktG**. Danach kommt es auf die Bedeutung der Sache für die Parteien an. Dies gilt in

¹⁴⁴ Beschluss vom 14. Oktober 2014 – [II ZB 20/13](#) – juris, Rn. 22.

gleicher Weise für die Bewertung eines Streits um die Beschlussfassung über die Beendigung eines von einer GmbH & Co. KG vereinbarten Verwaltungstreuhandverhältnisses.¹⁴⁵

Die Beschwer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die sich gegen ein kassatorisches Urteil hinsichtlich eines Beschlusses über die **Einziehung** eines **Geschäftsanteils** wendet, bemisst sich grundsätzlich nach dem **Verkehrswert** des von der Einziehung betroffenen **Geschäftsanteils**.¹⁴⁶

Ebenfalls nach dem Wert des betroffenen Geschäftsanteils bemisst sich grundsätzlich auch der Wert der Beschwer einer Revision gegen das eine **Ausschlussklage** abweisende oder stattgebende Urteil.¹⁴⁷ Dabei wird das Interesse eines **Gesellschafter-Geschäftsführers**, weiterhin Geschäftsführer der Gesellschaft zu sein und damit die Lenkungs- und Leitungsmacht in der Hand zu behalten, durch den Wert seines Geschäftsanteils begrenzt. Daher liegt das Interesse des sich gegen seinen Ausschluss wehrenden Gesellschafter-Geschäftsführers auch nicht allein deshalb über dem Wert seines Geschäftsanteils, weil er gleichzeitig die Geschäftsführerfunktion ausübt bzw. ausgeübt hat.¹⁴⁸

Bei der dazu nach § 3 ZPO vorzunehmenden Bewertung des Interesses des Gesellschafters am Erhalt seiner Gesellschafterstellung ist im Übrigen zu berücksichtigen, ob der Gesellschafter nach den seiner Beteiligung an der Gesellschaft zugrundeliegenden Vereinbarungen an dem **Gesellschaftsvermögen beteiligt** ist. Dies ist zwar regelmäßig der Fall; notwendig ist dies aber nicht. Mit der Gesellschafterstellung ist es nämlich ohne weiteres vereinbar, dass ein Gesellschafter **keine Einlage** erbringt, am **Gewinn und Verlust** sowie am Gesellschaftsvermögen nicht beteiligt

¹⁴⁵ Beschluss vom 09. Dezember 2014 – [II ZR 106/14](#) – juris.

¹⁴⁶ Beschluss vom 29. Juli 2014 – [II ZR 73/14](#) – juris.

¹⁴⁷ Beschlüsse vom 24. Juni 2014 – [II ZR 29/13](#) – juris, Rn. 4; vom 29. Juli 2014 – [II ZR 73/14](#) – juris, Rn. 8 und vom 04. November 2014 – [II ZB 15/13](#) – juris, Rn. 7.

¹⁴⁸ Beschluss vom 04. November 2014 – [II ZB 15/13](#) – juris, Rn. 7.

ist und sich sein Beitrag auf die Geschäftsführung und seine Beteiligung am Geschäftsergebnis auf einen bestimmten Betrag beschränkt.¹⁴⁹

Wird einem mit der Geschäftsführung beauftragten, am Gesellschaftsvermögen aber nicht beteiligten Gesellschafter die Gesellschafter- und Geschäftsführerstellung entzogen, richtet sich das der Bewertung nach §§ 3 ff. ZPO zugrunde zu legende wirtschaftliche Interesse dieses Gesellschafters an der Nichtigerklärung des Ausschließungsbeschlusses nach dem **Wert** seiner **Geschäftsführer- und Haftungsvergütung**. Denn er verliert diese mit dem Entzug der Gesellschafterstellung und in deren Höhe ist er daher durch die Abweisung der Klage gegen den Ausschließungsbeschluss auch beschwert.¹⁵⁰

b)

Ein **Aktionär**, der sich an einem von anderen Aktionären gegen die beklagte Gesellschaft geführten **Anfechtungsrechtsstreit** auf Seiten der Kläger als **Nebenintervenient** beteiligt, ist im Hinblick auf die sich aus § 248 Abs. 1 AktG ergebende Rechtskrafterstreckung und Gestaltungswirkung eines stattgebenden Anfechtungsurteils als streitgenössischer Nebenintervenient im Sinne von §§ 66, 69 ZPO anzusehen.¹⁵¹ Für die streitgenössische Nebenintervention gilt der für die einfache Streitgenossenschaft in § 101 Abs. 1 ZPO geregelte Grundsatz der **Kostenparallelität nicht**; vielmehr sind ausschließlich §§ 100, 101 Abs. 2 ZPO anzuwenden, die den streitgenössischen Nebenintervenienten kostenrechtlich uneingeschränkt einem Streitgenossen der Hauptpartei gleichstellen. Der **Kostenerstattungsanspruch** des einzelnen Streitgenossen bestimmt sich entsprechend den aus § 100 ZPO hergeleiteten Kosten-grundsätzen nach seinem **persönlichen Obsiegen und Unterliegen** im Verhältnis zum Gegner. Daran anknüpfend ist über die Kosten des streitgenössischen Nebenintervenienten eigenständig und unabhängig von der für die

