

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2016

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

In der nachstehenden Übersicht sind die im 2. Halbjahr 2016 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.¹ Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.²

1. Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

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

a)

Der **Abfindungsanspruch** des aus einer GbR Ausgeschiedenen richtet sich umfassend **gegen** die **Gesellschaft**. Für einen von dem Abfindungs-

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

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

anspruch zu trennenden Ausgleichsanspruch gegen die in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter ist kein Raum.³

Der Abfindungsanspruch nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB richtet sich gegen die Gesellschaft, unbeschadet der daneben entsprechend § 128 HGB für diese Verbindlichkeit der Gesellschaft bestehenden persönlichen Haftung der Gesellschafter. Bei der Anwendung von § 738 BGB ist dabei nicht zwischen einer Liquidation und einem nachfolgenden internen Ausgleich zu unterscheiden, der ausschließlich zwischen den Gesellschaftern stattfinden hätte.⁴

Wird eine Gesellschaft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters mit den in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschaftern fortgesetzt und besteht sie als werbende Gesellschaft mit entsprechendem Gesellschaftsvermögen fort, hat eine Liquidation nicht stattgefunden. Die durch das Ausscheiden eines Gesellschafters bedingte Auseinandersetzung ist zwischen dem Ausscheidenden und der Gesellschaft vorzunehmen. Für einen hiervon zu trennenden **internen Gesellschafterausgleich** ist jedenfalls während des Fortbestands der Gesellschaft vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen **kein Raum**.⁵

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Gesellschaft dem Ausscheidenden dasjenige zu zahlen hat, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Ausrichtung des Abfindungsanspruchs auf ein fiktives Auseinandersetzungsguthaben bedingt nicht die Übernahme der im Fall der Auseinandersetzung in Betracht zu ziehenden Trennung zwischen der Abwicklung des Gesellschaftsvermögens (§ 730 Abs. 1 BGB) und dem internen Ausgleich unter den Gesell-

³ Urteil vom 12. Juli 2016 – [II ZR 74/14](#) – juris (LS), BB 2016, 2122 = DB 2016, 1985 = DStR 2016, 2607 m. Anm. Juretzek = NJW 2016, 3597 m. Anm. Graf Wolffskeel von Reichenberg = NZG 2016, 1025; dazu auch Paulus, EWiR 2016, 619; Poeschke, WuB 2016, 743; Scholtis, GWR 2016, 401.

⁴ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 10.

schaftern. Weder kommt es beim Ausscheiden eines Gesellschafters zu einer mit der vollständigen Verteilung des Gesellschaftsvermögens verbundenen Vollbeendigung der Gesellschaft, noch hätte eine entsprechende Differenzierung praktische Erleichterungen zur Folge.⁶

Das dem ausgeschiedenen Gesellschafter als Abfindung zustehende **Auseinandersetzungsguthaben** ist zwar auf der **Grundlage** des **anteiligen Unternehmenswerts** zu berechnen, die Abrechnung ist aber nicht auf die Erfassung des anteiligen Unternehmenswerts beschränkt. Vielmehr sind, sofern vorhanden, auch **sonstige**, nicht unternehmenswertbezogene gegenseitige **Ansprüche** aus dem **Gesellschaftsverhältnis** in die Berechnung einzustellen; dabei ist auch ein möglicher Anspruch auf **Rückerstattung von Einlagen** nach § 733 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen. Im Übrigen können zu dem Vermögen der Gesellschaft, das der Berechnung des Abfindungsanspruchs zugrunde zu legen ist, auch Ansprüche der Gesellschaft gegen einen Mitgesellschafter auf **Rückzahlung unberechtigter Entnahmen** gehören.⁷

Dem Ausgeschiedenen steht zur Ermittlung seines Abfindungsanspruchs ein Anspruch auf Aufstellung der **Abfindungsbilanz** zu, der sich jedenfalls auch gegen die Gesellschaft richtet. Dieser Anspruch kann mit dem noch zu beziffernden **Zahlungsanspruch** in einer **Stufenklage** verbunden werden.⁸

Die **Teilung der Sachwerte** und die rechtlich nicht begrenzte Möglichkeit, um die bisherigen **Mandanten** zu werben, ist die sachlich nahe liegende und angemessene Art der **Auseinandersetzung** einer **Freiberufersozietät**. Gehen die Gesellschafter in dieser Weise vor, ist damit der Geschäftswert abgegolten. Eine weitergehende Abfindung kann grundsätzlich nicht beansprucht werden.⁹

⁶ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁷ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 16.

Eine **vollständige „Realteilung“** in diesem Sinne, die eine weitergehende Abfindung vorbehaltlich einer anderweitigen Vereinbarung ausschließt, ist dann **noch nicht** vorgenommen worden, wenn zwar eine Teilung der Sachwerte und die rechtlich nicht beschränkte Mitnahme von Mandaten ohne einen weiteren Wertausgleich der Mandate vereinbart wurde, aber andererseits zwischen den Gesellschaftern ein **offener Dissens** hinsichtlich der Frage besteht, ob und wie die **Kapitalkonten** auszugleichen sind. Bestehen insoweit noch auszugleichende Ansprüche, so schließt dies die Annahme einer vollständigen Aufteilung der Sachwerte aus, zu denen neben körperlichen Gegenständen wie dem Büroinventar jedenfalls auch solche Forderungen gehören, die nicht einzelnen Mandatsverhältnissen zuzuordnen sind und damit in die „Realteilung“ fallen. Dazu gehören insbesondere ein möglicher Anspruch auf Rückzahlung von Einlagen bzw. von stehen gelassenen Gewinnen sowie ggf. Ansprüche der Gesellschaft auf Rückzahlung überhöhter Entnahmen anderer Gesellschafter.¹⁰

b)

Mit **Anerkennung** der **Rechtsfähigkeit** der (Außen-) **GbR** scheidet die **Eintragung** der **Verpfändung** eines **Gesellschaftsanteils** in das **Grundbuch** eines im Eigentum der Gesellschaft stehenden Grundstücks aus.¹¹

Nur die GbR ist Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens. Grundstücke einer GbR stehen in deren Alleineigentum und nicht im gemeinschaftlichen Eigentum ihrer Gesellschafter. Die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils begründet weder ein Recht des Pfandrechtsinhabers an den im Grundbuch eingetragenen Rechten der GbR noch wird diese als Rechtsinhaberin in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt. Eine Eintragung der Verpfändung zur Vermeidung eines gutgläubigen (lastenfreien) Er-

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹¹ Beschluss vom 20. Mai 2016 – [V ZB 142/15](#) – juris, Rn. 10 = BB 2016, 2637 = DNotI-Report 2016, 152 = DNotZ 2016, 925 = FGPrax 2016, 241 m. Anm. Keller = NZG 2016, 1223 = ZIP 2016, 1965; dazu näher Poschitz, GWR 2016, 505.

werbs eines Dritten (§ 892 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) kommt unter diesem Aspekt nicht in Betracht.¹²

Seite 5 von 39

Die **Verpfändung** eines Gesellschaftsanteils ist auch **nicht** deshalb in das Grundbuch **einzutragen**, weil gemäß **§ 899a BGB** in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet wird, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind.¹³ Die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch dient zum einen der Identifizierung der GbR und ermöglicht zum anderen durch die Verweisung auf die §§ 892 ff. BGB einen gutgläubigen Erwerb eines Grundstücks der GbR in den Fällen, in denen sämtliche eingetragenen Gesellschafter über das Grundstück verfügen, zumindest einer der eingetragenen Personen aber tatsächlich nicht Gesellschafter oder aus sonstigen Gründen nicht zu einer Verfügung über das Grundstück befugt ist. Das Gesetz schützt damit den guten Glauben an die Gesellschafterstellung der Eingetragenen bzw. deren Verfügungsbefugnis. Dies ist Folge des Personengesellschaften kennzeichnenden Grundsatzes der Selbstorganschaft, der es verbietet, sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen und diese auf Dritte zu übertragen.¹⁴

Durch die Verpfändung eines Gesellschaftsanteils wird die Stellung des Gesellschafters aber nicht berührt, der Pfandgläubiger rückt nicht in die Rechtsstellung des Gesellschafters ein, so dass eine Eintragung der Verpfändung im Grundbuch nicht zur Verhinderung eines ohne Eintragung möglichen gutgläubigen Erwerbs erforderlich ist. Durch die Verpfändung erhält der Pfandgläubiger nur das Recht, sich aus dem Gesellschaftsanteil durch dessen Verwertung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften (§ 1277 BGB) zu befriedigen. Der verpfändende Gesellschafter bleibt in der Regel in der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte und insbesondere auch in der Ausübung des Stimmrechts frei. Das Pfandrecht gewährt damit dem Pfandgläubiger grundsätzlich keinen Einfluss auf die

¹² a.a.O., juris, Rn. 11.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 13.

