

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2017**

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 2017 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.¹ Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.²

1.

Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Zum Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) hat der V. Zivilsenat mit Beschluss vom 13. Juli 2017 (– V ZB 136/16 –)³ entschieden, dass in den Fällen, in denen die Gesellschaft nach **§ 727 Abs. 1 BGB** mangels abweichender Vereinbarung durch den **Tod** eines **Gesellschafters aufgelöst** wird, mit der Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** über den **Nachlass** eines Gesellschafters die Befugnis, über im **Grundbuch** einge-

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.

³ Beschluss vom 13. Juli 2017 – [V ZB 136/16](#) – juris, Rn. 16 = DB 2017, 2535 = ErbR 2018, 20 = EWiR 2017, 727 m. Anm. Zipperer = FamRZ 2017, 1964 = NZG 2017, 1257 = NZI 2017, 993 = WM 2017, 2071 = ZInsO 2017, 2385 = ZIP 2017, 2109.

tragene **Rechte der GbR** zu verfügen, von dem Erben des Gesellschafters auf den **Insolvenzverwalter** übergeht. Die Vererbung von Anteilen an der nach dem Erbfall fortbestehenden Liquidationsgesellschaft vollzieht sich nach rein erbrechtlichen Regeln; die Einschränkungen, die sich aus der Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen ergeben, bestehen insoweit nicht. So werden bei einer Mehrheit von – zur Nachfolge berufenen – Erben nicht, wie bei einer nochwerbenden Gesellschaft, die einzelnen Erben je für sich, sondern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbengemeinschaft Gesellschafter der Liquidationsgesellschaft. Mit der Eröffnung des **Nachlassinsolvenzverfahrens** nimmt der Insolvenzverwalter in der Liquidationsgesellschaft entsprechend § 146 Abs. 3 HGB die Befugnisse des betreffenden Erben wahr. Die **Abwicklung der Liquidationsgesellschaft** und damit auch die Befugnis, als (Gesamt-) Vertreter über im Grundbuch eingetragene Rechte der Gesellschaft zu verfügen, unterliegt daher der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Nachlassinsolvenzverwalters. In diesem gesetzlichen „Normalfall“, von dem mangels anderer Anhaltspunkte bei der Eintragung auszugehen ist, ist in das **Grundbuch** ein **Insolvenzvermerk** einzutragen, durch den der Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Nachlassinsolvenzverwalter zutreffend dokumentiert wird.

Ebenso verhält es sich, wenn eine **GbR** durch die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** über das **Vermögen** eines **Gesellschafters aufgelöst** wird (§ 728 Abs. 2 Satz 1 BGB). Auch dann ist bei dem Anteil des Gesellschafters ein Insolvenzvermerk in das Grundbuch einzutragen, um die Insolvenzmasse vor Beeinträchtigungen durch einen gutgläubigen Erwerb zu schützen. Denn der Insolvenzverwalter nimmt in der Liquidationsgesellschaft entsprechend § 146 Abs. 3 HGB die Befugnisse des insolventen Gesellschafters wahr.⁴

Anders ist es jedoch, wenn der **Gesellschaftsvertrag** eine Regelung enthält, wonach die Gesellschaft im Fall des Todes eines Gesellschafters

⁴ a.a.O., juris, Rn. 17.

nicht aufgelöst, sondern mit dessen Erben fortgesetzt wird (so genannte **Nachfolgeklausel**). Die Befugnis des Gesellschafter-Erben, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen, wird bei einer solchen Vertragsgestaltung durch die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens nicht gemäß §§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 Satz 1 InsO eingeschränkt.⁵

Richtig ist, dass ein Anteil an einer Personengesellschaft auch dann zum Nachlass gehört, wenn er im Wege der Sondererbfolge unmittelbar auf den oder die Gesellschafter-Erben übergeht. Die Nachlasszugehörigkeit als solche führt jedoch nicht zu einem Übergang der Befugnis des Gesellschafter-Erben, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen, auf den Nachlassinsolvenzverwalter. Denn die auf den Gesellschafter-Erben im Wege der Sondererbfolge übergegangenen **Mitgliedschaftsrechte** des persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft unterliegen grundsätzlich **nicht** der **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** des **Nachlassinsolvenzverwalters**, weil sich eine Mitbestimmung durch einen fremdnützigen, grundsätzlich nicht persönlich haftenden Sachwalter nicht mit der Rechtsstellung des Gesellschafters verträgt. Die hierfür maßgeblichen „zwingenden gesellschaftsrechtlichen Gründe“ sprechen insbesondere gegen eine Wahrnehmung der Rechte des Gesellschafter-Erben bei der Geschäftsführung (§ 709 BGB) und damit auch bei der Verfügung über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens durch den Nachlassinsolvenzverwalter.⁶

Daran änderte sich auch dann nichts, wenn die **Gesellschaft** zwischenzeitlich **gekündigt** worden sein sollte. Übt ein Nachlassinsolvenzverwalter bei einer im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Nachfolgeklausel das ihm entsprechend § 725 BGB zustehende Kündigungsrecht aus, führt dies, im Gegensatz zu der sich nicht auf den Fortbestand der Gesellschaft auswirkenden Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens, zwar zur Auflösung der Gesellschaft. Die Befugnisse des Nachlassinsolvenzverwalters wer-

⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 19.

den dadurch aber nicht erweitert. Ist der Anteil an der werbenden Gesellschaft im Wege der Sondererbfolge auf den oder die Erben übergegangen, behalten diese die erlangten Mitgliedschaftsrechte auch im Liquidationsstadium. Die **Abwicklung** der Gesellschaft bleibt daher **Gesellschaftersache** (§ 730 Abs. 2 BGB), zumal es auch dann noch um unternehmerische Entscheidungen und nicht selten auch um Vermögenswerte gehen kann, die der Gesellschafter-Erbe nach dem Tode des Erblassers mitgeschaffen hat und die ihm anteilmäßig außerhalb des Nachlassvermögens endgültig verbleiben müssen. Da nicht einmal die Kündigung und die hiermit verbundene Auflösung der Gesellschaft die Befugnisse des Insolvenzverwalters erweitert, trägt auch das Argument nicht, bei einer grundstücksverwaltenden GbR sei die Veräußerung von Grundstücken einer Auflösung gleichzustellen, so dass eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters hieran nicht den zwingenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen widersprechen könne.⁷

2. Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Nach der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 10. Oktober 2017⁸ stellt sich in denjenigen Fällen, in welchen sich eine **Kommanditgesellschaft** die **erneute Einforderung** der an einen Kommanditisten zurückgezahlten **Einlage** vorbehält, indem sie den Zahlungsvorgang ungeachtet des Fehlens darlehensstypischer Regelungen, insbesondere zur Verzinsung, als Darlehensgewährung bezeichnet, die spätere Rückzahlung des vermeintlichen Darlehens als erneute Einzahlung der Einlage dar. Ein Kommandi-

⁷ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁸ Urteil vom 10. Oktober 2017 – [II ZR 353/15](#) – LS 1 und 2 = DStR 2018, 86 = WM 2018, 14 = ZIP 2018, 18.

tist, der seine Einlage durch eine Zahlung an die Gesellschaft wieder auffüllt, ohne hierzu rechtlich verpflichtet zu sein, erlangt durch diesen Vorgang keinen **Ersatzanspruch** aus **§ 110 Abs. 1 HGB**, der im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft als Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden kann.

In dem Urteilsgründen wird ausgeführt, dass zur Insolvenztabelle nur **Insolvenzforderungen** festgestellt werden können, mithin Forderungen, die von einem Insolvenzgläubiger geltend gemacht werden (§§ 38, 174 Abs. 1 InsO). Zu den Insolvenzforderungen im Rang des § 38 InsO zählen im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft (im Streitfall einer GmbH & KG in Form einer **Publikums-KG**) i.S.v. § 39 Abs. 4 Satz 1 InsO auch an sich nachrangige Forderungen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) aus einem Gesellschafterdarlehen oder einer Rechtshandlung, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entspricht, wenn der Gläubiger an der Geschäftsführung nicht und am Haftkapital der Gesellschaft mit höchstens 10 % beteiligt ist (§ 39 Abs. 5 InsO).⁹ **Anderes** gilt für die **Einlagen** der Gesellschafter, da sie für die Gesellschaft den Charakter von **Eigenkapital** haben und den Grundstock ihrer Haftungsmasse bilden. Ansprüche der Gesellschafter, die auf die Rückzahlung der Einlage gerichtet sind, betreffen das Eigenkapital der Gesellschaft und fallen deshalb nicht unter § 38 InsO. Sie sind auch keine (grundsätzlich) nachrangigen Insolvenzforderungen gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, da die Einlagen dem Eigenkapital der Gesellschaft zugewiesen sind und damit von lediglich eigenkapitalersetzendem Fremdkapital der Gesellschaft zu unterscheiden sind, für das mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. 2008 I, S. 2026) die frühere Gleichstellung mit Eigenkapital aufgegeben und durch im Insolvenzfall greifende Regelungen der Nachrangigkeit und Anfechtbarkeit ersetzt wurde.¹⁰

⁹ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 24.