¹⁴⁹ Beschluss vom 04. November 2014 – [II ZB 15/13](#) – juris, Rn. 8.

¹⁵⁰ Beschluss vom 04. November 2014 – [II ZB 15/13](#) – juris, Rn. 9.

¹⁵¹ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – ZInsO 2014, 2179 = ZIP 2014, 1995.

unterstützte Hauptpartei getroffenen Kostenentscheidung auf der Grundlage der für ihn maßgebenden Umstände zu befinden.¹⁵²

Nimmt der **Anfechtungskläger** die **Klage** aufgrund einer vergleichswise-
sen Einigung mit der beklagten Gesellschaft **zurück**, hat der **Streithelfer**
des Anfechtungsklägers seine **außergerichtlichen Kosten** gemäß § 269
Abs. 3 Satz 2 ZPO **selbst** zu tragen, wenn sich die beklagte Gesellschaft
im Vergleich nur verpflichtet hat, die Kosten des Klägers zu überneh-
men.¹⁵³

Der **Nebenintervenient** hat seine **Kosten** ebenfalls **selbst** zu tragen,
sofern die Prozessparteien eine **übereinstimmenden Erledigungserklä-
rungen** gegenüber dem Gericht **nicht** abgegeben, sondern einen (Pro-
zess-) Vergleich im (engeren) Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO schlie-
ßen. Dies beendet den Prozess unmittelbar, weil es die Rechtshängigkeit
des Rechtsstreits entfallen lässt.¹⁵⁴ Die Kostentragungspflicht des Neben-
intervenienten entspricht dem unabhängig von § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO
geltenden allgemeinen Grundsatz, dass jeder Prozessbeteiligte seine
Kosten selbst zu tragen hat und eine Kostenübernahme durch den Gegner
– abgesehen von etwaigen materiell-rechtlichen Erstattungsansprüchen –
nur dann in Betracht kommt, wenn sich aus §§ 91 ff. ZPO ein **prozessua-
ler Kostenerstattungsanspruch** ergibt. Anderenfalls verbleiben die
Aufwendungen bei demjenigen, bei dem sie entstanden sind. Einen
solchen prozessualen Erstattungstatbestand kann der streitgenössische
Nebenintervenient des klagenden Aktionärs im Falle des unmittelbar
prozessbeendenden Vergleichs nicht für sich in Anspruch nehmen.¹⁵⁵

Haben die **Parteien** im **Vergleich** keine andere Regelung getroffen, sind
die Kosten gemäß **§ 98 ZPO** als gegeneinander aufgehoben anzusehen.
Einer gerichtlichen Kostenentscheidung bedarf es dann nicht; ergeht sie

¹⁵² Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 6.

¹⁵³ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 7.

¹⁵⁴ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 10.

¹⁵⁵ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 8.

trotzdem, hat sie nur deklaratorische Wirkung.¹⁵⁶ Bei beiderseitigen Erledigungserklärungen endet dagegen lediglich die Rechtshängigkeit der Hauptsache, so dass im noch anhängigen Kostenpunkt eine gerichtliche Entscheidung nach § 91a ZPO grundsätzlich möglich ist. Sofern die Prozessparteien in einem Prozessvergleich lediglich die eigenen, nicht aber die außergerichtlichen Kosten des streitgenössischen Nebenintervenienten regeln, liegen aber die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 91a ZPO nicht vor. Der beigetretene Aktionär kann nämlich keine vergleichbare Interessenlage wie im Falle beiderseitiger Erledigungserklärungen für sich geltend machen.¹⁵⁷