Gesellschafterstellung des Verpfändenden. Die Vorschrift des § 1258 Abs. 1 BGB, wonach bei einer Verpfändung eines Miteigentumsanteils der Gläubiger die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben, gilt grundsätzlich nicht entsprechend für Gesellschaftsanteile.¹⁵

In ihren hier maßgeblichen **Wirkungen** auf die Gesellschafterstellung **unterscheidet** sich die **Verpfändung** eines Anteils an einer GbR **nicht** von der **Pfändung** eines solchen Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 859 Abs. 1 ZPO); bei dieser rückt der Gläubiger ebenfalls nicht in die Stellung des Gesellschafters ein. Die Befugnis des Gesellschafters, über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück zu verfügen, bleibt trotz Pfändung des Gesellschaftsanteils bestehen. Eine **Eintragung der Pfändung im Grundbuch scheidet aus**.¹⁶

Schließlich folgt eine Pflicht zur Eintragung der Verpfändung eines Anteils an einer GbR in das Grundbuch nicht aus **§ 1276 Abs. 1 und 2 BGB**. Nach dieser Vorschrift sind die Aufhebung des verpfändeten Rechts und beeinträchtigende Änderungen nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers zulässig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der seinen Anteil verpfändende Gesellschafter nicht mehr gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern über im Eigentum der GbR stehende Grundstücke verfügen kann.¹⁷

Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift auf Verfügungen über ein der GbR gehörendes Grundstück scheidet von vorneherein aus, weil verpfändetes Recht i.S.d. § 1276 Abs. 1 und 2 BGB nur der Gesellschaftsanteil ist. Nur hierauf kann sich deshalb die in der Vorschrift normierte Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters nach ihrem eindeutigen Wortlaut beziehen, nicht jedoch auf die Grundstücke, die im Eigentum der GbR stehen.¹⁸

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

Eine entsprechende Anwendung kommt gleichfalls nicht in Betracht.¹⁹ Allerdings entspricht es ganz herrschender Meinung, dass bei der Verpfändung eines Anteils an einer **Erbengemeinschaft** der verpfändende Miterbe hinsichtlich seiner Befugnis, gemeinsam mit den anderen Miterben über einen Nachlassgegenstand zu verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB), zugunsten des Pfandgläubigers beschränkt ist und die Verpfändung in das Grundbuch einzutragen ist. Begründet wird dies damit, dass es eine (mittelbare) Beeinträchtigung des Pfandrechts an dem Erbteil i.S.d. § 1276 BGB bedeutet, wenn der verpfändende Miterbe ein zum Nachlass gehörendes Grundstück in Gemeinschaft mit den anderen Miterben ohne Berücksichtigung der Verpfändung veräußert oder belastet.²⁰

Dieser Gesichtspunkt wird in Teilen der – insbesondere älteren – Rechtsprechung auch bei der Frage herangezogen, ob die Verpfändung eines Anteils an einer GbR oder die Bestellung eines **Nießbrauchs** an einem GbR-Anteil, die gemäß § 1071 BGB zu einer § 1276 BGB entsprechenden Beschränkung des von dem Nießbrauch betroffenen Rechts führt, eine in das Grundbuch einzutragende Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters zur Folge hat. Nach dieser Rechtsprechung bedeutet es zumindest eine Beeinträchtigung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts, wenn die Gesellschafter bürgerlichen Rechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers oder des Nießbrauchers über einen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstand verfügen könnten. Erst die Einzelgegenstände verlieren dem mit dem Nießbrauch oder mit dem Pfandrecht belasteten Anteilsrecht am Gesellschaftsvermögen Inhalt und Wert. Eine Verfügung über die Einzelgegenstände ohne Zustimmung des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers könne zur Aushöhlung des Nießbrauchs oder des Pfandrechts führen.²¹

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

Nach **Anerkennung** der **Rechtsfähigkeit** der **GbR** ist aber eine entsprechende Anwendung des § 1276 BGB bzw. bei einem Nießbrauch an einem GbR-Anteil des § 1071 BGB nicht mehr möglich. Solange die GbR als Gesamthandsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit verstanden wurde, waren deren Gesellschafter ebenso wie der Miterbe einer Erbengemeinschaft an den Vermögensgegenständen der Gesellschaft bzw. der Erbengemeinschaft jedenfalls insoweit unmittelbar rechtlich beteiligt, als ihnen das Eigentum an Grundstücken zusammen mit den anderen Gesellschaftern bzw. Miterben zur gesamten Hand zustand. Während diese unmittelbare Beteiligung bei der Erbengemeinschaft, die anders als eine GbR nicht rechtsfähig ist, fortbesteht, hat der Gesellschafter einer GbR an den einzelnen Vermögensgegenständen keine unmittelbaren Rechte mehr. Rechtsinhaber ist ebenso wie bei einer Kapitalgesellschaft nur die GbR. Die notwendige klare Trennung zwischen der rechtsfähigen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern schließt es aus, gemeinschaftliche Verfügungen der Gesellschafter über Vermögen der GbR als das Pfandrecht an einem Gesellschaftsanteil beeinträchtigende Änderungen i.S.d. § 1276 BGB anzusehen.²²

Gegen **mittelbare Verschlechterungen** des wirtschaftlichen Werts des Pfandrechts an dem Gesellschaftsanteil wird der Pfandgläubiger durch § 1276 BGB deshalb nicht geschützt. Allerdings können sich der Verpfänder und die übrigen Gesellschafter durch die Art und Weise der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte gegenüber dem Pfandgläubiger **schadensersatzpflichtig** machen.²³

c)

Die **Teilungsversteigerung** des **Grundstücks** einer **gekündigten GbR** ist auf Antrag jedes einzelnen Gesellschafter zulässig. Wird der **Anteil** eines **Gesellschafters** an einer GbR einschließlich seines Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft durch einen seiner Gläubiger **gepfändet**

²² a.a.O., juris, Rn. 21.

²³ a.a.O., juris, Rn. 22.

und diesem **zur Einziehung überwiesen**, ist der **Pfändungsgläubiger** zur Ausübung des Rechts des Gesellschafters befugt, die Auseinandersetzung zu betreiben. Der Gläubiger ist damit nach § 181 Abs. 2 Satz 1 ZVG zur Stellung des Antrags auf Teilungsversteigerung berechtigt.²⁴ Die Veräußerung des Grundstücks steht der Fortsetzung des Verfahrens entgegen, weil die GbR auch im Verhältnis zur Pfändungsgläubigerin nicht an einer Verfügung über das Grundstück gehindert ist.²⁵

Das anlässlich der Pfändung des Gesellschaftsanteils gegenüber dem Gesellschaft ausgesprochene Verfügungsverbot (§ 859 Abs. 1 Satz 1, §§ 857, 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO) bezieht sich nur auf den gepfändeten Anteil am Gesellschaftsvermögen. Die mit der Pfändung gegebene Verstrickung der aus der Mitgliedschaft folgenden übertragbaren Vermögensrechte erfasst den Gewinnanteil und den Auseinandersetzungsanspruch bzw. den Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens (§ 734 BGB) sowie sonstige gesellschaftsvertraglich begründete Ansprüche. Die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens werden dagegen nach § 895 Abs. 1 Satz 2 ZPO von der Pfändung des Anteils nicht erfasst. Die Pfändung des Gesellschaftsanteils führt auch nicht zu einem Einrücken des Pfandgläubigers in die Gesellschafterstellung. Sie lässt die Befugnis der Gesellschaft unberührt, über einzelne Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zu verfügen.²⁶

Auch die mit der **Anordnung der Teilungsversteigerung** verbundene Beschlagnahme des Grundstücks (§ 180 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 ZVG) führt nicht dazu, dass die Verfügung der GbR über eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Immobilie im Verhältnis zu einem Pfändungsgläubiger unwirksam ist (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG, § 135 Abs. 1 Satz 1, § 136 BGB).²⁷ Bei der Teilungsversteigerung wird das Grundstück nur insoweit von der Beschlagnahme ergriffen, als dies für die Durchführung

²⁴ Beschluss vom 15. September 2016 – [V ZB 183/14](#) – juris, Rn. 13 = NZG 2016, 1307.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 17.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 18.

des Verfahrens erforderlich ist. **Anders** als bei der **Vollstreckungsversteigerung** (§ 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG) kommt der Beschlagnahme bei einer Teilungsversteigerung zur Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft deshalb auch nicht die Wirkung eines an den Schuldner gerichteten Verbots zu, über das Grundstück zu verfügen. Dies gilt selbst dann, wenn das Verfahren von einem Pfändungsgläubiger als Antragsteller betrieben wird. Die Beschlagnahme hat in der Teilungsversteigerung auch dann nicht die Wirkungen eines Veräußerungsverbots (§ 23 ZVG), wenn sie das Grundstück einer GbR betrifft und von dem Gläubiger eines Gesellschafters der GbR betrieben wird, welcher den Anteil des Gesellschafters an der GbR und dessen Auseinandersetzungsanspruch gepfändet hat.²⁸ Dies findet seinen Grund nicht in Besonderheiten der Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft, sondern darin, dass die Beschlagnahme in der Teilungsversteigerung eine **andere Funktion** hat als in der Vollstreckungsversteigerung. Diese unterschiedlichen Funktionen bestimmen im jeweiligen Verfahren die Wirkungen der Beschlagnahme.²⁹

Zweck der **Teilungsversteigerung** ist es, einen unteilbaren durch einen teilbaren Gegenstand zu ersetzen. Zweck ist es mithin, einen unter den Miteigentümern verteilungsfähigen Erlös in Geld zu schaffen. Die Verteilung selbst findet erst nach Abschluss des Verfahrens im Rahmen einer anderweitig gesetzlich oder vertraglich geregelten vermögensrechtlichen Auseinandersetzung statt. Das Teilungsversteigerungsverfahren dient lediglich dazu, diese Auseinandersetzung vorzubereiten; es hat nicht die Funktion, sie zu ersetzen oder vorwegzunehmen.³⁰

Die **Vollstreckungsversteigerung** ist demgegenüber auf eine unmittelbare Befriedigung des Gläubigers aus dem Versteigerungserlös gerichtet. Die Aufgabe des in § 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG angeordneten Veräußerungs-

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 20.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 21.

verbots besteht hier unter anderem darin, den Gläubiger vor nachteiligen Einwirkungen auf die Haftungsmasse zu schützen.³¹

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht damit begründen, dass der Gläubiger des Gesellschafters einer GbR im Unterschied zu dem Gläubiger eines Miteigentümers die Veräußerung des zu versteigernden Grundstücks – von dem Sonderfall des § 826 BGB abgesehen – nicht anderweitig verhindern kann. Dieser Unterschied ist die Folge der unterschiedlichen Ausgestaltung der Auseinandersetzung von Bruchteilsgemeinschaft einerseits und GbR andererseits, die das Teilungsversteigerungsverfahren angesichts seiner dienenden Funktion nicht korrigieren darf.³²

Der **Gläubiger** eines Miteigentümers kann sich allerdings vor einer Veräußerung des Grundstücks **schützen**, indem er (zusätzlich) die **Zwangsvolleziehung** des dem Schuldner gehörenden Miteigentumsanteils betreibt oder insoweit die Eintragung einer Sicherungshypothek erwirkt (§ 864 Abs. 2, § 866 Abs. 1 ZPO). Eine solche Möglichkeit steht dem Gläubiger des Gesellschafters einer GbR nicht zu Gebote. Die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände stehen im Alleineigentum der Gesellschaft, nicht im gemeinschaftlichen Eigentum der Gesellschafter. Der einzelne Gesellschafter kann hierüber nicht verfügen (§ 719 Abs. 1 BGB). Gemäß § 859 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist der (rechtlich nicht bestehende) Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen der Pfändung nicht unterworfen. Auch die Kündigung der GbR nach § 725 Abs. 1 BGB führt zu keinem anderen Ergebnis, weil der Wandel von der werbenden zur Abwicklungsgesellschaft nichts an der Identität der Gesellschaft und an der Inhaberschaft am Gesellschaftsvermögen ändert. Zur Zwangsvollstreckung in Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ist vielmehr ein Vollstreckungstitel gegen die GbR oder gegen alle Gesellschafter (§ 736

³¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

³² a.a.O., juris, Rn. 24.

