

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2018**

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

In der nachstehenden Übersicht sind die im 2. Halbjahr 2018 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

### **1.**

#### **Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

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

##### **a)**

Einem **Anleger** muss vor seiner **Beteiligung** an einer **Fondsgesellschaft** ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt vermittelt werden. Er muss deswegen über **alle Umstände**, die für seine Anlageentscheidung

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Siehe auch unsere weiteren Rechtsprechungsübersichten, die unter dem Menüpunkt „[News-letter](#)“ auf unserer Homepage abrufbar sind.

von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig **aufgeklärt** werden. Diese auf §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB beruhende **Aufklärungspflicht** trifft bei dem Beitritt zu einer **stillen Gesellschaft** den **Geschäftsinhaber** als denjenigen, der den Vertrag im eigenen Namen abschließen will.<sup>3</sup>

Bedient sich der danach aufklärungspflichtige Gesellschafter für die vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines **Vertriebs** und überlässt er diesem oder von diesem eingeschalteten Untervermittlern die geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten, so haftet er über **§ 278 BGB** für deren unrichtige oder unzureichende Angaben. Er muss sich das Fehlverhalten von Personen, die er mit den Verhandlungen zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigt hat, zurechnen lassen. Einer vom aufklärungspflichtigen Gesellschafter bis zum Vermittler führenden vertraglichen „Auftragskette“ bedarf es nicht. Die Verwendung eines **Prospekts** zur Aufklärung der Beitrittsinteressenten schließt es nicht aus, unzutreffende Angaben des Vermittlers dem aufklärungspflichtigen Gesellschafter zuzurechnen. Vermittelt der Prospekt hinreichende Aufklärung, ist dies **kein Freibrief**, Risiken abweichend hiervon darzustellen und mit Erklärungen ein Bild zu zeichnen, das die Hinweise im Prospekt für die Entscheidung des Anlegers entwertet oder mindert.<sup>4</sup>

Dem Gesellschafter einer mehrgliedrigen stillen Gesellschaft kann grundsätzlich ein **Schadensersatzanspruch** gegen den Geschäftsinhaber **wegen unzureichender Risikoaufklärung** zustehen. Dieser Anspruch ist aber **nicht** auf eine **Rückabwicklung** der Beteiligung einschließlich einer vollständigen Rückzahlung des Anlagebetrags gerichtet.<sup>5</sup> Auf eine mehrgliedrige stille Gesellschaft sind die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwendbar mit der Folge, dass ein fehlerhaft beigetretener Anleger

<sup>3</sup> Urteil vom 06. November 2018 – [II ZR 57/16](#) – juris, Rn. 15.

<sup>4</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

seine Beteiligung aus wichtigem Grund mit Wirkung ex nunc kündigen kann. Schadensersatz kann er insoweit nur neben einem etwaigen Abfindungsguthaben geltend machen. Dieser Anspruch beschränkt sich auf den Ersatz eines den Abfindungsanspruch übersteigenden Schadens und unterliegt zudem einer **Durchsetzungssperre**, solange zu besorgen ist, dass durch die Schadensersatzleistung die Abfindungsansprüche der anderen stillen Gesellschafter beeinträchtigt werden. Die einer Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs entgegenstehenden Umstände hat der Geschäftsinhaber darzulegen und zu beweisen. Erhebt der Geschäftsinhaber gegen die Durchsetzbarkeit des Schadensersatzanspruchs keine Einwendungen, ist der Anspruchsteller nicht gehindert, nach der ggf. konkludent erklärten Kündigung seiner Beteiligung den Abfindungs- und den weitergehenden Schadensersatzanspruch zusammenzufassen und einen auf die Rückzahlung des Anlagebetrags insgesamt gerichteten Klageantrag zu stellen.<sup>6</sup>

Ein **fehlerhaft beigetretener Gesellschafter** ist berechtigt, das stille Gesellschaftsverhältnis unter Berufung auf den (behaupteten) Vertragsmangel durch **sofort wirksame Kündigung** nach § 234 Abs. 1 HGB, § 723 BGB mit der Folge zu beenden, dass ihm gegebenenfalls ein nach den gesellschaftsvertraglichen Regeln zu berechnender **Abfindungsanspruch** zusteht. Ein fehlerhafter Beitritt in diesem Sinne liegt auch dann vor, wenn der Gesellschafter durch eine fehlerhafte oder unzureichende Aufklärung zum Beitritt bewogen worden ist.<sup>7</sup>

Diese **Kündigung** unterfällt als **Gestaltungsrecht nicht** der **Verjährung**. Sie muss allerdings in Anlehnung an § 314 Abs. 3 BGB in einer **angemessenen Frist** nach Erlangung der Kenntnis über den Kündigungsgrund erklärt werden. Im Übrigen unterliegt sie der **Verwirkung**.<sup>8</sup> Auf sie findet **§ 218 BGB** aber **keine** entsprechende **Anwendung**.<sup>9</sup> Es ist auch keine an