Bei einer **Einigung** über die **Hauptsache** haben die Parteien gleichfalls die Möglichkeit, die Entscheidung über die Kostenverteilung dem Gericht zu überantworten, indem sie sich bewusst lediglich über die Hauptsache verständigen und hinsichtlich der Kosten zumindest konkludent im Sinne einer sogenannten **negativen Kostenvereinbarung** die gesetzliche Regelung des § 98 ZPO ausschließen. Einigen sich die Parteien im Prozessvergleich dagegen auch über die Prozesskosten, wollen sie gerade keine gerichtliche Kostenentscheidung, auch nicht über die Kosten der Nebenintervention. Vielmehr entziehen sie dem Gericht jegliche Entscheidungskompetenz, indem sie die Rechtshängigkeit des gesamten Rechtsstreits beenden.¹⁵⁸

Welche Art von Prozessbeendigung die Prozessparteien wählen, steht ihnen frei. Der **Aktionär**, der einem Anfechtungsstreit beitrifft, ist im Hinblick auf diese für ihn nachteilige Entscheidungsfreiheit der Parteien **nicht schutzwürdig**. Er hat lediglich eine ungesicherte Rechtsposition inne und begibt sich willentlich in eine Situation, in der eine solche Verfahrensbeendigung ohne seine Beteiligung und eine für ihn günstige Kostenregelung möglich ist. Im Falle eines Prozessvergleichs im engeren Sinne verwirklicht sich somit lediglich das in der Nebenintervention

¹⁵⁶ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 10.

¹⁵⁷ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 11.

¹⁵⁸ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn.12.

liegende Risiko des Wegfalls der Rechtshängigkeit.¹⁵⁹ Soweit der beigetretene Aktionär **selbst anfechtungsberechtigt** gewesen wäre, kommt noch hinzu, dass er die Wahl hatte, selbst Anfechtungsklage mit den damit verbundenen Nachteilen wie dem zu leistenden Prozesskostenvorschuss zu erheben oder sich mit der ungesicherten Rechtsposition der Nebenintervention zufrieden zu geben. Das **Risiko**, die für die Wahrnehmung seines rechtlichen Gehörs entstandenen eigenen Aufwendungen **selbst tragen** zu müssen, wenn der klagende Aktionär den Rechtsstreit durch Vergleich mit dem Anfechtungsgegner oder durch Rücknahme der Klage beendet, hindert die Wahrnehmung dieses Rechts nicht, so dass auch hinsichtlich des nicht selbst anfechtungsberechtigten Aktionärs kein Anlass für eine analoge Anwendung des § 91a ZPO besteht.¹⁶⁰

c)

Erklärt der **Kläger** seinen **Antrag** (in der Berufungsinstanz) **einseitig für erledigt**, ist der **Streitwert** bezüglich des – auf die Feststellung der Erledigung geänderten – Klageantrags danach zu bemessen, welche Kosten durch das bisherige Prozessverfahren entstanden sind. Denn das Interesse des Klägers geht dann dahin, die Belastung mit diesen Verfahrenskosten abzuwenden. Dieses **Kostenvermeidungsinteresse** ist ebenfalls maßgeblich für die Bestimmung des Gebührenstreitwerts einer vom Kläger eingelegten **Nichtzulassungsbeschwerde**. Solange der (erstinstanzliche) Streitwertbeschluss Bestand hat, ist es irrelevant, dass die Kosten des Rechtsstreits nachträglich anwachsen (können), wenn der Wert des ursprünglich verfolgten Klageantrags höher bemessen würde.¹⁶¹

d)

Der **Gebührenstreitwert** für das Verfahren über die **Nichtzulassungsbeschwerde** bemisst sich gemäß § 47 Abs. 3 GKG in Verbindung mit § 47 Abs. 1 Satz 2 GKG nach dem Wert der vollen **Beschwer**. Bei der Verurteilung, eine **Willenserklärung** abzugeben, ist für die Bemessung der

¹⁵⁹ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 13.

¹⁶⁰ Beschluss vom 15. September 2014 – [II ZB 22/13](#) – juris, Rn. 14.

¹⁶¹ Beschluss vom 30. Juli 2014 – [II ZR 348/13](#) – juris.

Beschwer des Beklagten grundsätzlich das wirtschaftliche Interesse an dem **Nichteintritt** der mit der Erklärung verbundenen **Folgen** maßgeblich. Dieses Interesse ist nach § 3 ZPO zu schätzen. Wird ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als **Liquidator** zur Abgabe einer Willenserklärung in Anspruch genommen, sind die Auswirkungen der verlangten Willenserklärung auf seine Vermögenssituation als Gesellschafter lediglich mittelbar und deswegen ebenso wenig streitwertbestimmend wie die Auswirkungen von Geschäftsführungsmaßnahmen auf die Vermögenssituation der übrigen Gesellschafter.¹⁶²

Karlsruhe, den 22. April 2015

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹⁶² Beschluss vom 08. Juli 2014 – [II ZR 391/13](#) – juris.