BGB) erforderlich, den der Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters aber nicht erlangen kann.³³

Diese **Schlechterstellung** ist **systembedingt**. Sie kann nicht auf verfahrensrechtlichem Wege dadurch behoben oder gemildert werden, dass der Beschlagnahme die Wirkung eines Veräußerungsverbots beigemessen wird.³⁴ Dadurch erhalte der Pfändungsgläubiger zwar keinen unmittelbaren vollstreckungsrechtlichen Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen. Er könnte aber mit dem Antrag auf Teilungsversteigerung Verfügungen der GbR über das Grundstück verhindern. Dazu ist er materiell-rechtlich nicht berechtigt. Sowohl die Abwicklung der GbR als auch die Verteilung des Überschusses nach § 730 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB obliegt nämlich allen Gesellschaftern gemeinschaftlich. In die Stellung als Gesellschafter rückt der Gläubiger durch die Pfändung des Gesellschaftsanteils nicht ein.³⁵

Die Anwendung von § 23 ZVG auf die Teilungsversteigerung von Grundstücken einer GbR vermittelt dem Pfändungsgläubiger damit im Ergebnis einen Einfluss auf die Art und Weise der Auseinandersetzung der GbR, der ihm materiell-rechtlich nicht zukommt und den der Gesetzgeber mit dem Erfordernis eines Titels gegen die GbR oder alle ihre Gesellschafter in § 736 ZPO gerade verhindern wollte. Ein solches Verständnis der Beschlagnahme widerspräche der dienenden Funktion des Verfahrensrechts. Diese gebietet es vielmehr, die **Wirkungen der Beschlagnahme** auf den Umfang zu begrenzen, der für die Durchführung der Teilungsversteigerung benötigt wird. Dazu gehört aber ein Veräußerungsverbot auch bei der Teilungsversteigerung von Grundstücken einer GbR gerade nicht.³⁶

³³ a.a.O., juris, Rn. 25.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 26.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 28.

d)

Mit mehreren Urteilen vom 20. September 2016³⁷ hat der II. Zivilsenat im Anschluss an seine Entscheidung vom 08. Dezember 2015³⁸ nochmals klargestellt, dass bei Auflösung einer (im Streitfall mehrgliedrigen atypisch) stillen Gesellschaft die stillen Gesellschafter zur Rückzahlung der ihnen zugeflossenen gewinnunabhängigen Ausschüttungen an den Geschäftsinhaber verpflichtet sind, wenn dieser Rückzahlungsanspruch im Gesellschaftsvertrag entsprechend geregelt ist.

2.

Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Eine **Rückbezahlung** der **Einlage** eines **Kommanditisten** gemäß **§ 172 Abs. 4 HGB** liegt bei **jeder Zuwendung** an den Kommanditisten vor, durch die dem Gesellschaftsvermögen ein Wert ohne eine entsprechende Gegenleistung entzogen wird. Eine solche Zuwendung ohne entsprechende Gegenleistung kann auch in einer Leistung im Rahmen eines Austauschgeschäfts bestehen, etwa wenn die Gesellschaft von dem Kommanditisten einen Gegenstand zu einem überhöhten Preis kauft. In Höhe des Unterschiedsbetrags zu der angemessenen Gegenleistung lebt die persönliche Haftung des Kommanditisten wieder auf, sobald er die vereinbarte vertragliche Leistung erhält.³⁹

³⁷ Urteile vom 20. September 2016 – [II ZR 120/15](#) – juris, Rn. 14 ff. = NZG 2016, 1380 und – [II ZR 124/15](#) – juris, Rn. 12 ff. und – [II ZR 139/15](#) – juris, Rn. 10 ff.

³⁸ Urteil vom 08. Dezember 2015 – [II ZR 333/14](#) – juris, Rn. 9, i.d.F. des Berichtigungsbeschlusses vom 15. März 2016 = DB 2016, 655 = DStR 2016, 880 = NWB 2016, 838 = ZInsO 2016, 824 = ZIP 2016, 523. – Siehe dazu auch unsere Übersicht zu der im 1. Halbjahr 2016 veröffentlichten Rechtsprechung des BGH zum Gesellschaftsrecht unter 1. c).

³⁹ Beschlüsse vom 28. Juni 2016 – [II ZR 290/15](#) – juris, Rn. 9 = DStR 2016, 2663 und – [II ZR 291/15](#) – juris, Rn. 9.

b)

Gesellschaftsverträge von **Publikumsgesellschaften** sind nach ihrem **objektiven Erklärungsbefund** nur anhand des schriftlichen Vertrags **auszulegen**. Die Vorstellungen und der Wille der Gründungsgesellschafter, die in dem Gesellschaftsvertrag keinen Niederschlag gefunden haben, sind nicht zu berücksichtigen.⁴⁰ Die Regelungen in Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften 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. Hieraus folgt in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB, dass Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen.⁴¹ Für den einer Publikumpersonengesellschaft beitretenden Gesellschafter müssen sich die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag klar ergeben. Denn die erst nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags beitretenden Kommanditisten müssen sich darauf verlassen können, nur solche Leistungen erbringen zu müssen, die dem Vertragstext unmissverständlich zu entnehmen sind.⁴² Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags einer Fondsgesellschaft kann gegebenenfalls der Inhalt eines **Emissionsprospekts** als **Auslegungshilfe** herangezogen werden.⁴³

Es ist allgemein anerkannt, dass auch über die Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinaus **Ausschüttungen** an die Kommanditisten zulässig sind, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht oder die Ausschüttung durch das Einverständnis aller Gesellschafter gedeckt ist. Solche Ausschüttungen können in der Weise vereinbart werden, dass sie auch insoweit zu gewähren und zu belassen sind, als sie nicht durch Gewinne gedeckt sind, also letztlich in Form einer **festen Kapitalverzinsung** oder einer **garantierten Mindestantieme zu Lasten des Kapitals** gehen.⁴⁴

⁴⁰ Beschluss vom 27. Juni 2016 – [II ZR 63/15](#) – juris, Rn. 7; dazu Schulteis, GWR 2016, 441.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 9.

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 16.

Lässt sich durch Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen nicht mit der gebotenen Klarheit feststellen, dass den Kommanditisten die im Prospekt vorgesehenen Auszahlungen als **Darlehen** gewährt werden, so fehlt es an einer Regelung der Voraussetzungen, unter denen ein gegebenenfalls nur als Darlehen ausgezahlter Betrag vom Kommanditisten zurückgezahlt werden muss. Das Fehlen einer Regelung der Rückzahlungsvoraussetzungen verstärkt die nach dem Gesellschaftsvertrag bestehende Unklarheit, ob die im Prospekt vorgesehenen Auszahlungen als Darlehen gewährt werden.⁴⁵

Wenn die im Prospekt vorgesehenen regelmäßigen Auszahlungen an die Kommanditisten (nur) als Darlehen gewährt sein sollen, dann ist es naheliegend, im **Gesellschaftsvertrag** der **Fondsgesellschaft** die **Voraussetzungen** zu regeln, unter denen die Kommanditisten zur **Rückzahlung** an die Gesellschaft verpflichtet sein sollten. Das Recht der Personenhandels-gesellschaften gewährt **keinen gesetzlichen Anspruch** auf Rückzahlung von (vertraglich ermöglichten) Auszahlungen. Ein **Rückgriff** auf gesetzliche Regelungen des **bürgerlich-rechtlichen Darlehensrechts** (§ 488 Abs. 3 BGB) würde dem im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommenden Willen der Gesellschafter **nicht** gerecht. Es wäre in sich nicht schlüssig, wenn die Gesellschafter regelmäßige gewinnunabhängige Auszahlungen von der Gesellschaft erhalten sollen, ihnen diese möglicherweise über erhebliche Zeiträume hinweg geleisteten Zahlungen aber ohne besonderen Grund binnen einer Frist von drei Monaten wieder entzogen werden könnten.⁴⁶

c)

Die **gleichzeitige Geltendmachung** eines **Auskunftsanspruchs** aus **§ 166 Abs. 1 HGB** durch eine Leistungsklage steht der Zulässigkeit des **Antrags nach § 166 Abs. 3 HGB** nicht entgegen. Das Kontrollrecht des Kommanditisten aus § 166 Abs. 3 HGB tritt neben das Informationsrecht

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 18.

aus § 166 Abs. 1 HGB.⁴⁷ Das Antragsrecht des Kommanditisten nach § 166 Abs. 3 HGB dient ebenso wie der allgemeine Informationsanspruch eines Gesellschafters in jeder Personengesellschaft der Durchsetzung der dem Kommanditisten zustehenden mitgliedschaftlichen Informationsrechte. Ebenso wie beim allgemeinen Informationsanspruch des Gesellschafters gilt auch hier, dass sich die aus dem Informationsrecht des Kommanditisten folgenden Ansprüche neben der Gesellschaft auch gegen das geschäftsführende Organ richten, das die Auskunft unschwer erteilen kann.⁴⁸

Das in **§ 166 Abs. 3 HGB** geregelte außerordentliche Informationsrecht des Kommanditisten ist nicht auf Auskünfte beschränkt, die der **Prüfung des Jahresabschlusses** dienen oder zum Verständnis des Jahresabschlusses erforderlich sind. Vielmehr erweitert § 166 Abs. 3 HGB das Informationsrecht des Kommanditisten bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** auch auf Auskünfte über die **Geschäftsführung** des Komplementärs allgemein und die damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen der Gesellschaft.⁴⁹ Für den Fall der **stillen Gesellschaft**, für die in § 338 Abs. 3 HGB a.F. bzw. § 233 Abs. 3 HGB n.F. ein gleichlautender Informationsanspruch des stillen Gesellschafters geregelt ist, hat der II. Zivilsenat bereits entschieden, dass das außerordentliche Prüfungsrecht auch der Kontrolle der Geschäftsführung dient.⁵⁰ Gleiches gilt auch für den Anspruch des Kommanditisten aus § 166 Abs. 3 HGB.⁵¹

Der **Wortlaut** des § 166 Abs. 3 HGB nennt neben der Mitteilung einer Bilanz und eines Jahresabschlusses sowie der Vorlegung der Bücher und Papiere auch die Anordnung „**sonstiger Aufklärungen**“ durch das Gericht. Die Anordnung kann zudem „jederzeit“ auf Antrag eines Kommanditisten ergehen; auch dies spricht dafür, dass das in § 166 Abs. 3 HGB

⁴⁷ Urteil vom 14. Juni 2016 – [II ZB 10/15](#) – juris, Rn. 11 = BB 2016, 2253 = DStR 2016, 2300 FGPrax 2016, 211 = NZG 2016, 1102 = ZIP 2016, 1769; dazu Weitnauer, GWR 2016, 379; Staake, WuB 2016, 739.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 13 und Beschluss vom 14. Juni 2016 – [II ZB 11/15](#) – juris, Rn. 9.