Eine **Rückgewähr** der **Einlage** kann auch dann anzunehmen sein, wenn der Gesellschafter die betreffende Leistung, namentlich eine **gewinnunabhängige Ausschüttung**, aufgrund einer besonderen – von seinem Ausscheiden oder einer Auseinandersetzung der Gesellschaft unabhängigen – gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung beanspruchen kann. Dementsprechend stellen gesellschaftsvertragliche Ansprüche auf die Gewährung gewinnunabhängiger Ausschüttungen, durch die der Stand des **Kapitalkontos** unter den Betrag der Haftsumme herabgesetzt würde, im Insolvenzfall **keine Insolvenzforderungen** dar.¹¹ Für einen insoweit aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB hergeleiteten Anspruch gilt im Ergebnis nichts anderes, weil durch die (teilweise) Rückführung der dem Gesellschafter gewährten gewinnunabhängigen Ausschüttungen seine durch diese Ausschüttungen geminderte Einlage wieder aufgefüllt und sich hierdurch in gleichem Umfang seiner zuvor gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB wieder aufgelebten Außenhaftung entledigt hat. Der Gesellschafter hat damit die gleiche rechtliche Position wieder eingenommen, die er vor der Gewährung der Ausschüttungen innehatte.¹²

Leistungen eines **Kommanditisten** an die Kommanditgesellschaft erhöhen – soweit sie werthaltig sind – den **Bestand** seiner **Einlage** nur, wenn sie auf die Einlage erbracht werden, wofür etwa die Erfüllung eines von der Einlageverpflichtung unabhängigen Verkehrsgeschäfts nicht genügt. Ausreichend ist aber jedenfalls eine mindestens **konkludente Übereinstimmung** zwischen der Gesellschaft und dem Kommanditisten, der Gesellschaft Eigenkapital zuzuführen. Die Einlage kann auch durch die Gewährung eines „**Darlehens**“, das Bestandteil der im Handelsregister einzutragenden Haftsumme ist, geleistet werden. Schließlich kann der Kommanditist, auch wenn im Innenverhältnis zur Gesellschaft keine Einlageverpflichtung besteht, eine den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 Abs. 1 HGB haftende Einlage mit haftungsbefreiender Wirkung in das Ver-

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 26.

¹² a.a.O., juris, Rn. 27.

mögen der Gesellschaft zur Stärkung ihres Haftungsfonds leisten und sich hierdurch seiner Außenhaftung entledigen.¹³

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.¹⁴ Die Regelungen in Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften unterliegen unabhängig davon, ob die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB 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.¹⁵ 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.¹⁶ Ist das hinsichtlich der eingeforderten Rückzahlung von Ausschüttungen nicht der Fall, kann dieses zutreffende Auslegungsergebnis nicht nachträglich durch eine vom Gesellschaftsvertrag abweichende Handhabung seitens der Gesellschaft verändert werden.¹⁷

Wenn die **Auszahlungen** von **gewinnunabhängigen Ausschüttungen** aus der Liquidität einer Publikumpersonengesellschafters an die Kommanditisten unter dem **Vorbehalt** einer **Rückforderung** stehen soll, ist es naheliegend, im Gesellschaftsvertrag die Voraussetzungen zu regeln,

¹³ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹⁴ Beschluss vom 11. Juli 2017 – [II ZR 127/16](#) – juris, Rn. 6 = DB 2017, 2989 = WM 2017, 2396 = ZIP 2017, 2399; Beschluss vom 07. November 2017 – [II ZR 127/16](#) – juris, Rn. 6 ff.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 7.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 14.

unter denen der Gesellschafter zur Rückzahlung der Ausschüttungen an die Gesellschaft verpflichtet sein sollen.¹⁸ Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die **Rückzahlungsansprüche** gegen die Kommanditisten in den **Jahresabschlüssen** der KG auf der **Aktivseite** ausgewiesen sind. Allerdings kann der **Feststellung** einer **Bilanz**, die diese jedenfalls im **Verhältnis** zwischen **Gesellschaft** und **Gesellschafter** für verbindlich erklärt, für darin ausgewiesene Forderungen gegen den Gesellschafter die Wirkung eines zivilrechtlich verbindlichen **Schuldanerkenntnisses** zukommen. Ob es sich um ein konstitutives oder um ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis handelt, beurteilt sich nach den Umständen im Einzelfall. Dies gilt auch bei Personengesellschaften.¹⁹ Ein Anerkenntnis des Kommanditisten setzt aber voraus, dass für ihn erkennbar war, dass und in welcher Höhe die Bilanz der Fondsgesellschaft eine gegen ihn gerichtete Darlehensforderung ausweist. Weist der **Jahresabschluss** lediglich in einem **Gesamtbetrag** ohne nähere Differenzierung "Forderungen gegen Gesellschafter" aus, ist dies allein **nicht ausreichend**. Anders kann es liegen, wenn in einer Aufgliederung zur Bilanz sich nähere Ausführungen zu **Darlehenskonten** der **Kommanditisten** finden, in denen der betroffene Kommanditist namentlich genannt und eine gegen ihn gerichtete Darlehensverbindlichkeit einzeln ausgewiesen wird. Unabhängig davon ist eine **Beteiligung** bei der **Beschlussfassung** über die Feststellung der Jahresabschlüsse erforderlich.²⁰

c)

Nach der **Eröffnung** des **Insolvenzverfahrens** kann der **Kommanditist** dem Insolvenzverwalter zwar keine **Einwendungen** entgegenhalten, die ihm nur gegen einzelne Gläubiger zustehen, wohl aber solche, die sich gegen alle von § 171 Abs. 2 HGB begünstigten Gläubiger richten.²¹ Ein solcher Einwand liegt in dem Vorbringen, vor Eröffnung des Insolvenzver-

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 16.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 17.

²¹ Urteil vom 25. Juli 2017 – [II ZR 122/16](#) – juris, Rn. 19 = DB 2017, 2407 = DSStR 2017, 2343 = NJW 2017, 3232 = NWB 2017, 3192 = NZG 2017, 1217 = ZIP 2017, 1948 = ZInsO 2017, 2235. – Siehe dazu auch Altmeyden, NZW 2017, 3198.

fahrens durch eine Zahlung Gläubiger der Gesellschaft befriedigt zu haben.²²

Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht es im Belieben des Kommanditisten, welchen Gläubiger der Gesellschaft er befriedigt. Durch Befriedigung eines solchen Gläubigers wird der Kommanditist in Höhe der getilgten Gesellschaftsschuld von seiner Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB auch im Verhältnis zu den anderen Gläubigern frei. Dabei tritt diese Haftungsbefreiung im Fall der Gläubigerbefriedigung auch dann in Höhe des Nennwerts der getilgten Forderung ein, wenn die Gläubigerforderung nicht mehr werthaltig war, so dass der in das Gesellschaftsvermögen gelangte Vermögenswert diesen Betrag nicht erreicht.²³

Mit einem **Erstattungsanspruch** gemäß **§ 110 HGB** aus der Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft kann der Kommanditist auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen eine Einlageforderung in Höhe des Nennwerts der getilgten Forderung aufrechnen.²⁴

d)

Zahlungen, mit denen eine KG den **Anspruch** auf **Rückgewähr** einer **Einlage** oder auf Zahlung eines **Auseinandersetzungsguthabens** erfüllt, sind **keine unentgeltlichen Leistungen** i.S.d. **§ 134 Abs. 1 InsO**. Unentgeltlich ist eine Leistung im Zwei-Personen-Verhältnis, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll. Auszahlungen von in "Schneeballsystemen" erzielten **Scheingewinnen** können demgegenüber unbeschadet eines ordnungsgemäßen Zustandekommens des Gewinnverwendungsbeschlusses als objektiv unentgeltliche Leistung nach § 134 Abs.1 InsO angefochten werden. Erhält ein Anleger in derartigen Fällen

²² a.a.O., juris, Rn. 20; vgl. auch LS 1.

²³ a.a.O., juris, Rn. 21.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 26; vgl. auch LS 2.

Auszahlungen, die sowohl auf Scheingewinne als auch auf die Einlage erfolgen, so sind diese nur gemäß § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar, soweit es um die Auszahlung auf Scheingewinne geht. Die Rückzahlung der Einlage stellt in diesen Fällen regelmäßig den Gegenwert für die vom Anleger erbrachte Einlage dar.²⁵

Über die Regelung des **§ 169 Abs. 1 HGB** hinaus sind **Ausschüttungen** an die Kommanditisten **zulässig**, 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 garantierter Mindesttantieme zu Lasten des Kapitals gehen. Sie sind entgeltlich, wenn sie Gegenleistung für die Pflichteinlage sind.²⁶

Wenn der Gesellschaftsvertrag keine Regelung enthält, wonach die Kommanditisten solche Auszahlungen nur unter dem **Vorbehalt** einer **Rückforderung** erhalten, steht dies der Annahme einer gewinnabhängigen Vorabausschüttung zwar nicht entgegen. Aus dem Fehlen einer solchen Regelung kann aber nicht geschlossen werden, es müsse sich (deswegen) um gewinnabhängige Vorabausschüttungen handeln. Vielmehr ist ein Kommanditist, wenn an ihn auf der Grundlage einer Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag eine Auszahlung geleistet wurde, obwohl sein Kapitalanteil durch Verlust unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag herabgemindert ist oder durch die Auszahlung unter diesen Betrag herabgemindert wird oder eine bereits bestehende Belastung vertieft wird, nur dann zur Rückzahlung an die Gesellschaft verpflichtet, wenn der **Gesellschaftsvertrag** dies **hinreichend klar vorsieht**.²⁷

²⁵ Urteil vom 20. Juli 2017 – [IX ZR 7/17](#) – juris, Rn. 8 = GWR 2017, 387 m. Anm. Riemer = NWB 2017, 2567 = ZInsO 2017, 1843.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

Die Vorschriften des HGB stehen einer derartigen Vertragsgestaltung nicht entgegen. Sie kennen für die **KG keinen** im Innenverhältnis wirkenden **Kapitalerhaltungsgrundsatz**. Die Gesellschafter können ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis insoweit untereinander und zur Gesellschaft weitgehend frei gestalten. Deswegen kann auch der Umstand, dass es sich bei der Zahlung an den Kommanditisten mangels erwirtschafteter Gewinne um die Rückgewähr von Einlagen handelt, keine Unentgeltlichkeit der Leistung i.S.v. § 134 InsO begründen. Solche Zahlungen können zwar zu einer Haftung nach §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB führen. Diese Vorschriften betreffen aber ausschließlich die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern im Außenverhältnis und nicht dessen Verhältnis zur Gesellschaft.²⁸ Allein das Ausbleiben von Gewinnen bei der Gesellschaft begründet keine die Ausübung des Anspruchs auf Auszahlung der garantierten Zinsen einschränkende Treuepflicht des Gesellschafters.²⁹

e)