---

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>9</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

der Verjährung des Schadensersatzanspruchs ausgerichtete zeitliche Begrenzung des Kündigungsrechts durch eine gleichlaufende, an § 314 Abs. 3 BGB angelehnte Befristung vorzunehmen. Kündigung und Schadensersatzanspruch unterscheiden sich grundlegend in den angestrebten Rechtsfolgen. Insbesondere ist der kündigende Gesellschafter gemäß den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft auf das zum Wirksamkeitszeitpunkt der Kündigung zu berechnende Abfindungsguthaben beschränkt, das je nach den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft gegebenenfalls sogar negativ sein kann mit der Folge, dass der Ausscheidende einen Ausgleich zu leisten hat. Zudem beginnt eine an § 314 Abs. 3 BGB angelehnte Frist ebenso wie etwa bei § 626 Abs. 2 Satz 2 und § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB erst mit der Kenntnis des Kündigungsberechtigten. Eine grob fahrlässige Unkenntnis, die verjährungsrechtlich für den Fristbeginn ausreicht, genügt nicht.<sup>10</sup>

**b)**

Eine **Innengesellschaft** wird typischerweise durch ihre **mangelnde Teilnahme am Rechtsverkehr**, den **Verzicht** auf die Bildung von **Gesamthandsvermögen** und das **Fehlen** einer **Vertretungsregelung** gekennzeichnet. In dieser Besonderheit besteht das Wesen der Innengesellschaft, während sie im Übrigen als eine besondere Form der GbR naturgemäß das entscheidende gesellschaftsrechtliche Merkmal, nämlich einen vertraglichen Zusammenschluss zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks, ebenfalls aufweist. Hält eine GbR einen GmbH-Gesellschaftsanteil (im Streitfall als Alleingesellschafterin) hat sie Gesamthandsvermögen gebildet. Sofern der Gesellschaftsvertrag zudem eine Vertretungsregelung enthält, handelt es sich um einen Außengesellschaft.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>11</sup> Urteil vom 26. Juni 2018 – [II ZR 205/16](#) – juris, Rn. 20.

c)

Die **Geschäfte** der **Innengesellschaft** werden durch den **Außengesellschafter** im **eigenen Namen**, wenngleich im Innenverhältnis für **Rechnung** der **Gesellschaft** geführt.<sup>12</sup>

Die **Innengesellschaft** ist **aufgelöst**, wenn der **vereinbarte Zweck unmöglich** geworden ist (§ 726 BGB). Da bei einer Innengesellschaft **kein** gesamthänderisch gebundenes **Gesellschaftsvermögen** vorhanden ist, kommt nach ihrer Auflösung eine **Liquidation nicht** in Betracht. Die Gesellschaft ist mit ihrer Auflösung vielmehr zugleich vollbeendet. Außengesellschafter und Innengesellschafter stehen sich nunmehr als Gläubiger und Schuldner eines schuldrechtlichen Auseinandersetzungsanspruchs gegenüber, bei dem allerdings die Einzelansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis grundsätzlich unselbständige Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung sind und daher aufgrund der sog. **Durchsetzungssperre** nicht mehr selbständig geltend gemacht werden können.<sup>13</sup>

Es bedarf zur **Geltendmachung** des **Auseinandersetzungsguthabens** nach Auflösung einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts **keiner** von den Gesellschaftern festgestellten **Auseinandersetzungsbilanz**, wenn **kein** zu liquidierendes **Gesellschaftsvermögen** mehr vorhanden ist. In diesem Fall kann der Gesellschafter, der für sich ein Guthaben beansprucht, dieses auf Grund einer **vereinfachten Auseinandersetzungsrechnung unmittelbar** gegen den ausgleichspflichtigen Gesellschafter geltend machen; Streitpunkte über die Richtigkeit der Schlussrechnung sind in diesem Prozess zu entscheiden. Für die **Innengesellschaft** bürgerlichen Rechts, die von vornherein kein liquidierbares Gesellschaftsvermögen hat, gilt nichts anderes. Ein **Direktanspruch** kommt erst recht in

---

<sup>12</sup> Urteil vom 11. September 2018 – [II ZR 161/17](#) – juris, Rn. 11.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

Frage, wenn der Zweck der Innengesellschaft von vornherein auf ein Projekt begrenzt ist.<sup>14</sup>