⁵⁰ vgl. Urteil vom 16. Januar 1984 – II ZR 36/83 – juris, Rn. 15 ff. = DB 1984, 1460 = GmbHR 1985, 20 = MDR 1984, 1006 = WM 1984, 807 = ZIP 1984, 702.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 14 und a.a.O., juris, Rn. 10.

geregelte Auskunftsrecht vom Jahresabschluss unabhängig ist.⁵² Aus der **Regelungssystematik** des § 166 HGB ergibt sich ebenfalls eine **eigenständige Stellung** des in § 166 Abs. 3 HGB geregelten außerordentlichen Informationsrechts. Während das Informationsrecht aus § 166 Abs. 1 HGB ohne weitere Voraussetzungen besteht und in § 166 Abs. 2 HGB klargestellt wird, dass einem Kommanditisten die in § 118 HGB dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter einer OHG eingeräumten Kontrollrechte – insbesondere das Recht auf (jederzeitige) persönliche Unterrichtung von den Angelegenheiten der Gesellschaft – nicht zustehen, besteht das außerordentliche Informationsrecht des Kommanditisten aus § 166 Abs. 3 HGB nur bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes**. Hinzu kommt, dass die Geltendmachung des Anspruchs aus § 166 Abs. 1 HGB im Wege der **zivilprozessualen Klage** zu erfolgen hat, während § 166 Abs. 3 HGB die Geltendmachung des außerordentlichen Informationsrechts in einem **Streitverfahren** im Rahmen der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** vorschreibt. Bei einer inhaltlichen Beschränkung auf Auskünfte, die der Prüfung des Jahresabschlusses dienen oder zu dessen Verständnis erforderlich sind, würde eine Verbindung mit der prozessualen Durchsetzung des Anspruchs aus § 166 Abs. 1 HGB naheliegen.⁵³

Das **außerordentliche Informationsrecht** des Kommanditisten aus § 166 Abs. 3 HGB stellt **kein allgemeines Auskunfts- und Einsichtsrecht** des Kommanditisten dar, der gemäß § 166 Abs. 2 HGB ausdrücklich nicht wie ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter einer OHG das Recht auf jederzeitige Unterrichtung von den Angelegenheiten der Gesellschaft hat. Es rechtfertigt von vornherein nur die Zuerkennung solcher Informations- und Aufklärungsrechte, die zur Durchsetzung gesellschaftsvertraglicher Rechte bzw. zur Wahrung berechtigter Interessen des Kommanditisten geeignet und angemessen sind. Das außerordentliche Informationsrecht wird insoweit durch das **Informationsbedürfnis** des Kommanditisten **begrenzt**, das sich aus dem wichtigen Grund ergibt. Es steht

⁵² a.a.O., juris, Rn. 15 und a.a.O., juris, Rn. 11.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 16 und a.a.O., juris, Rn. 12.

dem Kommanditisten deshalb auch **nicht** zur Verfügung, um auf Maßnahmen hinzuwirken, die **Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung** sind.⁵⁴

Ein **wichtiger Grund** i.S.d. § 166 Abs. 3 HGB ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die **Belange des Kommanditisten** durch das vertragliche oder aus § 166 Abs. 1 HGB folgende Einsichtsrecht nicht hinreichend gewahrt sind und darüber hinaus die **Gefahr einer Schädigung** besteht. Ein wichtiger Grund ist deshalb etwa dann anzunehmen, wenn die Überwachung der Geschäftsführung im Interesse des Kommanditisten geboten ist, z.B. bei drohender Schädigung von Gesellschaft oder Kommanditist. Der Kommanditist muss **konkrete Umstände** für die Erforderlichkeit und Bedeutung der begehrten Informationen darlegen, d.h. zumindest dafür, dass ein begründetes Misstrauen gegenüber der Geschäftsführung besteht.⁵⁵ Eignung, Erforderlichkeit und Umfang der zu erteilenden Auskunft hängen von dem geltend gemachten wichtigen Grund ab. Sodann muss eine **Abwägung** zwischen dem gewichteten Informationsbedürfnis des Kommanditisten und den Interessen der Gesellschaft vorgenommen werden.⁵⁶

Ein **Auskunftsanspruch** kann sich grundsätzlich **nur** auf die **geschäftlichen Belange** und die **Geschäftsführung der Gesellschaft** beziehen. Zwar umfasst das Auskunftsrecht auch die Rechtsbeziehungen zwischen dieser Gesellschaft und Dritten, **nicht** jedoch die geschäftlichen **Belange** anderer Kommanditgesellschaften oder Rechtsbeziehungen zwischen **Dritten**.⁵⁷

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 123 und a.a.O., juris, Rn. 19.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 14 und a.a.O., juris, Rn. 20.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 25 und a.a.O., juris, Rn. 21.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 26 und a.a.O., juris, Rn. 22.

3.

Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

a)

Der von den Gesellschaftern einer GmbH gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG gefasste **Auflösungsbeschluss** überführt die Gesellschaft unmittelbar von einer werbenden Gesellschaft in eine **Abwicklungsgesellschaft**, deren Zweck darauf gerichtet ist, die Gesellschaft zu beenden. Die gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 GmbHG notwendige **Eintragung im Handelsregister** ist für die Auflösung **nicht konstitutiv**. Bereits die Beschlussfassung leitet mit sofortiger Wirkung eine neue Phase im „Lebenszyklus“ der Gesellschaft ein, deren organisationsrechtlicher Rahmen in §§ 66 bis 74 GmbHG vorgeben wird.⁵⁸

Durch die Auflösung der Gesellschaft verlieren die bisherigen Geschäftsführer ihre **Vertretungsbefugnisse** und werden, sofern keine anderweitigen Regelungen getroffen worden sind, zu den „geborenen“ Liquidatoren der Gesellschaft (Grundsatz der „Amtskontinuität“). Eine **Beschlussfassung** über ihre Bestellung ist **nicht** schädlich. Sie ist aber zur wirksamen Organstellung als Liquidatoren ebenso wenig **erforderlich** wie eine **Eintragung im Handelsregister**. Als notwendige Organe der Abwicklungsgesellschaft nehmen die Liquidatoren fortan wie die Geschäftsführer einer werbend tätigen GmbH die Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion innerhalb der Gesellschaft wahr. Neben der Auflösung der Gesellschaft ist auch dieser **Funktionswechsel** gemäß § 67 Abs. 1 GmbHG aus Gründen der **Publizität** zur Eintragung im Register anzumelden, was zugleich zum Erlöschen der Vertretungsbefugnisse der bisherigen Geschäftsführer führt. Wie schon zur werbenden Gesellschaft ist ferner die **abstrakte Vertretungsbefugnis** der Liquidatoren (erneut) anmeldepflichtig.

⁵⁸ Beschluss vom 18. Oktober 2016 – [II ZB 18/15](#) – juris, Rn. 15 = NZG 2017, 28 = ZIP 2016, 2359.

tig, um die generellen Vertretungsverhältnisse innerhalb der Abwicklungsgesellschaft im Rechtsverkehr offen zu legen.⁵⁹

b)

Mangels anderer Vereinbarung ist bei einer **Höchstbetragsbürgschaft** der **Innenausgleich** zwischen den **Bürgen** nach dem Verhältnis der jeweils übernommenen Höchstbeträge durchzuführen.⁶⁰ **Gesellschafter** einer **GmbH**, die für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft Bürgschaften übernommen haben, **haften** im **Innenverhältnis** im Zweifel **anteilig** in Höhe ihrer jeweiligen **Anteile am Gesellschaftsvermögen**.⁶¹ Nach welchem dieser Maßstäbe der Ausgleichsanspruch zu beurteilen ist, wenn die Gesellschafter für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft Bürgschaften bis zu **unterschiedlichen Höchstbeträgen** übernommen haben, ist nicht abschließend entschieden.⁶²

Der Ausgleichsanspruch zwischen Mitbürgen wird gemäß § 774 Abs. 2, § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB nach **Kopfteilen** vollzogen, **soweit nicht** ein **anderes bestimmt** ist. Eine anderweitige Bestimmung kann sich aus einer gesetzlichen Regelung, einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, der Natur der Sache oder dem Inhalt und Zweck des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses ergeben.⁶³

Haben sich die Mitbürgen auf der Grundlage einer gemeinsamen Absprache mit der Gläubigerin für die Verpflichtungen der Hauptschuldnerin gemeinsam zu **unterschiedlichen Höchstbeträgen** verbürgt, haben sie damit stillschweigend zum Ausdruck gebracht, dass sie auch **intern** in dem **Verhältnis** haften wollen, in welchem sie eine **Haftung nach außen** übernommen haben.⁶⁴ Dass die Übernahme der Höchstbetragsbürgschaf-

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 1.