Die **Prospekthaftung** im weiteren Sinne ist ein Anwendungsfall der **Haftung** für **Verschulden** bei **Vertragsschluss** nach §§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, 282, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB. Danach obliegen demjenigen, welcher selbst oder durch einen Verhandlungshelfen einen Vertragsschluss anbahnt, Schutz- und Aufklärungspflichten gegenüber seinem Verhandlungspartner, bei deren Verletzung er auf Schadensersatz haftet. Abgesehen von dem Sonderfall des § 311 Abs. 3 BGB, in dem auch ein Dritter haften kann, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat, trifft die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss denjenigen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will. Das sind bei einem **Beitritt** zu einer **Kommanditgesellschaft** grundsätzlich die schon zuvor beigetretenen Gesellschafter. Denn der Aufnahmevertrag wird bei einer Personengesellschaft zwischen dem neu eintretenden Gesellschafter und den **Altgesellschaftern** geschlossen. Eine even-

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 13.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

tuelle Haftung besteht gegenüber einem über einen **Treuhänder** beitretenden Anleger jedenfalls dann, wenn der **Treugeber** nach dem Gesellschaftsvertrag wie ein unmittelbar beitretender Gesellschafter behandelt werden soll. Bei einer **Publikumspersonengesellschaft** ist eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss insoweit **ausgeschlossen**, als sie sich gegen **Altgesellschafter** richten würde, die nach der Gründung der Gesellschaft **rein kapitalistisch** als **Anleger** beigetreten sind.³⁰

Bei einer **Publikumspersonengesellschaft** haftet ein mit einer eigenen Kapitaleinlage beteiligter **Treuhandkommanditist** wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten bei der Anbahnung des Aufnahmevertrags nicht nur gegenüber nach ihm eintretenden Treugebern, sondern auch gegenüber nach ihm eintretenden Direktkommanditisten. Denn anders als rein kapitalistische Anleger verfolgt ein Treuhänder, welcher in das Organisationsgefüge der Fondsgesellschaft eingebunden ist und für seine Dienste eine jährliche Vergütung (im Streitfall i.H.v. maximal 0,1 % des Kommanditkapitals) erhält, nicht ausschließlich Anlageinteressen.³¹

Eine **Prospekthaftung** im weiteren Sinne wegen der **Verletzung** von **Aufklärungspflichten** bei der Anbahnung des Aufnahmevertrags lässt sich nicht allein damit begründen, dass der in Anspruch Genommene nach dem Konzept der Fondsgesellschaft als (zukünftiger) **Treuhandkommanditist** vorgesehen war. Da die an die Anbahnung eines Vertragsschlusses anknüpfenden Schutz- und Aufklärungspflichten grundsätzlich nur denjenigen treffen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will, haftet gegenüber einem beitragswilligen Neugesellschafter nur der bereits beigetretene **Altgesellschafter**, mit dem der Aufnahmevertrag geschlossen werden soll. Der hierfür maßgebliche, Schutzpflichten begründende

³⁰ Urteil vom 09. Mai 2017 – [II ZR 344/15](#) – juris, Rn. 31 = AG 2017, 747 = BB 2017, 1616 = DB 2017, 1503 = DStR 2017, 1613 = EWIR 2017, 495 m. Anm. Voß = GWR 2017, 301 m. Anm. Dies/Graf = MDR 2017, 953 = NJW-RR 2017, 930 = NZG 2017, 858 = ZIP 2017, 1267 und Urteile vom 09. Mai 2017 – [II ZR 345/15](#) – juris, Rn. 31 sowie – [II ZR 10/16](#) – juris, Rn. 12, 16 und Urteil vom 04. Juli 2017 – [II ZR 358/16](#) – juris, Rn. 8.

³¹ Urteil vom 09. Mai 2017 – [II ZR 10/16](#) – juris, Rn. 11, 17 = BB 2017, 1808 = DB 2017, 1768 = DStR 2017, 1885 = EWIR 2017, 649 m. Anm. Schulz = MDR 2017, 1008 = NJW 2017, 3001 = NWB 2017, 2486 = NZG 2017, 1024 = ZIP 2017, 1515 = ZNotP 2017, 347. – Siehe zur BGH-Rspr. zur Treuhänder-Haftung bei Kapitalanlagen auch Zoller, NJW 2017, 2962 ff.

Zeitpunkt ist regelmäßig der Abschluss des Aufnahmevertrags des Altgesellschafters. Den in Anspruch genommenen Treuhandkommanditisten trifft zum Zeitpunkt seiner Beitritts eine **sekundäre Darlegungslast**. Auf die für die Erlangung der Gesellschafterstellung lediglich deklaratorische **Eintragung** in das **Handelsregister** kommt es nicht an.³²

Die Frage nach dem **Beitrittszeitpunkt** kann jedoch unter bestimmten Umständen offen bleiben. Beteiligt sich der Neugesellschafter über einen Treuhandkommanditisten an einer Publikumskommanditgesellschaft, entsteht für ihn keine Schutzlücke. Denn ein Treuhandkommanditist ist verpflichtet, die Anleger über alle wesentlichen Punkte, insbesondere regelwidrige Auffälligkeiten der Anlage, aufzuklären, die ihm bekannt sind oder bei gehöriger Prüfung bekannt sein müssen und die für die von den Anlegern zu übernehmenden mittelbaren Beteiligungen von Bedeutung sind. Solche Aufklärungspflichten, für deren Verletzung der Treuhänder haftet, entstehen unabhängig von der Gesellschafterstellung des Treuhänders unmittelbar aus dem Treuhandverhältnis.³³

Der **Gründungsgesellschafter**, der sich zu den vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines **Vertriebs** bedient und diesem oder von diesem eingeschalteten Untervermittlern die geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten überlässt, **haftet** über **§ 278 BGB** für deren unrichtige oder unzureichende Angaben. Er muss sich das Fehlverhalten von Personen, die er mit den Verhandlungen zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigt hat, zurechnen lassen, unabhängig davon, ob der Beitritt zur Gesellschaft unmittelbar oder nur mittelbar erfolgt.³⁴

f)

Nach **Beendigung** der **stillen Gesellschaft** hat der stille Gesellschafter eine **rückständige Einlage** im Allgemeinen nur bis zur Höhe seines **Ver-**

³² a.a.O., juris, Rn. 32 und a.a.O., Rn. 13.

³³ a.a.O., juris, Rn. 33.

³⁴ Urteil vom 04. Juli 2017 – [II ZR 358/16](#) – juris, Rn. 9 f. = DStR 2017, 2401 = MDR 2017, 1254 = NJW-RR 2017, 1117 = NZG 2017, 1033 = ZIP 2017, 1664. – Dazu Just, EWiR 2017, 617.

lustanteils zu erbringen (§§ 232 Abs. 2, 236 Abs. 2 HGB). Kommt der ratenweise zu erbringenden Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters einer mehrgliedrigen Publikumsgesellschaft nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen jedoch **Eigenkapitalcharakter** zu, ist der stille Gesellschafter bei Beendigung der Gesellschaft zur Zahlung seiner **noch nicht erbrachten Einlageraten** einschließlich der im Beendigungszeitpunkt noch nicht fälligen Raten jedenfalls zu den vertraglichen Fälligkeitsterminen verpflichtet, soweit seine Einlage zur Befriedigung der Gläubiger des Geschäftsinhabers benötigt wird.³⁵

Der **Eigenkapitalcharakter** kann sich bei der im Revisionsverfahren gebotenen objektiven Auslegung eines **mehrgliedrigen atypisch stillen Gesellschaftsvertrages** aus dem Verhältnis des vom Geschäftsinhaber eingelegten Kapitals zur Höhe der stillen Einlagen und dem Umstand, dass die stillen Gesellschafter einem Kommanditisten vergleichbare **Mitwirkungsrechte** haben, die ihnen weitreichende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und die Gestaltung der Kommanditgesellschaft einräumen. Dies ist vor allem dann anzunehmen, wenn ihre Informations- und Kontrollrechte mit § 233 HGB und § 716 BGB denen eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsprechen und wenn die stillen Gesellschafter mit ihren **Abfindungsansprüchen** im Rang hinter die Erfüllung der Forderungen von Gläubigern des Geschäftsinhabers zurücktreten. In der Insolvenz des Geschäftsinhabers stehen ihre Forderungen dann nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einem Gesellschafterdarlehen im Nachrang gleich. Auszahlungen an sie können im Falle der Insolvenz des Geschäftsinhabers anfechtbar sein. Bei einer solchen vertraglichen Ausgestaltung wird der eigenkapitalähnliche Charakter der stillen Einlagen bei der maßgeblichen objektiven Gesamtwürdigung nicht entkräftet, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag für den Fall der Insolvenz des Geschäftsinhabers nur eine beschränkte Pflicht des stillen Gesellschafters

³⁵ Urteil vom 16. Mai 2017 – [II ZR 284/15](#) – juris, Rn. 10 = BB 2017, 1613 = DSStR 2017, 2005 = EWiR 2017, 553 m. Anm. Wedemann = GWR 2017, 319 m. Anm. Peseke = NWB 2017, 2248 = NZG 2017, 907 = MDR 2017, 1061 = ZIP 2017, 1365.

zur Zahlung rückständiger Leistungen gemäß § 236 Abs. 2 HGB vorgesehen ist.³⁶

Seite 15 von 38

g)

Nach **§ 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII** in der ab 17. November 2016 geltenden Neufassung ist **Unternehmer** die natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personenvereinigung oder -gemeinschaft, der das Ergebnis des Unternehmens unmittelbar zum Vor- oder Nachteil gereicht. Der Gesetzgeber hat damit klargestellt, dass **rechtsfähige Personenvereinigungen** und **Personengemeinschaften** Unternehmer im unfallversicherungsrechtlichen Sinne sein können. Außerhalb dieser drei genannten Gruppen kann es keine Unternehmer geben (BT-Drucks. 18/8487, S. 57). Soweit Unternehmer danach derjenige ist, welchem das Ergebnis des Unternehmens unmittelbar zum Vor- oder Nachteil gereicht, erfüllt diese Voraussetzung regelmäßig allein die **KG** als gemäß §§ 161 Abs. 2, 124 Abs. 1 HGB rechtsfähige Personengesellschaft. Dem **Kommanditisten** hingegen gereicht das Ergebnis des Unternehmens **nicht** unmittelbar zum Vor- oder Nachteil. Dies gilt auch dann, wenn er zugleich Geschäftsführer der Komplementär GmbH ist. Er trägt insbesondere nicht das Unternehmerrisiko, da seine Haftung gemäß § 171 Abs. 1 HGB auf die Höhe der Einlage beschränkt und nach Leistung der Einlage ausgeschlossen ist.³⁷

3.

Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Zum Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auf die nachfolgenden Entscheidungen hinzuweisen:

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

³⁷ Beschluss vom 19. September 2017 – [VI ZR 497/16](#) – juris, Rn. 2 = DB 2017, 2668 = GmbHR 2017, 1269 = NZG 2017, 1306 = WM 2017, 2218 = ZIP 2017, 2196 = ZInsO 2017, 2574.

a)

Die **Eröffnung** des **Insolvenzverfahrens** über das **Vermögen** des **Geschafters** einer GmbH führt auch dann zur **Unterbrechung** eines **Beschlussmängelrechtsstreits** des Geschafters, wenn ein Beschluss über die Abberufung eines Geschäftsführers angefochten wird.³⁸ Auch soweit ein **Beschluss** die **Organbestellung** oder Abberufung betrifft, ist das **Mitverwaltungsrecht** des **Geschafters** berührt, das zur Vermögenssphäre gehört und bei Insolvenz unter die Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters fällt. Unterbrochen wird ein Rechtsstreit durch die Insolvenzeröffnung, wenn das Verfahren die Insolvenzmasse betrifft (§ 240 Satz 1 ZPO). Maßgeblich ist dabei, ob der Gegenstand des Rechtsstreits zur Insolvenzmasse gehört. Der Gegenstand eines Beschlussmängelstreits gehört regelmäßig zur Insolvenzmasse. Der **Insolvenzverwalter** hat als Teil seines Verwaltungsrechts das Recht zur Ausübung des **Stimmrechts** in der Geschafterversammlung und zur **Beschlussanfechtung**, jedenfalls soweit der Beschlussgegenstand, wie dies regelmäßig der Fall ist, die Vermögenssphäre betrifft. Nach § 80 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten. Der GmbH-Geschäftsanteil gehört zur Masse (§ 35 Abs. 1 InsO). Zum Mitverwaltungsrecht des Geschafters, das auf dem Geschäftsanteil als Vermögensrecht beruht, gehört nicht nur die Ausübung des Stimmrechts, sondern auch die Befugnis, Geschaftersbeschlüsse auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen.³⁹

In den **insolvenzfremden Bereich** fällt die Anfechtungsbefugnis **nicht** deshalb, weil der **Kläger** gleichzeitig auch der vom **Abberufungsbeschluss betroffene Geschäftsführer** ist. Zwar soll die Stellung als Geschäftsführer als persönliches Recht nicht in die Insolvenzmasse fallen. Die Klagebefugnis des Klägers beruht aber nicht auf seiner Organstellung als Geschäftsführer und einer persönlichen Betroffenheit durch den Abberufungsbeschluss, sondern auf seiner Geschafterstellung und dem dar-

³⁸ Urteil vom 24. Oktober 2017 – [II ZR 16/16](#) – juris, Rn. 14 = DB 2017, 2919 = NJW-RR 2018, 39 = NZG 2018, 32 = WM 2017, 2363 = ZInsO 2017, 2759 = ZIP 2017, 2379.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 15.

aus folgenden Mitverwaltungsrecht. Ein Gesellschafter kann als Ausfluss seines Mitverwaltungsrechts ihm unrechtmäßig erscheinende Beschlüsse der Gesellschaft selbst dann anfechten, wenn er davon nicht persönlich betroffen ist. Das gilt unabhängig davon, ob der Gesellschafter oder ein Dritter Geschäftsführer ist, auch für einen Beschluss zur Abberufung eines Geschäftsführers.⁴⁰

b)

Der **Geschäftsführer** einer GmbH, der zugleich ihr **alleiniger Gesellschafter** ist, **haftet** grundsätzlich **nicht** nach **§ 43 Abs. 2 GmbHG**. Dies beruht auf der Erwägung, dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft bei Personengleichheit mit dem Gesellschafter, der in der Gesellschaft letztlich **allein weisungsberechtigt** ist, praktisch seine eigenen Weisungen ausführt. Unter solchen Umständen bedarf es keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses, um die Annahme eines Handelns auf Weisung des Gesellschafters zu begründen. Dieser Grundsatz findet auch Anwendung, wenn es um die **Haftung mehrerer Geschäftsführer** geht, die einverständlich gehandelt haben und zusammen die alleinigen Gesellschafter der GmbH sind, also zusammengenommen über die gleiche Rechtsmacht verfügen wie ein Alleingesellschafter. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht veranlasst, wenn der oder die in Anspruch genommenen Geschäftsführer nicht **unmittelbar**, sondern über eine zwischengeschaltete Gesellschaft, deren alleinige Geschäftsführer sie sind, **mittelbar** die **alleinigen Gesellschafter** der GmbH waren.⁴¹

Eine **Erhöhung** des **Stammkapitals** einer GmbH kann nur durch einen **satzungsändernden Beschluss** der Gesellschafter erfolgen, der nach § 53 Abs. 2 GmbHG der **notariellen Beurkundung** bedarf. Des Weiteren ist von den Gesellschaftern ein **notarieller Beschluss** darüber zu fassen, **wer** zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils **zugelassen** wird.⁴² Ein

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁴¹ Urteil vom 17. Oktober 2017 – [KZR 24/15](#) – juris, Rn. 25 = DB 2017, 2859 = WM 2017, 2314 = ZIP 2017, 2295.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 27.

insoweit eingeräumtes **Recht** zur Übernahme eines neuen Geschäftsanteils ist in **notariell beglaubigter Form auszuüben**.⁴³

Die **Übernahmeerklärung** kann **konkludent** dadurch angenommen werden, dass die **Anmeldung** der Kapitalerhöhung zum Handelsregister erfolgt. Die Übernahme der neuen Geschäftsanteile erfolgt durch Vertrag zwischen der Gesellschaft, handelnd durch den bzw. die bisherigen Gesellschafter, und dem Übernehmer. Die Anmeldung zum Handelsregister ist nach §§ 57 Abs. 1, 78 GmbHG von sämtlichen Geschäftsführern der Gesellschaft vorzunehmen.⁴⁴ Durch die **Eintragung** der Kapitalerhöhung in das Handelsregister (§§ 57a, 9c GmbHG) sind die **neuen Geschäftsanteile entstanden** und hat der Übernehmer die Stellung eines Gesellschafters erlangt.⁴⁵

Selbst wenn die **Übernahmeerklärung** und die **Annahmeerklärung formunwirksam** gewesen sind, werden dieser **Mangel** durch die **Eintragung** der Kapitalerhöhung in das Handelsregister **geheilt**.⁴⁶ Nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister können **Mängel** der Übereinkunft mit Rücksicht auf den Schutz des Vertrauens des Geschäftsverkehrs auf die ungeschmälerte Erhaltung der im Register eingetragenen Kapitalgrundlage **nur** noch **eingeschränkt** geltend gemacht werden. Neben dem Fehlen einer Übernahmeerklärung können grundsätzlich nur solche Mängel gerügt werden, die in Zweifel stellen, ob die betreffende Erklärung in zurechenbarer Weise veranlasst worden ist, insbesondere **mangelnde Geschäftsfähigkeit** und **fehlende Vollmacht**. Eine **Anfechtbarkeit** der Übernahmeerklärung wegen **Irrtums**, **arglistiger Täuschung** oder anderer **Willensmängel** scheidet dagegen aus. Nichts anderes gilt für die Berufung auf **Mängel der Form** der Übernahmeerklärung.⁴⁷

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 29.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 32.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 34.

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 35.

Ein **Verstoß** gegen das **Vollzugsverbot** führt auch unter der Geltung von **§ 41 Abs. 1 GWB** in der Fassung der 7. Novelle des GWG vom 15. Juli 2005 **nicht** zur **unheilbaren Nichtigkeit** des betreffenden Rechtsgeschäfts, sondern **nur** zu dessen **schwebender Unwirksamkeit**. Diese Unwirksamkeit entfällt rückwirkend mit der Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt.⁴⁸ Die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts hat grundsätzlich nicht zur Folge, dass den Parteien die Befugnis zusteht, sich einseitig hiervon zu lösen. Auch Sinn und Zweck des Vollzugsverbots (§ 41 Abs. 1 GWB) erfordern es nicht, den Parteien eine solche Befugnis einzuräumen.⁴⁹

c)

Auf den **Director** einer **private company limited by shares** nach englischem Recht ist **§ 64 Satz 1 GmbHG** entsprechend anzuwenden.⁵⁰

Die **Ersatzpflicht** des Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife gemäß § 64 Satz 1 GmbHG **entfällt**, soweit die durch die Zahlung verursachte **Schmälerung der Masse** in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr **ausgeglichen** wird. In diesen Fällen liegt zwar zunächst eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung vor. Durch den Ausgleich entfällt jedoch der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer. Grund hierfür ist, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Insolvenzreife nicht nur Insolvenzantrag zu stellen hat (§ 15a InsO), sondern im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger die noch verbliebene Masse zu erhalten hat. Wenn er dennoch die Masse durch Zahlungen oder andere Leistungen schmälert, wird er nach § 64 Satz 1 GmbHG ersatzpflichtig. Soweit und sobald eine solche Masseschmälerung mit oder ohne Zutun des Geschäftsführers ausgeglichen wird, ist der Zweck von § 64 Satz 1 GmbHG, im Interesse der Gläubiger die Masse zu erhalten,

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 38 ff.

⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 45.