⁶⁰ Urteil vom 27. September 2016 – [XI ZR 81/15](#) – juris, Rn. 12 = BB 2016, 2957 = NZG 2017, 25 = ZIP 2016, 2357.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 14.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 17.

ten auf der Grundlage einer gemeinsamen Absprache erfolgt ist, spricht dafür, dass die Mitbürgen nicht nur im Fall ihrer vollen Inanspruchnahme bis zum jeweiligen Höchstbetrag, sondern auch bei einer nur teilweisen, die Summe der Höchstbeträge nicht erreichenden Inanspruchnahme im Innenverhältnis nach dem Verhältnis der jeweils übernommenen Höchstbeträge haften wollen.⁶⁵

Das **Ausgleichsverhältnis** unter Mitbürgen gemäß § 774 Abs. 2, § 426 BGB **entsteht** bereits mit Begründung des Gesamtschuldverhältnisses, also bei **Übernahme** der **Bürgschaften**, und nicht erst mit der Leistung eines Mitbürgen an den Gläubiger. Die vom Gläubiger vorgenommene **Entlassung** eines **Bürgen** aus dem gesamtschuldnerischen Haftungsverband **berührt** die **Ausgleichsverpflichtung** grundsätzlich **nicht**.⁶⁶ Dies kommt nur unter weiteren Voraussetzungen in Betracht, wenn etwa die übrigen Bürgen mit einer solchen Privilegierung ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden gewesen sind oder der aus der Haftung entlassene Gesellschafter von einem ihm bereits zum Zeitpunkt seiner Verbürgung von der Gläubigerin eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hatte oder in Folge Zeitablaufs (§ 777 BGB) von seiner Bürgenverpflichtung frei geworden ist.⁶⁷

Ist der aus der Bürgenhaftung von der Gläubigerin entlassene **Gesellschafter** aus der **Gesellschaft ausgeschieden**, so ist mangels anderer Vereinbarungen und/oder entgegenstehenden Umständen des konkreten Einzelfalls regelmäßig davon auszugehen, dass nach dem Willen der Vertragsparteien der den Anteil des ausscheidenden Gesellschafters **übernehmende Gesellschafter** auch für die Erfüllung der **Bürgschaftsschuld** des ausscheidenden Gesellschafters **inzustehen** hat. Der Ausscheidende wird demzufolge aus seiner internen Mithaftung für eine von den

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 25 und a.a.O., juris, Rn. 23.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 25 und a.a.O., juris, Rn. 24.

Gesellschaftern zugunsten der Gesellschaft eingegangene Bürgschaftsverbindlichkeit entlassen.⁶⁸

Seite 22 von 39

c)

Im Fall **verzögerter Einzahlung** der **Einlage** kann an den säumigen Gesellschafter eine erneute Aufforderung zur Zahlung binnen einer zu bestimmenden Nachfrist unter Androhung seines Ausschlusses mit dem Geschäftsanteil, auf welchen die Zahlung zu erfolgen hat, erlassen werden (§ 21 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Diese **Zahlungsaufforderung** erfolgt nach **§ 21 Abs. 1 Satz 2 GmbHG** mittels **eingeschriebenen Briefes**. Soweit dazu nach einer Auffassung im Schrifttum ein Übergabe-Einschreiben (ohne Rückschein) für erforderlich gehalten wird, hat der II. Zivilsenat dem ausdrücklich widersprochen und ausgeführt, dass das 1997 eingeführte **Einwurf-Einschreiben** der Deutschen Post AG den formalen Anforderungen des § 21 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entspricht.⁶⁹

d)

Die **Ermittlung** des **Wertes** von **Geschäftsanteilen** an einer GmbH obliegt der **tatrichterlichen Beurteilung** und ist gemäß § 559 Abs. 2 ZPO revisionsgerichtlicher Nachprüfung weitgehend entzogen. Wird der Wert der Geschäftsanteile einer GmbH, die **keinen Geschäftsbetrieb** hat und deren alleiniger Zweck darin besteht, das in ihrem Eigentum stehende **Grundstück** zu verwalten, wirtschaftlich dem Wert des Grundstücks gleich gestellt, ist dagegen grundsätzlich nichts einzuwenden.⁷⁰

e)

Wird ein Vertragspartner als „**Strohmann**“ oder **Treuhänder** vorgeschoben, so ist die erklärte Rechtsfolge von den Beteiligten normalerweise ernstlich gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 25 und a.a.O., juris, Rn. 25.

⁶⁹ Urteil vom 27. September 2016 – [II ZR 299/15](#) – juris, Rn. 11 ff. = BB 2016, 3072 m. Anm. Glienke = NJW 2017, 68 = NZG 2016, 1417 = ZIP 2016, 2311; vgl. dazu auch noch Keil, EWIR 2016, 751.

⁷⁰ Beschlüsse vom 28. Juni 2016 – [II ZR 290/15](#) – juris, Rn. 11 f. und – [II ZR 291/15](#) – juris, Rn. 11 f. = DStR 2016, 2663.

oder nicht in rechtsbeständiger Weise eintreten würde. In diesen Fällen sind die Voraussetzungen für ein **Scheingeschäft** i.S.v. **§ 117 Abs. 1 BGB** regelmäßig **nicht** erfüllt. Denn dies wäre nur der Fall, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen aber nicht eintreten lassen wollen.⁷¹

Nach dem Sinn und Zweck des Formerfordernisses in § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG unterfällt der **Abschluss** eines **Treuhandvertrags**, welcher einen **bestehenden GmbH-Geschäftsanteil** betrifft und mit der Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils auf den Treugeber verbunden ist (§ 667 BGB), dem Formzwang. Wird dieser Form nicht genügt, führt dies zur Nichtigkeit der Treuhandabrede gemäß § 125 BGB.⁷²

Eine **rechtliche Einheit** i.S.v. **§ 139 BGB** zwischen einem **Geschäftsanteilsübertragungsvertrag** und einem hiermit wirtschaftlich verknüpften **Treuhandvertrag** kann zu verneinen sein, wenn die Beteiligten von der erforderlichen Beurkundung des Treuhandvertrags bewusst absehen, den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag aber – in Kenntnis der Formnichtigkeit des Treuhandvertrags – gleichwohl ordnungsgemäß beurkunden lassen. In diesem Fall berührt die Formnichtigkeit des Treuhandvertrags die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags nicht.⁷³

f)

Die **Haftung** einer **juristischen Person** aus **§ 826 BGB** i.V.m. **§ 31 BGB** setzt voraus, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter i.S.d. § 31 BGB den **objektiven** und **subjektiven Tatbestand** des § 826 BGB ver-

⁷¹ Urteil vom 22. September 2016 – [III ZR 427/15](#) – juris, Rn. 13 = DNotI-Report 2016, 177 = NJW 2016, 3525 = NZG 2016, 1312 = ZIP 2016, 2019.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 14.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 15 ff.

wirklicht hat.⁷⁴ Das Unterlassen der Angabe einer für die Anlageentscheidung erheblichen Information in einem Prospekt ist für sich genommen nicht sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB. Gegen die guten Sitten verstößt ein Prospektverantwortlicher aber beispielsweise dann, wenn er Anlageinteressenten durch eine bewusste Täuschung zur Beteiligung bewegt, etwa dadurch, dass er einen ihm bekannten Umstand bewusst verschweigt, um unter Ausnutzung der Unkenntnis der Anlageinteressenten möglichst viele Beitritte zu erreichen.⁷⁵

Fehlt es an der Feststellung, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der für den Prospekt verantwortlichen juristischen Person von dem Prospektmangel Kenntnis gehabt hat, so lässt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht dadurch begründen, dass unter Anwendung der Grundsätze der **Wissenszurechnung** und der **Wissenszusammenrechnung** auf die "im Hause" der juristischen Person vorhandenen Kenntnisse abgestellt wird. Insbesondere lässt sich eine die Sittenwidrigkeit begründende bewusste Täuschung nicht dadurch konstruieren, dass bei Mitarbeitern einer juristischen Person vorhandene kognitive Elemente mosaikartig zusammengesetzt werden.⁷⁶ Das **Wollenselement** des Schädigungsvorsatzes gemäß § 826 BGB setzt grundsätzlich **korrespondierende Kenntnisse** derselben natürlichen Person voraus. Auch dies steht der Anwendung der Grundsätze der Wissenszurechnung und der Wissenszusammenrechnung im Rahmen des § 826 BGB regelmäßig entgegen.⁷⁷

g)

Die **Auszahlung** eines **Gesellschafterdarlehens** an die Gesellschaft kann in der Insolvenz des Gesellschafters **nicht als unentgeltliche Leistung** i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO **des Gesellschafters** angefochten werden. Auf die wirtschaftliche Lage im Zeitpunkt der Ausreichung des Dar-

⁷⁴ Urteil vom 28. Juni 2016 – [VI ZR 536/15](#) – juris, LS 1 und Rn. 13, 28 = BB 2016, 2632 m. Anm. Handke = NZG 2016, 1346 = VersR 2016, 1519 = ZIP 2016, 2023; dazu Frisch, EWiR 2016, 761.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 17 f., 21.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 23, 26.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 27.

lehens kommt es dabei nicht entscheidend an.⁷⁸ Gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO n.F. können Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft im Rang nur nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger geltend gemacht werden. Liegt ein nicht von dem Sanierungsprivileg gemäß § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO erfasstes Gesellschafterdarlehen vor, kann der Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Gesellschafters, welcher der Gesellschaft ein Darlehen gewährt hat, dem Nachrängeinwand des Insolvenzverwalters über das Vermögen der Gesellschaft nicht den Gegeneinwand nach § 146 Abs. 2 InsO entgegenhalten, die Gewährung des Gesellschafterdarlehens sei als unentgeltliche Leistung i.S.d. § 134 InsO ihrerseits anfechtbar.⁷⁹

4. Recht der Aktiengesellschaft

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

a)

Der **Einzug** von **Forderungen**, die an eine Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem **debitorischen Konto** einer AG und die anschließende **Verrechnung** mit dem **Sollsaldo** stellt **keine** vom Vorstand veranlasste **masseschmälernde Zahlung** dar, wenn **vor Insolvenzreife** die **Sicherungsabtretung vereinbart** und die **Forderungen** der Gesellschaft **entstanden und werthaltig** geworden sind.⁸⁰

Der Vorstand der AG muss in solchen Fällen die sicherungsabgetretenen Forderungen ungeachtet der bestehenden Einziehungsermächtigung nicht

⁷⁸ Urteil vom 13. Oktober 2016 – [IX ZR 184/14](#) – juris, Rn. 13 ff. = DStR 2017, 54 = ZIP 2016, 2483

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 27.

⁸⁰ Urteil vom 14. Juni 2016 – [II ZR 77/15](#) – juris, Rn. 11; dazu Froehner, GWR 2016, 406.

durch Einziehung auf ein neu eröffnetes, kreditorisch geführtes Konto bei einer anderen Bank der Einziehung und Verrechnung auf dem debitorischen Konto entziehen. Eine solche Umleitung der Zahlungen auf ein anderes Konto entspräche nicht einem ordentlichen Geschäftsgebahren. Da die eingezogenen Forderungen infolge der Sicherungsabtretung nicht mehr als freie Masse den Gläubigern zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung stehen, verlangt auch der Zweck des Zahlungsverbots, die vorhandene Masse zu sichern, nicht, die Zahlung einzubehalten. Die Masse würde durch den Einzug von sicherungsabgetretenen Forderungen ohne Weiterleitung nicht nur erhalten, sondern vergrößert.⁸¹

Eine **masseschmälernde Leistung** durch die der Bank zugutekommende Zahlung liegt aber grundsätzlich dann vor, wenn die vor Insolvenzreife zur Sicherheit **abgetretene zukünftige Forderung** erst **nach** Eintritt der **Insolvenzreife entstanden** ist oder wenn sie zwar vor Eintritt der Insolvenzreife entstanden, aber erst danach **werthaltig** geworden ist und der Vorstand die Entstehung der Forderung oder deren Werthaltigwerden hätte verhindern können. Der Vorstand kann zwar nicht verhindern, dass der Zessionar die ihm zur Sicherheit abgetretene Forderung nach Insolvenzreife verwertet. Er darf aber nicht bewirken, dass der Zessionar zu Lasten der Masse nach Insolvenzreife noch eine werthaltige Forderung erwirbt.⁸²

Im Falle der **Abtretung einer künftigen Forderung** ist der Verfügungstatbestand mit dem Zustandekommen des Abtretungsvertrages abgeschlossen. Der Rechtsübergang auf den Gläubiger vollzieht sich jedoch erst mit dem Entstehen der Forderung. Wenn die Abtretung bereits vor der Insolvenzreife für künftige Forderungen vereinbart wurde, kann gleichwohl eine Masseschmälerung eintreten, deren Ursache nicht in der Abtretungsvereinbarung, sondern darin liegt, dass die sicherungsabgetretene Forderung nicht mehr zugunsten des Vermögens der AG, sondern zugunsten

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 13.

des Zessionars entsteht. Wenn der Vorstand der AG die Zession – etwa durch die Kündigung des Kontokorrentvertrages – oder das Entstehen der Forderung nach Eintritt der Insolvenzreife verhindern kann, liegt daher im Ergebnis eine von ihm veranlasste Leistung an die Bank vor, wenn die Forderung nach der vor Insolvenzreife vereinbarten Sicherungsabtretung an die Bank entsteht und von ihr verwertet wird. Das betrifft vor allem Verträge, welche die Schuldnerin nach Eintritt der Insolvenzreife eingeht und bei denen der Anspruch auf die Gegenleistung für eine Leistung der Schuldnerin aufgrund der Sicherungsabtretung der Bank zusteht.⁸³

Das gleiche gilt, wenn der **Anspruch** auf die **Gegenleistung** rechtlich zwar bereits entstanden ist, zulasten des Vermögens der Schuldnerin aber erst nach Eintritt der Insolvenzreife werthaltig gemacht wird, etwa indem die Schuldnerin die von ihr vertraglich zugesagte Leistung erbringt. Die Masseschmälerung liegt in diesen Fällen darin, dass die abgetretene Forderung zugunsten des Gläubigers werthaltig gemacht worden ist. Die Wertschöpfung geschieht dann zu Lasten der Gläubigergesamtheit bzw. der Masse und zugunsten des gesicherten Gläubigers.⁸⁴

Werden die **Vorstandsmitgliedern** der AG vom Insolvenzverwalter auf Ersatz in Anspruch genommen, trifft sie die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die auf das Kontokorrentkonto eingezogenen Forderungen vor dem Eintritt der Insolvenzreife entstanden bzw. werthaltig gemacht worden sind.⁸⁵

b)

Die **Rückforderung** von **Dividenden**, die wegen des aus der **Verletzung** von **Mitteilungspflichten** (vgl. § 20 AktG) folgenden temporären Rechtsverlusts gemäß § 20 Abs. 7 AktG zu Unrecht gewährt wurden, richtet sich nach **§ 62 Abs. 1 AktG**. Denn der Anwendungsbereich des § 62 AktG erstreckt sich auf alle Leistungen, welche entgegen den Vorschriften des

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 16.

Aktiengesetzes erlangt wurden. Ein möglicher Anspruch aus § 812 BGB wird durch die speziellere aktienrechtliche Rückgewährregelung verdrängt.⁸⁶

Der Pflicht zur unverzüglichen schriftlichen Mitteilung (jedenfalls) einer Mehrheitsbeteiligung gemäß § 20 Abs. 4 AktG unterliegt auch ein Unternehmen, das durch den Erwerb aller Aktien Alleinaktionär geworden ist. Eine eigene Mitteilungspflicht besteht dabei selbst dann, wenn das erwerbende Unternehmen von anderen, ihrerseits mitteilungspflichtigen Unternehmen abhängig (§ 17 Abs. 1 AktG) ist.⁸⁷ Die Verletzung einer nach § 20 AktG bestehenden Mitteilungspflicht hat u.a. zur Folge, dass für die Zeit, für die das Unternehmen die Mitteilungspflicht nicht erfüllt hat, kein Gewinnbezugsrecht besteht (§ 20 Abs. 7 Satz 1 AktG). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Mitteilung nicht vorsätzlich unterlassen wurde und nachgeholt worden ist (§ 20 Abs. 7 Satz 2 AktG). Gewährte Dividenden sind zurückzugewähren, sofern der betreffende Aktionär wusste oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wusste, dass er zum Bezug nicht berechtigt war (§ 62 Abs. 1 AktG).⁸⁸

Die **Vorschriften** über die **Mitteilung** und **Veröffentlichung** von **qualifizierten Beteiligungen** von Unternehmens-Aktionären sind **zwingendes Recht**; sie dienen dem Zweck, Aktionäre, Gläubiger und die Öffentlichkeit über bestehende oder entstehende Konzernbildungen zu informieren und zugleich Rechtssicherheit über die Beteiligungsquoten zu schaffen. Auf die Einhaltung der Mitteilungspflichten kann auch dann **nicht verzichtet** werden, wenn die meldepflichtige Beteiligung der Gesellschaft schon bekannt ist. Denn erst wenn die Beteiligung schriftlich mitgeteilt worden ist, ist die Gesellschaft gemäß § 20 Abs. 6 AktG verpflichtet, sie in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. Der Gesellschafter genügt seiner Mitteilungspflicht nur, wenn die Gesellschaft **nicht korrigierend eingreifen**

⁸⁶ Urteil vom 05. April 2016 – [II ZR 268/14](#) – juris, Rn. 11 f. = BB 2016, 2504 = DStR 2016, 2410 = NZG 2016, 1182 = ZIP 2016, 1919; vgl. dazu auch Paul, GWR 2016, 419.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 14.

muss, vielmehr die Beteiligung und deren Inhaber, wie sie ihr mitgeteilt worden sind, bekannt machen kann, ohne dass in der Öffentlichkeit Zweifel entstehen, welche Art Beteiligung gemeint und wem sie zuzurechnen ist. Die **Mitteilung** eines **Dritten**, der nicht erkennbar im Auftrag des Mitteilungspflichtigen handelt, **genügt** den gesetzlichen Voraussetzungen an eine Mitteilung nach § 20 AktG grundsätzlich **nicht**.⁸⁹

Die **Übersendung** lediglich eines **Kaufvertragsentwurf** hinsichtlich der zu erwerbenden Aktien ist **keine ausreichende Mitteilung**, wenn der danach vorgesehene Aktienerwerb noch von der Zustimmung der Hauptversammlung der AG und darüber hinaus von dem endgültigen Vertragsabschluss abhängt, weil sich dies aus dem bloßen Entwurf naturgemäß nicht ergeben kann. Der Umstand, dass die AG den Erwerbsvorgang weiter beobachten und dessen erfolgreichen Abschluss selbst feststellen kann, ändert daran nichts. Denn Tatsachen, welche die Gesellschaft zwar selbst feststellen, der Mitteilung aber nicht entnehmen kann, sind bei der Prüfung, ob die Mitteilung den gesetzlichen Anforderungen entspricht, nicht zu berücksichtigen.⁹⁰ Die **Übermittlung** des **unterschiedenen Kauf- und Abtretungsvertrags reicht** als solche – ohne Einbeziehung eines etwaigen Übersendungsschreibens – zur Erfüllung der Mitteilungspflicht ebenfalls **nicht** aus.⁹¹

§ 20 Abs. 4 AktG schreibt eine Mitteilungspflicht des Gesellschafters vor, „sobald“ diesem eine Mehrheitsbeteiligung gehört. Damit ist der Gesellschafter zu einer Mitteilung verpflichtet, die zeitlich mit dem Erwerb der Anteile zusammenfällt oder diesem nachfolgt. Eine bereits **vor dem Erwerb** erfolgte Mitteilung ist mithin zur Erfüllung der Mitteilungspflicht grundsätzlich **nicht geeignet**. Dieses Verständnis der Vorschrift entspricht auch ihrem Zweck.⁹²

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁹² a.a.O., juris, Rn. 23.