⁵⁰ Urteil vom 04. Juli 2017 – [II ZR 319/15](#) – juris, Rn. 8 = BB 2017, 2130 m. Anm. Wilhelm = DB 2017, 1959 = DStR 2017, 2060 = GmbHR 2017, 969 = NZG 2017, 1034 = ZInsO 2017, 1847 = ZIP 2017, 1619.

erreicht. Eine nochmalige Erstattung durch den Geschäftsführer würde die Masse über ihre bloße Erhaltung hinaus anreichern und über den mit dem sogenannten Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG verbundenen Zweck hinausgehen.⁵¹

Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung besteht, ist **nicht jeder** beliebige weitere **Massezufluss** als **Ausgleich** dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr ist ein **unmittelbarer wirtschaftlicher**, nicht notwendig zeitlicher **Zusammenhang** mit der Zahlung erforderlich, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann. Auf eine Zuordnung nach **wirtschaftlicher Betrachtung** zur einzelnen masseschmälernden Zahlung kann nicht verzichtet werden, da der Ersatzanspruch nicht auf Erstattung eines Quotenschadens gerichtet ist. Unter der Voraussetzung, dass ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, kommt als Massezufluss, der die Masseschmälerung ausgleicht, auch in Betracht, dass für die Zahlung ein **Gegenwert** in das **Gesellschaftsvermögen** gelangt ist.⁵²

Die Regeln des **Bargeschäfts** nach **§ 142 InsO a.F.** sind **nicht** entsprechend **anwendbar**. Zwar legt der **Wortlaut**, nach dem eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur anfechtbar ist, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO vorliegen, wegen der Verknüpfung der beiden Leistungen eine entsprechende Anwendung nahe. Für eine Analogie fehlt aber eine vergleichbare Interessenlage. Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 Satz 1 GmbHG und die Insolvenzanfechtung haben unterschiedliche Voraussetzungen und eine unterschiedliche Zielrichtung.⁵³ Das **Anfechtungsrecht** schützt vor einer **Gläubigerbenachteiligung** durch die Verminderung der Aktivmasse und durch die Vermehrung der Schuldenmasse. **§ 64 Satz 1 GmbHG** schützt die Gläubiger zwar auch vor

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 10.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 11.

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 12.

einer Benachteiligung, aber nur vor einer Benachteiligung durch eine **Ver-minderung der Aktivmasse**. Durch die Anordnung einer Ersatzpflicht bei einer Masseschmälerung wird der Geschäftsführer dazu angehalten, nach Insolvenzzreife die vorhandene Aktivmasse zu erhalten. Dementsprechend führt die Begründung von Verbindlichkeiten nicht zu einer Haftung des Geschäftsführers nach § 64 Satz 1 GmbHG. Bei der **Zahlung** von einem **debitorischen Konto** liegt lediglich ein **Gläubigertausch**, aber **keine Masseschmälerung** vor, während anfechtungsrechtlich darin eine Gläubigerbenachteiligung zu sehen sein kann.⁵⁴

Mit **§ 142 InsO** werden einzelne Gläubiger, die einem Schuldner eine Vorleistung erbringen, ungeachtet der Anfechtungstatbestände und jenseits der Vorsatzanfechtung in ihrem Vertrauen geschützt, die Gegenleistung des Schuldners behalten zu dürfen. Die Vorschrift dient daher dem **Schutz des Geschäftsgegners**. § 64 GmbHG bezweckt aber nicht einen Schutz des Geschäftsgegners, sondern der Gläubiger der insolvenzreifen Gesellschaft. Mit der Zulassung eines Masseausgleichs wird auch kein Vertrauen des Geschäftsführers in Handlungsbefugnisse geschützt oder belohnt. Der Ausgleich lässt den an und für sich bestehenden Ersatzanspruch lediglich insoweit ähnlich einem schadensersatzrechtlichen Vorteilsausgleich entfallen, um eine Massebereicherung durch die Erstattungspflicht des Geschäftsführers zu vermeiden.⁵⁵

§ 142 InsO liegt der **wirtschaftliche Gesichtspunkt** zugrunde, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, unterlägen selbst von ihm abgeschlossene wertäquivalente Bargeschäfte der Anfechtung. Anders als § 142 InsO soll der Wegfall der Erstattungspflicht bei einer ausgleichenden Gegenleistung nach einer Zahlung i.S.d. § 64 Satz 1 GmbHG dagegen nicht eine weitere Teilnahme der Schuldnerin am Geschäftsverkehr ermöglichen. Ab Insolvenzzreife darf der Geschäftsführer abgesehen von der Ausnahme nach

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 14.

§ 64 Satz 2 GmbHG keine Zahlungen mehr leisten, sondern hat Insolvenzantrag zu stellen. Die GmbH soll, jedenfalls unter der Verantwortung der bisherigen Geschäftsleitung, gerade nicht weiter am Geschäftsverkehr teilnehmen. Mit dem Masseausgleich werden dem Geschäftsführer daher auch keine Handlungsbefugnisse gegeben.⁵⁶ Da es lediglich auf einen wirtschaftlich zuzuordnenden, in die Masse gelangenden Gegenwert ankommt, ist auch anders als beim Bargeschäft kein **zeitlicher Zusammenhang** erforderlich. So kann etwa eine erfolgreiche Anfechtung durch den Insolvenzverwalter auch nach längerer Zeit die Haftung des Geschäftsführers entfallen lassen.⁵⁷

Mit einer Zahlung entgegen § 64 Satz 1 GmbHG wird die ab Insolvenzreife den Gläubigern zur Verwertung zur Verfügung stehende Masse verkürzt. Um diese **Masseverkürzung ausgleichen** zu können, muss auch die in die Masse gelangende **Gegenleistung** für eine **Verwertung** durch die Gläubiger **geeignet** sein. Zwar ist für die Bewertung der Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Masseverkürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird, und nicht der Zeitpunkt der tatsächlichen Insolvenzeröffnung. Die **Bewertung** selbst hat aber schon aufgrund der Insolvenzreife der Gesellschaft danach zu erfolgen, ob die Insolvenzgläubiger die Gegenleistung verwerten könnten, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt das Verfahren eröffnet wäre. Das ist bei **Arbeits- oder Dienstleistungen** regelmäßig nicht der Fall. Dienstleistungen führen nicht zu einer Erhöhung der Aktivmasse und sind damit **kein Ausgleich** des Masseabflusses.⁵⁸

Soweit es sich um **Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienstleistungen** (Internet und Kabelfernsehen) gehandelt hat, gilt wie für Arbeits- und andere Dienstleistungen, dass sie die für die Gläubiger verwertbare Aktivmasse nicht erhöhen und damit kein Ausgleich der Masse schmälern durch die Zahlung sind.⁵⁹ Aber auch soweit mit diesen Ge-

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 19.

genleistungen **Materiallieferungen** verbunden waren, führt dies nicht zu einem Wegfall der Erstattungspflicht. Wenn die Gesellschaft insolvenzreif und eine Liquidation zugrunde zu legen ist, ist die in die Masse gelangende Gegenleistung grundsätzlich nach **Liquidationswerten** zu bemessen. Nur **ausnahmsweise** können **Fortführungswerte** in Ansatz gebracht werden, wenn eine Fortführung gesichert erscheint. Die Bewertung hat aufgrund der Insolvenzreife der Gesellschaft danach zu erfolgen, ob die Insolvenzgläubiger die Gegenleistung verwerten könnten, wenn zum Bewertungszeitpunkt das Verfahren eröffnet wäre. Auch eine Bewertung einer Gegenleistung nach Liquidationswerten setzt aber voraus, dass die als Gegenleistung zur Masse gelangten Gegenstände für die Insolvenzgläubiger verwertbar wären. Dies ist bei geringwertigen, typischerweise zum alsbaldigen Verbrauch bestimmten Gütern regelmäßig nicht der Fall.⁶⁰

d)

Von den Vorschriften des **Betriebsrentengesetzes** kann zum **Nachteil** von **Organen** einer **Kapitalgesellschaft** nach § 17 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG **abgewichen** werden, soweit auch den Tarifvertragsparteien Abweichungen erlaubt sind. Zu den insoweit disponiblen Vorschriften zählt **§ 3 BetrAVG**. Nach § 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG kann allerdings grundsätzlich nicht zuungunsten der Arbeitnehmer von Vorgaben des Gesetzes abgewichen werden. Dies gilt für den Geschäftsführer einer GmbH als dessen Organmitglied ebenfalls. Arbeitnehmer i.S.v. § 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG sind auch die in § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG genannten Personen. Die Erreckung der arbeitsrechtlichen Vorschriften des BetrAVG auf diesen Personenkreis liefe ins Leere, könnte durch vertragliche Vereinbarungen ohne weiteres von den gesetzlichen Schutzregelungen abgewichen werden. Dass bei Organmitgliedern – zumindest typischerweise – anders als bei Arbeitnehmern bei der Aushandlung ihrer Betriebsrentenregelung keine

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 20.

Verhandlungsunterlegenheit vorliegt, rechtfertigt keine vollständige Abdingbarkeit des Betriebsrentenrechts für diesen Personenkreis.⁶¹

Seite 24 von 38

Abweichende Vereinbarungen kommen allerdings insoweit in Betracht, als der Gesetzgeber sie unter Zugrundelegung eines Verhandlungsprozesses, der geeignet ist, zu angemessenen Ergebnissen zu führen, selbst zulässt. Für **Arbeitnehmer** im arbeitsrechtlichen Sinne kann dies angenommen werden, soweit eine **tarifliche Regelung** vorliegt, weil der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien eine entsprechende Verhandlungsmacht zuerkennt. Das Betriebsrentenrecht ist demzufolge auch für **Organmitglieder** insoweit abdingbar, als auch den Tarifvertragsparteien Abweichungen erlaubt sind. Eine weitergehende Unabdingbarkeit würde dazu führen, dass dieser Personenkreis besser geschützt wäre als Arbeitnehmer. Von einer Verhandlungsunterlegenheit des einzelnen Organmitglieds, wie sie der Gesetzgeber bei einem Arbeitnehmer typisiert annimmt, kann nicht ausgegangen werden.⁶²

4.

Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft sind die nachfolgenden Entscheidungen ergangen:

a)

Sofern im Rahmen des **Zugewinnausgleichs** eine **Unternehmensbeteiligung** (hier: 25 % an einer AG) zu berücksichtigen ist, kann bei der Bewertung des Endvermögens nach § 1376 Abs. 2 BGB zur Ermittlung des maßgeblichen **objektiven (Verkehrs-) Werts** nach der **Ertragswertmethode** vorgegangen werden. Ziel der Wertermittlung ist es, die Unternehmensbeteiligung mit ihrem "vollen, wirklichen" Wert anzusetzen.

⁶¹ Urteil vom 23. Mai 2017 – [II ZR 6/16](#) – juris, Rn. 13 = AG 2017, 618 = DB 2017, 1769 = DStR 2017, 1838 = EWiR 2017, 493 m. Anm. Büdenbender = FamRZ 2017, 1565 = GmbHR 2017, 876 = NWB 2017, 2249 = NZG 2017, 948 = VersR 2017, 1231 = ZIP 2017, 1364.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 14.

Grundsätze darüber, nach welcher Methode das zu geschehen hat, enthält das Gesetz nicht. Die sachverhaltsspezifische Auswahl aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Methoden und deren Anwendung ist Aufgabe des sachverständig beratenen Tatrichters. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht.⁶³

Das **Ertragswertverfahren** ist dabei im Regelfall **geeignet**, um zur Bemessungsgrundlage für den Wert einer Unternehmensbeteiligung zu gelangen. Im Rahmen der Ertragswertmethode wird die Summe aller zukünftigen Erträge des fortgeführten Unternehmens ermittelt (Zukunftserfolgswert), und zwar durch eine Rückschau auf die Erträge des Unternehmens in den letzten Jahren. Auf dieser Grundlage wird eine Prognose zur Ertragslage der nächsten Jahre erstellt. Damit wird das Unternehmen in seiner Gesamtheit bewertet. Der Wert der einzelnen Gegenstände ist insoweit ohne Bedeutung. Der Ertragswert eines Unternehmens ist nach **betriebswirtschaftlichen Grundsätzen** allein aus seiner Eigenschaft abzuleiten, **nachhaltig ausschüttbare Überschüsse** zu produzieren. Diese werden kapitalisiert und auf den Bewertungsstichtag bezogen. Verbindliche Regelungen darüber, welcher Zeitraum bei der Unternehmensbewertung zugrunde zu legen ist, gibt es nicht. Der **Durchschnittsertrag** wird in der Regel auf Basis der letzten drei bis fünf Jahre ermittelt, wobei die jüngeren Erträge stärker gewichtet werden können als die älteren.⁶⁴

Bei **freiberuflichen Praxen** und **inhabergeführten Unternehmen** kann die Bewertung allerdings grundsätzlich nicht nach dem reinen Ertragswertverfahren erfolgen, weil sich die Ertragsprognose kaum von der Person des Inhabers trennen lässt und der Ertrag von ihm durch unternehmerische Entscheidungen beeinflusst werden kann. Zudem kann die Erwartung künftigen Einkommens, die der individuellen Arbeitskraft des Inha-

⁶³ Urteil vom 08. November 2017 – [XII ZR 108/16](#) – juris, Rn. 15, NJW 2018, 61 m. Anm. Münch. – Vgl. auch Beschluss vom 22. Dezember 2017 – [XII ZB 230/17](#) – juris, Rn. 9.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 17.

bers zuzurechnen ist, nicht maßgebend sein, weil es beim Zugewinnausgleich nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen ankommt. Daher ist für solche Fälle eine **modifizierte Ertragswertmethode** gebilligt worden, die sich an den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen **Unternehmerlohn** des Inhabers absetzt. Die Bestimmung dieses Unternehmerlohns muss sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientieren. Denn nur auf diese Weise kann der auf den derzeitigen Inhaber bezogene Wert ausgeschieden werden, der auf dessen persönlichem Einsatz beruht und nicht auf den potenziellen Erwerber übertragbar ist.⁶⁵

b)

Die **Anfechtungsklage** nach § 245 Nr. 1 bis Nr. 3 AktG und die aktienrechtliche **Nichtigkeitsklage** (§ 249 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 AktG) können nur von einem **Aktionär** erhoben werden.⁶⁶

Ein **notarielles Hauptversammlungsprotokoll** ist **unrichtig**, wenn es die von § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG geforderte Angabe der **Art der Abstimmung nicht enthält**. Die notarielle Urkunde **kann** durch den beurkundenden Notar um die berichtigende Angabe **ergänzt werden**, dass die Abstimmung auf Zuruf erfolgte. Damit sind die gesetzlichen Anforderungen des § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG erfüllt.⁶⁷

Nach **§ 130 Abs. 1 Satz 1 AktG** muss jeder Hauptversammlungsbeschluss durch eine **notariell** aufgenommene **Niederschrift** beurkundet werden. In der Niederschrift ist u.a. die Art der Abstimmung anzugeben (§ 130 Abs. 2 Satz 1 AktG). Unter der Art der Abstimmung i.S.d. § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG ist zumindest die **Beschreibung des Vorgangs** zu verstehen, wie der Beschluss selbst in der Versammlung zustande gekommen ist, d.h. in welcher Weise, ob mündlich, schriftlich, durch Hand-

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁶⁶ Urteil vom 10. Oktober 2017 – [II ZR 375/15](#) – juris, Rn. 19 = BB 2017, 2889 m. Anm. Wachter = DB 2017, 2794 = NJW 2018, 52 = NZG 2017, 1374 = WM 2017, 2263 = ZIP 2017, 2245.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 21.

erheben oder mittels welcher sonstigen Betätigung, abgestimmt worden ist.⁶⁸

Eine nähere **Konkretisierung** der **Abstimmungsart** ist auch **nicht** nach dem Sinn und Zweck des § 130 Abs. 2 AktG **entbehrlich**, wenn an der Abstimmung lediglich zwei Personen beteiligt waren und die Art der Protokollierung des Abstimmungsergebnisses darauf hin deutet, dass offen abgestimmt wurde. Die Art der Abstimmung ist allein mit einer offenen Abstimmung nicht näher bestimmt. Offen kann in verschiedener Weise abgestimmt werden (durch Zuruf, durch Handerheben, durch andere Gesten). Der Zweck der Beurkundung, etwaigen späteren Meinungsverschiedenheiten über Annahme oder Ablehnung eines Antrags begegnen zu können, trifft auch bei der Teilnahme von nur zwei Personen an der Abstimmung regelmäßig zu.⁶⁹

Nach § 44a BeurkG kann ein **Hauptversammlungsprotokoll** wegen Unrichtigkeit **berichtigt** werden; die Möglichkeit der Korrektur einer unrichtigen Tatsachenbeurkundung wird durch § 130 AktG nicht eingeschränkt.⁷⁰

Der **Notar** kann ein Hauptversammlungsprotokoll **ohne Zustimmung** des **Versammlungsleiters** oder der in der Hauptversammlung anwesenden **Aktionäre** durch eine ergänzende Niederschrift über seine eigenen Wahrnehmungen gemäß § 44a Abs. 2 Satz 3 BeurkG berichtigen. Die Beurkundung der Hauptversammlung gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG dient in erster Linie der **Rechtssicherheit** und **Transparenz** und soll die Willensbildung der Hauptversammlung dokumentieren, damit keine Unklarheiten über Annahme oder Ablehnung von Anträgen und die gestellten Anträge bestehen. Die Berichtigungsmöglichkeit gemäß § 44a Abs. 2 Satz 3 BeurkG nach der Entäußerung trägt der Beweisfunktion des Hauptversammlungsprotokolls als Bericht des Notars über die Hauptversammlung

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 23.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 25, 35.

und der damit bezweckten Rechtssicherheit Rechnung und ist im Hinblick auf die Folgen von wirksamkeitsrelevanten Mängeln für die Beteiligten und den Vertrauensschutz Dritter in die Bestandskraft einmal gefasster Beschlüsse sachgerecht. Der Rechtsverkehr hat ein größeres Interesse an berichtigten richtigen Urkunden als an unveränderten unrichtigen Urkunden, zumal der Notar als Person öffentlichen Glaubens dafür zu sorgen hat, dass eine unter seiner Verantwortung entstandene unrichtige Urkunde berichtigt wird und nicht weiterhin im Rechtsverkehr einen falschen Schein hervorruft.⁷¹

Eine **Mitwirkung** der **Hauptversammlungsteilnehmer** bei der Berichtigung durch die ergänzende Niederschrift ist **nicht erforderlich**. Bei dem Hauptversammlungsprotokoll handelt es sich um eine **Tatsachenurkunde** gemäß §§ 36 f. BeurkG und **nicht** um die Beurkundung von **Willenserklärungen**, deren Niederschrift den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden muss (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Der Notar stellt mit dem Hauptversammlungsprotokoll ein selbstständiges Zeugnis über die von ihm wahrgenommenen Tatsachen aus und muss bei der Beurkundung seiner Wahrnehmungen in der Hauptversammlung weder den Versammlungsleiter noch die in der Hauptversammlung anwesenden Aktionäre hören. Etwas anderes kann auch nicht für die nachträgliche Berichtigung seines Zeugnisses durch die ergänzende Niederschrift gelten.⁷² Unter Umständen kann anderes gelten, wenn ein **Aktionär** im Zeitpunkt der Berichtigung des Hauptversammlungsprotokolls nach § 44a Abs. 2 Satz 3 BeurkG bereits **Dispositionen** im Vertrauen auf die Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse **getroffen** hat.⁷³

Der **Rechtsgrund** für die gewählte **Abstimmungsart** ist **nicht protokollierungspflichtig** ist. Die aktienrechtlichen Protokollierungspflichten des Notars sind in **§ 130 AktG abschließend** geregelt. Dem Wortlaut des § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG lässt sich nicht entnehmen, dass auch der

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁷² a.a.O., juris, Rn. 40.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 41.