Der **Rückzahlungsanspruch** setzt nach **§ 62 Abs. 1 Satz 2 AktG** voraus, dass der Empfänger der Gewinnanteile beim Bezug wusste oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wusste, dass er zum Bezug nicht berechtigt war. Dem Aktionär ist fahrlässige Unkenntnis seiner **mangelnden Bezugsberechtigung** anzulasten, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Die diesbezüglichen Anforderungen unterscheiden sich typischerweise danach, ob es sich um einen Kleinaktionär oder einen geschäftserfahrenen Großaktionär handelt. Die **Darlegungs- und Beweislast** für die **Kenntnis** oder fahrlässige Unkenntnis des Aktionärs liegt bei der **Gesellschaft**.⁹³

Wurde die Mitteilungspflicht objektiv verletzt, kann sich eine auf den Bezug der Dividenden bezogene **Gutgläubigkeit** im Sinne von § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG nur aus einer unverschuldet unzutreffenden Beurteilung der rechtlichen Voraussetzungen der nach § 20 AktG bestehenden Mitteilungspflichten und ihrer Erfüllung ergeben.⁹⁴

Nach **§ 20 Abs. 7 Satz 2 AktG** erfasst der wegen Nichterfüllung einer Mitteilungspflicht eintretende **temporäre Rechtsverlust** nicht das Dividendenbezugsrecht, wenn die Mitteilung nicht vorsätzlich unterlassen wurde und nachgeholt worden ist.⁹⁵ Die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass die Mitteilung **ohne Vorsatz** unterblieben ist, trägt das **mitteilungspflichtige Unternehmen**.⁹⁶ Bedingter Vorsatz genügt. Ein möglicher **Rechtsirrtum** schließt Vorsatz aus, da für die Anwendung des § 20 AktG der zivilrechtliche Vorsatzbegriff gilt.⁹⁷ Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Mitteilung unverzüglich nachgeholt werden muss. Auch dies ist von dem mitteilungspflichtigen Unternehmen darzulegen und zu beweisen. Insoweit ist darauf abzustellen, wann dem Aktionär bewusst geworden ist, dass er die Mitteilungspflicht verletzt hat. Dementsprechend hat er zu sei-

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 30.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 35.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 36.

ner Entlastung seine Gutgläubigkeit nicht nur im Anschluss an den meldepflichtigen Beteiligungserwerb darzulegen, sondern auch für den nachfolgenden Zeitraum bis zur **Nachholung der Mitteilung**.⁹⁸

Verletzt ein an der AG nur **mittelbar beteiligtes Unternehmen** eine – auch – von ihm nach § 20 Abs. 1 oder Abs. 4 AktG zu erfüllende Mitteilungspflicht, führt dies gemäß § 20 Abs. 7 Satz 1 AktG zum zeitweiligen Rechtsverlust des abhängigen, an der AG unmittelbar beteiligten Unternehmens und erfasst auch dessen Gewinnbezugsrecht mit der möglichen Folge einer Rückzahlungsverpflichtung aus § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG.⁹⁹ Wird aus diesem Grund der Rückerstattungsanspruchs aus § 62 Abs. 1 AktG geltend gemacht, trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung von Mitteilungspflichten mittelbar beteiligter Unternehmen den Anspruchsteller, soweit sich dieser auf die Verletzung der Mitteilungspflicht als eine Voraussetzung des Anspruchs beruft.¹⁰⁰

Gemäß § 20 Abs. 7 Satz 1 i.V.m. § 16 Abs. 4 AktG wird eine Verletzung der Mitteilungspflicht durch ein **beherrschendes Unternehmen** dadurch sanktioniert, dass aus den vom abhängigen Unternehmen gehaltenen Aktien **keine Rechte** bestehen. Der Eintritt dieser (mittelbaren) Sanktion beruht allein auf dem Fehlverhalten des beherrschenden Unternehmens und ist unabhängig von dem Verhalten des – notwendigerweise (unmittelbar) mitbetroffenen – abhängigen Unternehmens, das seinen Mitteilungspflichten ordnungsgemäß nachgekommen sein mag. Mit diesem Regelungskonzept wäre es nur schwer zu vereinbaren, wenn dem Anspruch auf Rückzahlung unberechtigt ausgeschütteter Dividenden unabhängig vom Kenntnisstand des beherrschenden Unternehmens die Gutgläubigkeit des abhängigen Unternehmens entgegengehalten werden könnte. Denn dies hätte was zur Folge, dass dem beherrschenden Unternehmen die mittelbaren Vorteile der Gewinnausschüttung auch dann erhalten blieben, wenn es den eigenen Verstoß gegen die Mitteilungspflicht und den daraus

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 38.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 41.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 42.

folgenden temporären Wegfall des Gewinnbezugsrechts kannte oder kennen musste.¹⁰¹

c)

Werden in Genussscheinbedingungen **Informationsansprüche** der **Genussscheininhaber nicht eingeräumt**, sondern lediglich ein Gläubigerrecht verbrieft, mit dem **keine Gesellschafterrechte**, insbesondere keine Teilnahme- und Stimmrechte in der Hauptversammlungen der betreffenden AG verbunden sind, sind damit die Gesellschaftern zustehenden **Kontrollrechte**, etwa nach **§ 233 HGB, ausgeschlossen**.¹⁰²

Ein Genussscheininhaber hat jedoch einen Informationsanspruch nach den **allgemeinen Regeln**. Aus **§§ 666, 681, 687 Abs. 2 BGB** ergibt sich i.V.m. § 242 BGB der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass rechenschaftspflichtig ist, wer fremde oder solche Angelegenheiten besorgt, die zugleich fremde und eigene sind. Diese **Rechenschaftspflicht** besteht bei jedem Rechtsverhältnis, dessen Wesen es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen, der Verpflichtete hingegen in der Lage ist, un schwer solche Auskünfte zu erteilen. Mit dem Genussrechtsverhältnis wird ein solches Rechtsverhältnis begründet. Das **Genussrechtsverhältnis** ist ein **Dauerschuldverhältnis eigener Art**, da das Genussrecht auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist.¹⁰³

Der Anspruch des Genussscheininhabers auf Rechenschaftslegung ist grundsätzlich auf **Mitteilung des Jahresabschlusses** gerichtet.¹⁰⁴ Er kann nach allgemeinen Grundsätzen Rechenschaftslegung verlangen, soweit er sie zur Plausibilisierung seines Anspruchs benötigt. Wenn der Genussscheininhaber einen Anspruch auf eine festgelegte Zinsleistung

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 47.

¹⁰² Urteil vom 14. Juni 2016 – [II ZR 121/15](#) – juris, Rn. 10 = BB 2016, 2318 = DStR 2016, 1941 = NZG 2016, 983 = ZIP 2016, 1529; dazu Bracht, EWiR 2016, 585.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 12.

hat, die entfällt, soweit dadurch ein Bilanzverlust entstehen würde, benötigt er zur Plausibilisierung eine Rechenschaftslegung zum Bilanzgewinn oder -verlust, wenn die Gesellschaft unter Berufung darauf keinen oder einen verminderten Zins bezahlt. Der Genussscheininhaber ist über das Bestehen oder den Umfang seines Anspruchs im Ungewissen, die Gesellschaft dagegen unschwer in der Lage, die erforderliche Rechenschaft zu legen.¹⁰⁵

Soweit die Genussscheinbedingungen lauten, dass ein Bilanzverlust durch die Zinszahlung nicht entstehen dürfe, nehmen sie die aktienrechtlichen Vorschriften zum Bilanzverlust in § 158 Abs. 1 Nr. 5 AktG in Bezug und damit einen Teil der Rechnungslegung im Jahresabschluss. Die nach § 259 Abs. 1 BGB als Rechenschaftslegung geschuldete, eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung, die der Genussscheininhaber für die Information über das Bestehen seiner Zinsanspruchs benötigt, ist daher mit dem Jahresabschluss der Gesellschaft identisch. Ein Recht auf **Einsichtnahme** in die **gesamte Buchführung** oder auf eine **Einzel Erläuterung** von **Rechnungspositionen** gewährt der Rechenschaftslegungsanspruch hingegen **nicht**. Einzelheiten der Bewertung einzelner Positionen im Jahresabschluss muss der Genussscheininhaber zur Berechnung seines vertraglichen Zinsanspruchs nicht kennen.¹⁰⁶

Der **Genussscheininhaber** hat **keinen vertraglichen Anspruch** auf eine **Korrektur von Bilanzpositionen**. Soweit sein Anspruch mit dem Bilanzgewinn verknüpft ist, hat er grundsätzlich sowohl einen nicht nach § 256 AktG nichtigen, festgestellten Jahresabschluss als auch einen nicht gegen § 254 AktG verstoßenden Gewinnverwendungsbeschluss hinzunehmen. Insbesondere die zulässige Ausübung von Gestaltungsspielräumen bei der Aufstellung des Jahresabschlusses wie auch beim Gewinnverwendungsbeschluss etwa durch die Ausübung von Bilanzierungswahlrechten

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 14.

oder durch Rücklagenbildung kann er daher nicht beanstanden. Mit der vertraglichen Vereinbarung, dass die Zinszahlung vom Bilanzgewinn abhängig ist, hat ein Genussscheininhaber das **Risiko** der **Rücklagenbildung** oder zulässiger **Wertberichtigungen** übernommen.¹⁰⁷

5. Umwandlungsrecht

Zum Umwandlungsrecht sind die folgenden Entscheidungen ergangen:

a)

Der **Beschluss** über den **Formwechsel** einer **GmbH** in eine **GbR** hindert die **Übertragung** der **Geschäftsanteile** der GmbH nicht. **Gesellschafter** der mit dem Formwechsel entstehenden GbR werden grundsätzlich diejenigen, die im Zeitpunkt der **Eintragung** der neuen Rechtsform bzw. der Umwandlung (§ 235 Abs. 1 UmwG) in das Register **Anteilshaber des formwechselnden Rechtsträgers** sind (§ 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG), nicht etwa diejenigen, die zum Zeitpunkt der Fassung des Umwandlungsbeschlusses Anteilshaber sind. Dass eine neue **Gesellschafterliste** erst nach der Eintragung der Umwandlung zum Handelsregister eingereicht wird, ist ohne Bedeutung für die Wirksamkeit der Übertragung der Geschäftsanteile. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG betrifft die Gesellschafterliste die Legitimation gegenüber der Gesellschaft, berührt jedoch nicht die materielle Rechtsstellung als Gesellschafter.¹⁰⁸