Rechtsgrund der Abstimmung in die Niederschrift nach § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG aufgenommen werden muss. In die Niederschrift aufzunehmen sind danach nur die Art und das Ergebnis der Abstimmung. Im Hinblick auf die einschneidende Rechtsfolge der Nichtigkeit von nicht ausreichend beurkundeten Beschlüssen (§ 241 Nr. 2 AktG) ist die Vorschrift eng nach ihrem Wortlaut auszulegen.⁷⁴

In der **Niederschrift** ist gemäß § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG das **zahlenmäßige Ergebnis** der Abstimmung anzugeben.⁷⁵ Das Abstimmungsergebnis umfasst neben dem **rechtlichen Ergebnis**, ob ein Beschluss mit einem bestimmten Inhalt gefasst oder ein Beschlussantrag abgelehnt ist, auch das zahlenmäßige Ergebnis, also die **Anzahl der Ja- und Nein-Stimmen**.⁷⁶ Der **Wortlaut** von § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG ist allerdings nicht eindeutig. Unter dem Ergebnis der Abstimmung kann neben dem zahlenmäßigen Ergebnis auch nur die Feststellung des Zustandekommens eines Beschlusses mit einem bestimmten Inhalt oder seine Ablehnung verstanden werden. Es folgt aber aus dem Zweck der Beurkundung, dass auch die für und gegen einen Beschluss abgegebenen Stimmen festzuhalten sind.⁷⁷ Die in § 130 Abs. 2 eingefügten Sätze 2 und 3 AktG führen nicht zu einem anderen Verständnis des Inhalts der notariellen Niederschrift gemäß § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG.⁷⁸

Werden statt der Anzahl der Ja- und Nein-Stimmen **Prozentzahlen** aufgenommen, führt dieser **Beurkundungsfehler nicht zur Nichtigkeit**, wenn sich aus den Angaben in der Niederschrift das zahlenmäßige Abstimmungsergebnis so errechnen lässt, dass danach keine Zweifel über die Ablehnung oder Annahme des Antrags und die Ordnungsmäßigkeit der Beschlussfassung verbleiben.⁷⁹

⁷⁴ a.a.O., juris, Rn. 42.

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 44.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 45.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 47.

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 48.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 57 ff. sowie LS unter c).

Eine **Vollversammlung** i.S.d. § 121 Abs. 6 AktG liegt nur vor, wenn sämtliche Aktionäre anwesend sind und Einvernehmen aller Anwesenden mit der Abhaltung der Hauptversammlung zum Zwecke der Beschlussfassung besteht.⁸⁰

Die Regelung in § 122 Abs. 1 bis Abs. 3 AktG gewährleistet Aktionären, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen, dass die Hauptversammlung zusammentritt und sich mit Angelegenheiten befasst, deren Behandlung diese Aktionäre wünschen. Das Verlangen ist erst erfüllt, wenn die Hauptversammlung sich mit den der beantragten Ermächtigung zugrunde liegenden Beschlussgegenständen befasst hat. Damit die Befassung mit den Beschlussgegenständen nicht schon an formalen Mängeln scheitert, setzt dies voraus, dass die Hauptversammlung entsprechend dem Ermächtigungsverlangen gesetzes- und satzungsgemäß einberufen und durchgeführt ist. Das Verfahren auf **Ermächtigung** einer **Aktionärsminderheit** zur **Einberufung** einer **Hauptversammlung** und **Ergänzung** der **Tagesordnung** gemäß § 122 Abs. 1 bis Abs. 3 AktG ist deswegen erst erledigt, wenn die Hauptversammlung entsprechend dem Verlangen gesetzes- und satzungsgemäß einberufen und durchgeführt worden ist.⁸¹

Eine **gerichtliche Ermächtigung** zur Einberufung einer Hauptversammlung gilt zwar **nicht zeitlich unbegrenzt**.⁸² Sie ist aber **nicht** schon deshalb **verbraucht**, weil die ermächtigte Mehrheitsaktionärin eine **fehlerhafte** Einberufung einer **Versammlung** selbst zu verantworten hat. Mit der Ermächtigung kommt es zu einer vollständigen Überwälzung der logistischen Vorbereitungen der Hauptversammlung auf die ermächtigten Aktionäre. Diese Organisation der Hauptversammlung ist insbesondere in formaler Hinsicht ein komplexer, fehleranfälliger Vorgang. Die aus dieser auf die ermächtigten Aktionäre übergegangenen Organisationslast erwachsenden Risiken dürfen aber nicht zu ihren Lasten gehen, weil Vor-

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 66.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 68.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 71.

aussetzung der Ermächtigung ist, dass der normalerweise für die Einladung der Hauptversammlung zuständige und damit vertraute Vorstand zu Unrecht dem berechtigten Verlangen der Aktionäre nicht nachgekommen ist. Es wäre in diesem Fall auch bloßer Formalismus, wenn die Aktionäre erneut eine inhaltlich identische Ermächtigung beantragen müssten, um eine weitere, nicht an formalen Einberufungsmängeln leidende Hauptversammlung mit denselben Tagesordnungspunkten einberufen und durchführen zu können.⁸³

Steht die **Wahl** von **Aufsichtsratsmitgliedern** auf der Tagesordnung, so ist in der **Bekanntmachung** gemäß § 124 Abs. 2 Satz 1 AktG anzugeben, nach welchen gesetzlichen Vorschriften sich dieser zusammensetzt und ob die Hauptversammlung an Wahlvorschläge gebunden ist. Die Angaben müssen in der Einberufung mit dem entsprechenden Tagesordnungspunkt bekannt gemacht werden. Diese zusätzlichen Bekanntmachungspflichten sind auch von den Aktionären zu beachten, die von einer gerichtlichen Ermächtigung gemäß § 122 Abs. 3 AktG Gebrauch machen.⁸⁴

Das **Fehlen** dieser **Angaben** führt als **Gesetzesverstoß** auf eine Anfechtungsklage hin zur **Nichtigkeitklärung** des Beschlusses. Für die Nichtigklärung ist bei einem Gesetzes- oder Satzungsverstoß nach § 243 Abs. 1 AktG die Relevanz des Verfahrensverstößes für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht eines objektiv urteilenden Aktionärs maßgebend, insbesondere auch des in der Abstimmung unterlegenen Minderheitsaktionärs, im Sinne eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gemäß § 243 Abs. 1 AktG rechtfertigt. Die Anfechtbarkeit ist danach nur dann ausgeschlossen, wenn dem Verfahrensverstoß die für eine sachgerechte Mei-

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 69.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 73.

nungsbildung eines objektiv urteilenden Aktionärs erforderliche Relevanz fehlt.⁸⁵

Die **Relevanz** ist bei Bekanntmachungsmängeln i.S.v. § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG **regelmäßig zu bejahen**. Nach dieser Vorschrift dürfen über Gegenstände der Tagesordnung, die nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sind, keine Beschlüsse gefasst werden. Der Regelung liegt die gesetzliche Wertung zugrunde, dass Bekanntmachungsmängel für das Teilhaberecht des Aktionärs grundsätzlich von Bedeutung sind. Das gilt insbesondere für die erweiterten Bekanntmachungspflichten nach § 124 Abs. 2 Satz 1 AktG. Sie sollen dem Aktionär als Entscheidungshilfe bei der Frage dienen, ob eine Teilnahme an der Hauptversammlung zum Tagesordnungspunkt "Aufsichtsratswahlen" sinnvoll ist. Nur wenn dessen Zusammensetzung hinreichend bekannt ist, kann der Aktionär die Gewichtung seiner Stimme richtig einschätzen.⁸⁶

Einem Aktionär kann es jedoch in einem **atypischen Sonderfall** verwehrt sein, sich auf diesen Bekanntmachungsmangel zu stützen, so insbesondere dann, wenn der Verstoß gegen § 124 Abs. 2 Satz 1 AktG ausnahmsweise für das Teilnahme- und Abstimmungsverhalten des Aktionärs bei der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Neuwahl des Aufsichtsrats keine Bedeutung hat. Dies kann der Fall sein, wenn der Aktionär sich auch ohne die entsprechende Angabe der gesetzlichen Vorschriften zur Wahl des Aufsichtsrates in der Bekanntmachung der anderen Aktionäre eine Meinung darüber bilden kann, an der Hauptversammlung und der Beschlussfassung über die Neuwahl des Aufsichtsrats teilzunehmen oder ihr fernzubleiben.⁸⁷

Dies wiederum kann anzunehmen sein, wenn dem Aktionär bekannt sein konnte und musste, nach welchen gesetzlichen Vorschriften, die aufgrund des Kontinuitätsprinzips gemäß § 96 Abs. 4 AktG n.F. (§ 96 Abs. 2

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 74.

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 75.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 76.

AktG a.F.) auch für die Neuwahl galten, sich der seitherige Aufsichtsrat der AG zusammensetzte.⁸⁸

Seite 33 von 38

c)

Gemäß **§ 112 Satz 1 AktG** wird die **AG gegenüber Vorstandsmitgliedern vom Aufsichtsrat vertreten**. Ein rechtsgeschäftliches Handeln der Gesellschaft gegenüber einem Vorstandsmitglied liegt aber nicht vor, wenn Gesellschaft und Vorstandsmitglied im Rahmen eines mehrseitigen Vertrags keine gegenläufigen, sondern **parallele Willenserklärungen** gegenüber einer anderen Vertragspartei abgeben.⁸⁹

5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

a)

Bei der Bemessung der **Beschwer** einer **Treuhandkommanditistin** einer Publikums-Kommanditgesellschaft durch die Verurteilung zur **Auskunftserteilung** über Namen, Anschrift und Beteiligungshöhe sämtlicher Treugeber an einen Treugeberkommanditisten sind die durch eine Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Treugeber verursachten Kosten nicht zu berücksichtigen.⁹⁰

b)

Weist das Insolvenzgericht den durch einen Gesellschafter gestellten Antrag einer **GbR** auf **Insolvenzeröffnung** kostenpflichtig als unzulässig ab,

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 77.

⁸⁹ Urteil vom 25. Juli 2017 – [II ZR 235/15](#) – juris, Rn. 34 = AG 2017, 814 = BB 2017, 2507 = DB 2017, 2344 = MDR 1432 = NJW-RR 2017, 1317 = NZG 2017, 1219 = ZIP 2017, 1902.