Die Regelung in **§ 15 Abs. 3 HGB** ist auf die **Eintragung** von **Gesellschaftern** einer **GbR** in das Handelsregister **nicht anwendbar**, da es sich insoweit nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt.¹⁰⁹ Der **Name** der GbR und ihre **Gesellschafter** nach einem Formwechsel gemäß § 235 Abs. 1 UmwG sind **keine eintragungspflichtigen Tatsachen**. Ein-

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁰⁸ Versäumnisurteil vom 18. Oktober 2016 – [II ZR 314/15](#) – juris, Rn. 10.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 11.

getragen werden muss nach § 235 UmwG die Umwandlung der Gesellschaft im Register der GmbH als formwechselnder Gesellschaft, aber in Abweichung von § 198 Abs. 1 UmwG nicht die GbR selbst als neue Rechtsform. Eine GbR unterliegt nicht der Eintragung in das Handelsregister. Erst recht müssen aus diesem Grund ihre Gesellschafter bei einem Formwechsel nicht in das Handelsregister eingetragen werden.¹¹⁰

Auf nicht eintragungspflichtige Tatsachen findet § 15 Abs. 3 HGB keine Anwendung. Das folgt schon aus dem **Wortlaut**. § 15 Abs. 3 HGB setzt eine einzutragende Tatsache voraus. Die Vorschrift ist auch nicht mit Blick auf die **Schutzbedürftigkeit** des auf eine unrichtige Eintragung und Bekanntmachung nur eintragungsfähiger Tatsachen Vertrauenden entsprechend anzuwenden. Eine solche **Schutzlücke** besteht nicht. Derjenige, der auf nicht eintragungspflichtige Tatsachen vertraut, kann jedoch einen Anspruch nach **allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen** haben.¹¹¹

Zum Schutz der Gläubiger der formwechselnden Gesellschaft muss beim Formwechsel in eine GbR auch **nicht** § 235 Abs. 1 UmwG in **richterlicher Rechtsfortbildung** dahin ergänzt werden, dass in Analogie zu § 47 Abs. 2 GBO der Name bzw. die Bezeichnung der Gesellschaft und deren Gesellschafter im Handelsregister des formwechselnden Rechtsträgers einzutragen sind, um so § 15 Abs. 3 HGB auch für den Fall der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GbR nutzbar zu machen. Dass der Gläubiger einer GbR die Namen der Gesellschafter nicht kennt, weil sie nicht in einem öffentlichen Register verzeichnet sind, ist keine Besonderheit des Formwechsels einer GmbH in eine GbR. Vielmehr ist beim Formwechsel die Kenntnis von Namen und Anschrift der Gesellschafter sogar erleichtert, weil der Gläubiger Einsicht in die letzte Gesellschafterliste der formwechselnden GmbH nehmen und dadurch in der Regel Namen und Wohnort der Gesellschafter der entstandenen GbR erfahren kann. Zwar kann der Formwechsel in eine GbR eine stille Liquidation einer insolvenz-

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

reifen GmbH erleichtern. Die Angabe der Gesellschafter im Handelsregister im Zusammenhang mit der Umwandlung ist aber gegenüber den Angaben in der Gesellschafterliste nicht geeignet, die stille Liquidation zu verhindern oder wesentlich zu erschweren bzw. die Rechtsverfolgung durch einen Gläubiger der GmbH zu erleichtern. Es besteht schließlich auch kein Bedarf, über § 15 Abs. 3 HGB eine Rechtsscheinhaftung für einen Gläubiger der GmbH zu eröffnen, der auf eine (unrichtige) Benennung der Gesellschafter im Zusammenhang mit der Umwandlung vertraut, weil insoweit auf die allgemeinen Rechtsscheingrundsätze zurückgegriffen werden kann.¹¹²

Personen können als **Scheingesellschafter** nach Rechtsscheingrundsätzen **haften**, wenn sie in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer existierenden GbR und ihrer Zugehörigkeit zu dieser Gesellschaft gesetzt haben oder gegen den durch einen anderen gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen sind und der Dritte sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat. Daher kann auch derjenige, welcher unrichtig als Gesellschafter einer durch Umwandlung entstandenen GbR im Handelsregister eingetragen ist, nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen für die Kosten eines Rechtsstreits haften, den ein Gläubiger der formwechselnden GmbH im Vertrauen auf seine Haftung als Gesellschafter gegen ihn führt.¹¹³

b)

Ein in einem **Bauvertrag** vereinbartes **Abtretungsverbot** nach **§ 399 Alt. 2 BGB** steht im Falle einer **Verschmelzung** des Auftragnehmers (hier: GmbH) dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber aufgrund des Bauvertrags zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft nicht entgegen. Der Übergang der Ansprüche

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 14.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 15 ff.

folgt aus der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten **Gesamtrechtsnachfolge**.¹¹⁴

Seite 37 von 39

Die Vorschrift des **§ 399 Alt. 2 BGB**, die eine **rechtsgeschäftliche Beschränkung** der Übertragbarkeit einer Forderung ermöglicht, ist auf die in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG für die Verschmelzung von Gesellschaften angeordnete Gesamtrechtsnachfolge **nicht anwendbar**. Die die Einzelrechtsnachfolge betreffende Vorschrift des § 399 Alt. 2 BGB, welche einen rechtsgeschäftlichen Einzelakt voraussetzt, ist nicht auf die Besonderheiten der Gesamtrechtsnachfolge zugeschnitten. Die in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normierte Gesamtrechtsnachfolge vollzieht sich aufgrund der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers unmittelbar kraft gesetzlicher Anordnung ohne weitere Rechtsakte mit dinglicher Wirkung.¹¹⁵ Dieses Verständnis des § 399 Alt. 2 BGB steht mit dem Willen des Gesetzgebers im Einklang.¹¹⁶

Die **Gegenauffassung**, die ein in einem Bauvertrag grundsätzlich zulässiges rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB auch gegenüber der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge durchgreifen ließe, führt zu einem **unbilligen Ergebnis**, das durch das Interesse des Auftraggebers, die Abrechnung übersichtlich zu halten und nicht mit einem neuen Gläubiger konfrontiert zu werden, nicht gerechtfertigt werden kann. Da mit Wirksamwerden der Verschmelzung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auch die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, während der übertragende Rechtsträger erlischt (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG), hätte der Ausschluss des Übergangs der dem Auftragnehmer als übertragendem Rechtsträger gegen den Auftraggeber zustehenden Forderungen aufgrund des im Vertrag vereinbarten Abtretungsverbots zur

¹¹⁴ Urteil vom 22. September 2016 – [VII ZR 298/14](#) – juris, Rn. 27 = BB 2016, 3090 m. Anm. König = NJW 2017, 71 = NZBau 2017, 35 = ZIP 2016, 2015; dazu Czaplinski/Schipp, GWR 2016, 464; Schmitz, IBR 2016, 3466; Wachter, EWIR 2016, 689.

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 28.

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 29.

Folge, dass der Auftraggeber wegen des Erlöschens seines ursprünglichen Vertragspartners von seinen Zahlungspflichten frei würde, er aber wegen des Übergangs der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger seine Forderungen gegen diesen weiter geltend machen könnte. Diese Begünstigung des Auftraggebers ist von dem mit dem Abtretungsverbot verfolgten Zweck nicht mehr gedeckt.¹¹⁷

c)

Das Zustellerfordernis gemäß § 750 Abs. 2 ZPO im Falle einer Rechtsnachfolge gilt nur für **die Nachweisurkunden**, auf welche sich das Klauselorgan ausweislich der Klausel gestützt hat und die ihm als Beweis der Rechtsnachfolge ausgereicht haben. Bei einer **verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge** hängt die Zulässigkeit der **Zwangsvollstreckung** nicht von der zusätzlichen Zustellung eines Auszugs aus dem Register ab, der den aktuellen Registerinhalt im Zeitpunkt der Klauselerteilung wiedergibt. Ob die Rechtsnachfolge durch die dem Klauselorgan vorgelegten bzw. vorliegenden Urkunden nur unzureichend nachgewiesen ist und deshalb die Nachfolgeklausel nicht hätte erteilt werden dürfen, ist im Klauselerteilungsverfahren und im Rahmen der dort zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe zu prüfen.¹¹⁸

6.

Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

a)

Der **Streitwert** bei **Einziehungs- und Ausschließungsklagen** (hier: bei einer GmbH & Co. KG) ist nach § 3 ZPO unter Berücksichtigung der wirt-

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹¹⁸ Beschluss vom 13. Oktober 2016 – [V ZB 174/15](#) – juris, Rn. 11 ff. = NZG 2017, 30.

schaftlichen Interessen der Parteien festzusetzen. Er ist dabei nur "grundsätzlich" nach dem Wert der Gesellschaftsbeteiligung zu bemessen.¹¹⁹

b)

Wird eine beklagte AG während des laufenden (Revisions-) Verfahrens auf eine andere AG verschmolzen, tritt die aufnehmende Gesellschaft aufgrund der Verschmelzung als Gesamtrechtsnachfolgerin gemäß § 246 Abs. 1 ZPO ohne Unterbrechung des Verfahrens kraft Gesetzes in den Prozess ein, sofern die Rechtsvorgängerin durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war und eine Aussetzung des Verfahrens nicht beantragt worden ist.¹²⁰

c)

Für die Notarkostenrechnung kommt eine Zusammenrechnung der Werte für die Erstellung des Entwurfs einer Registeranmeldung der Auflösung einer GmbH, des Erlöschens der Vertretungsbefugnis der bisherigen Geschäftsführer und deren Bestellung zu Liquidatoren nicht in Betracht. Es handelt sich insoweit um einen einheitlichen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 1 GNotKG.¹²¹

¹¹⁹ Beschluss vom 09. Juni 2016 – [II ZR 137/15](#) – juris, Rn. 3 f.

¹²⁰ Urteil vom 26. April 2016 – [XI ZR 165/15](#) – juris, Rn. 7.

¹²¹ Beschluss vom 18. Oktober 2016 – [II ZB 18/15](#) – juris, Rn. 7 = NZG 2017, 28.