⁹⁰ Beschluss vom 07. November 2017 – [II ZB 4/17](#) – juris, Rn. 6 ff. und LS.

dem der Mitgesellschafter in der Anhörung entgegengetreten ist, ist dieser nicht Kostengläubiger.⁹¹

c)

Eine **parteifähige Vereinigung** erhält **Prozesskostenhilfe** nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO nur, wenn das Unterbleiben der Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderliefe. Dies setzt voraus, dass durch die Entscheidung größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens angesprochen werden und die Entscheidung soziale Wirkungen nach sich ziehen kann. Dies wiederum ist nur der Fall, wenn das Verfahren eine wirtschaftliche oder soziale Bedeutung hat, die ein allgemeines Interesse an der Rechtsverfolgung begründen könnte.⁹²

Eine **GbR** kann als parteifähige Vereinigung i.S.d. Prozesskostenhilfrechts angesehen werden. Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen ihrer Mitglieder berührt regelmäßig keine allgemeinen Interessen. Sie dient nur dem individuellen Interesse der in der Gläubigertreuhand zusammengeschlossenen Personen und ist damit nicht geeignet, die Voraussetzungen des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO zu begründen.⁹³ Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe scheidet zudem auch dann aus, wenn die GbR ihren **Geschäftsbetrieb eingestellt** hat und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen erfolgt ist. Ist die GbR nicht mehr werbend tätig und befindet sie sich im Stadium der Liquidation, ist es ausgeschlossen, dass von der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens die Existenz eines Unternehmens abhängt, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl von Arbeitsplätzen ein allgemeines Interesse besteht, oder eine große Zahl von Kleingläubigern betroffen ist. Eine durch eine **Insolvenzeröffnung** aufgelöste, im Liquidationsstadium befindliche GbR besitzt **keine** von der Rechtsordnung anerkannte **Existenzberechtigung** mehr. Diese besteht nur, wenn sie in der Lage sind, ihre Ziele aus eigener

⁹¹ Beschluss vom 18. Mai 2017 – [IX ZB 79/16](#) – juris = DB 2017, 1508 = MDR 2017, 1027 = NZG 2017, 909 = NZI 2017, 731 = ZIP 2017, 1335 = ZInsO 2017, 1326.

⁹² Beschluss vom 19. Oktober 2017 – [IX ZA 16/17](#) – juris, Rn. 3 = ZInsO 2017, 2538.

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 4.

Kraft zu verfolgen. Die Regelung des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO soll Vorsorge dagegen treffen, dass mittellose Vereinigungen wirtschaftliche Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verwirklichen.⁹⁴

d)

Von einer **Gesellschaft**, die einen **Verwaltungssitz** innerhalb der **Europäischen Union** oder eines **Vertragsstaates** des Abkommens über den **Europäischen Wirtschaftsraum** unterhält, kann **Prozesskostensicherheit** gemäß **§§ 110 ff. ZPO** nicht verlangt werden.⁹⁵

Als **Ort des gewöhnlichen Aufenthalts** i.S.v. § 110 ZPO ist bei **Kapitalgesellschaften** deren **Sitz** anzusehen. **Umstritten** und in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher nicht abschließend geklärt ist allerdings, ob insoweit auf den **Gründungssitz** oder den **Verwaltungssitz** abzustellen ist.⁹⁶ Jedenfalls für diejenigen Fälle, in denen die Gesellschaft einen Verwaltungssitz in der **Europäischen Union** oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum hat, ist davon auszugehen, dass die Anwendbarkeit des § 110 ZPO ausscheidet und auf den **tatsächlichen Verwaltungssitz** abzustellen ist.⁹⁷ Für die Anknüpfung an den Verwaltungssitz spricht bereits die Parallele zwischen dem Verwaltungssitz und dem "gewöhnlichen Aufenthalt", auf den der Wortlaut des § 110 Abs. 1 ZPO für natürliche Personen abstellt. Darüber hinaus besteht der Sinn und Zweck der Vorschrift darin, den obsiegenden Beklagten vor Schwierigkeiten bei der Durchsetzung seines Kostenerstattungsanspruchs zu bewahren, die typischerweise bei einer Vollstreckung außerhalb der Europäischen Union oder des Gebietes der Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und damit außerhalb der Anwendungsbereiche der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 12. Dezember 2012 über

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 5.

⁹⁵ Beschluss vom 23. August 2017 – [IV ZR 93/17](#) – juris, Rn. 6 = MDR 2017, 1382 = NZG 2017, 1229 = RIW 2017, 760 = WM 2017, 1944 = ZIP 2017, 2171. – Dazu Dastis, EWiR 2017, 707; Schiller, GWR 2017, 416.

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 7.

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 10.

die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie der für vor dem 10. Januar 2015 eingeleitete Verfahren noch maßgeblichen Verordnung (EG) Nr. 44/2001 und des Luganer Übereinkommens auftreten. Für die Durchsetzbarkeit des Kostenerstattungsanspruchs kommt es aber eher auf den Verwaltungssitz als auf den Gründungs- oder satzungsmäßigen Sitz einer Gesellschaft an, weil sich das Betriebsvermögen der Gesellschaft regelmäßig an ihrem Verwaltungssitz befindet, wo die Geschäfte geführt werden; der statutarische Sitz kann eine "leere Hülle" sein. Darauf, dass im Einzelfall auch eine Vollstreckung am Verwaltungssitz gefährdet sein kann, kommt es nicht an, weil dieses Risiko nicht höher als bei inländischen Klägern ist.⁹⁸

Europarechtliche Gründe stehen einer Anknüpfung an den Verwaltungssitz jedenfalls bei Gesellschaften mit Verwaltungssitz innerhalb der Europäischen Union oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum **nicht entgegen**, weil diese Anknüpfung gerade dazu führt, dass diese Gesellschaften keine Prozesskostensicherheit zu leisten haben und damit nicht anders als inländische Gesellschaften behandelt werden.⁹⁹

Maßgebend dafür, wo eine juristische Person ihren **Verwaltungssitz** hat, ist der **Tätigkeitsort** der **Geschäftsführung** und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Hat die Gesellschaft nur einen organschaftlichen Vertreter und unterhält sie an keinem anderen Ort Geschäftsräume, in denen dieser tätig ist, ist danach für ihren Verwaltungssitz der Aufenthaltsort ihres einzigen organschaftlichen Vertreters maßgebend.¹⁰⁰

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 11.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 15.

e)

Wird die **Nichtigkeit** von **Gesellschafterbeschlüssen**, mit denen die **Leitungsmacht** in der Gesellschaft von einem **Geschäftsführer** auf einen neuen übertragen und dieser von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wird, ist in der Sache ein **einheitlicher Vorgang** betroffen. Die Streitwerte sind deshalb nicht nach **§ 5 ZPO** zusammen zu rechnen. Maßgebend für die Wertfestsetzung ist vielmehr der Antrag mit dem höchsten Einzelwert.¹⁰¹ Der Streit um die Leitungsfunktion bei der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers von seinem Amt als Geschäftsleiter stellt keinen schwerwiegenderen Eingriff in seine Rechte dar als seine Ausschließung als Gesellschafter. Diese Grundsätze gelten auch, wenn ein Gesellschafter die Nichtigkeit eines Beschlusses geltend macht, mit dem ein Geschäftsführer abberufen wird, und er damit erreichen möchte, dass dieser in der Leitungsfunktion belassen wird. Folglich ist keiner der Anträge für sich genommen mit einem höheren Wert als dem des Geschäftsanteils des Klägers zu bewerten.¹⁰² Die mit dem Streitwert identische Beschwerde für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren richtet sich nach dem Interesse des Klägers, den bisherigen Geschäftsführer in der Leitungsfunktion zu belassen, sowie den neuen Geschäftsführer von der Leitungsfunktion auszuschließen und dessen Befreiung von § 181 BGB zu bekämpfen.¹⁰³

f)

Wenn ein **beklagter Rechtsanwalt**, der zugleich **Gesellschafter** und **Geschäftsführer** einer mitbeklagten GmbH ist und diese vertritt, sich selbst (ausschließlich) durch eine in seiner Kanzlei tätige Rechtsanwältin vertreten lässt, können die hierdurch verursachten Kosten nicht notwendig i.S.v. **§ 91 Abs. 1 ZPO** und damit nicht erstattungsfähig sein. Dies ist der Fall, wenn feststeht, dass für die Beauftragung eines eigenen Rechtsan-

¹⁰¹ Beschluss vom 04. Juli 2017 – [II ZR 130/16](#) – juris, Rn. 4.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 3.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 2.

walts durch ihn als Streitgenossen kein sachlicher Grund besteht und sie mithin rechtsmissbräuchlich ist.¹⁰⁴

Seite 38 von 38

g)

Bei der Beurkundung der **Gesellschafterversammlungen zweier GmbH**, in denen jeweils die Zustimmung zur Aufhebung von **Unternehmensverträgen** i.S.d. §§ 291 ff. AktG mit **derselben Alleingesellschafterin** beschlossen wurde, in einer Niederschrift handelt es sich um mehrere in einem Beurkundungsverfahren zusammengefasste Beurkundungsgegenstände. Für die Zusammenfassung dieser Beurkundungsgegenstände in einem Beurkundungsverfahren fehlt auch bei identischer Zusammensetzung der Gesellschafterversammlungen regelmäßig ein sachlicher Grund, so dass das Beurkundungsverfahren hinsichtlich jedes dieser Beurkundungsgegenstände als besonderes Verfahren gilt und abzurechnen ist (§ 93 GNotKG).¹⁰⁵

Karlsruhe, den 07. Februar 2018

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹⁰⁴ Beschluss vom 19. September 2017 – [VI ZB 72/16](#) – juris, Rn. 12 f. = NJW 2017, 3788 = WM 2017, 2313 = ZIP 2017, 2351.

¹⁰⁵ Beschluss vom 26. September 2017 – [II ZB 27/16](#) – juris, Rn. 6 ff. sowie LS = NJW-RR 2018, 103 = NZG 2017, 35 = WM 2017, 2312 = ZIP 2017, 2351.