Seite 6 von 58

Aus dem Wesen der Innengesellschaft ergibt sich **keine alleinige Geschäftsführungsbefugnis** des **Außengesellschafters**. Dass dieser die Geschäfte der Innengesellschaft im eigenen Namen führt, lässt sich nicht ableiten, er sei im Innenverhältnis allein geschäftsführungsbefugt.<sup>15</sup> Im Innenverhältnis einer Innengesellschaft bleiben die Vorschriften der §§ 709 bis 713 BGB über die Geschäftsführung anwendbar. Die vertragliche Beschränkung des Außenhandelns auf den Außengesellschafter hat nicht notwendig oder im Regelfall den Ausschluss der Mitgesellschafter von der Geschäftsführung zur Folge. Diesen steht grundsätzlich das Zustimmungsgeschäft des § 709 Abs. 1 BGB zu. Es trifft nicht zu, dass die §§ 709, 711, 712, 714, 718 f. BGB bei der Innengesellschaft in der Regel unanwendbar sind. Bei § 709 Abs. 1 BGB handelt es sich um die Grundregel der **gemeinsamen Geschäftsführung** bei der GbR. Es bedarf einer besonderen Begründung, diese zu Lasten der Innengesellschafter entfallen zu lassen. Es besteht auch keine Notwendigkeit für eine generelle Entmachtung der Innengesellschafter, weil die Gesellschafter die Geschäftsführung generell oder für einzelne Geschäfte auf den Außengesellschafter übertragen können und dies auch konkludent geschehen kann.<sup>16</sup> Bei einer Innengesellschaft ist auch nicht allein der Außengesellschafter regelmäßig geschäftsführungsbefugt.<sup>17</sup> Ob und inwieweit eine alleinige **Geschäftsführungsbefugnis** des Außengesellschafters besteht, ist vielmehr eine **Frage**, die der **Tatrichter** unter Berücksichtigung sämtlicher **Umstände** des **Einzelfalls** zu prüfen hat.<sup>18</sup>

**Überschreitet** der **Außengesellschafter** einer Innengesellschaft seine **Geschäftsführungsbefugnis**, liegt darin ein **Pflichtverstoß**, der bei Vor-

---

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>17</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

liegen eines am Maßstab des § 708 BGB orientierten Verschuldens einen **Schadensersatzanspruch** begründet. Der Außengesellschafter kann demgegenüber darlegen und ggf. beweisen, dass durch den Pflichtverstoß kein Schaden an den im Außenverhältnis von ihm in seinem Namen geführten Geschäften der Innengesellschaft eingetreten ist. Ist nach diesen Grundsätzen ein Schadensersatzanspruch begründet, kann der auf der Basis einer vereinfachten Auseinandersetzungsberechnung in Anspruch genommene **Mitgesellschafter** den Schadensersatzanspruch mit der gegen ihn geltend gemachten **Ausgleichsforderung verrechnen**. Der zum Schadensersatz verpflichtete Ausgleichsberechtigte hätte dann den von ihm zu vertretenden Verlust im Verhältnis zu dem im Innenverhältnis gemeinschaftlich betriebenen Geschäft allein zu tragen, während andere Verluste die Gesellschafter nach dem maßgeblichen Verlustverteilungsschlüssel trafen.<sup>19</sup>

**d)**

Ein **Gesellschafter** einer **Personenhandelsgesellschaft** kann entsprechend § 142 HGB das Gesellschaftsunternehmen **ohne Liquidation** mit Aktiven und Passiven übernehmen. Er wird hierdurch zum Gesamtrechtsnachfolger der mit der Übernahme aufgelösten Gesellschaft (sog. **Anwachsung**). Ebenso erlischt eine **GbR**, wenn einer von zwei Gesellschaftern aus der Gesellschaft ausscheidet und sein Gesellschaftsanteil dem einzigen verbleibenden Gesellschafter anwächst, der hierdurch zum Rechtsnachfolger der Gesellschaft wird. Diese Grundsätze gelten gleichermaßen, wenn die Gesellschaft Eigentümerin eines **Grundstücks** ist; zur Umschreibung des Eigentums auf den Gesamtrechtsnachfolger bedarf es in diesem Fall nicht der Auflassung an diesen, sondern nur der **Berichtigung des Grundbuchs**.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>20</sup> Urteil vom 12. Juni 2018 – [II ZR 229/16](#) – juris, Rn. 8.

e)

**§ 744 Abs. 2 BGB** berechtigt den Teilhaber einer Gemeinschaft, die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilnehmer zu treffen. Die **analoge Anwendung** des § 744 Abs. 2 BGB auf die **Geschäftsführung** für die Gesellschaft durch einen Gesellschafter einer **GbR** ist anerkannt.<sup>21</sup> Das Notgeschäftsführungsrecht analog § 744 Abs. 2 BGB erfasst bei einer GbR nicht nur Maßnahmen zur Erhaltung eines bestimmten Gegenstandes des Gesamthandvermögens, sondern greift auch dann ein, wenn der **Gesellschaft** selbst eine **akute Gefahr** droht und zu ihrer Abwendung **rasches Handeln erforderlich** ist. Das Notgeschäftsführungsrecht kann auch die Erhebung einer gesellschaftsrechtlichen Beschlussanfechtungsklage umfassen, wenn die GbR ihrerseits (Allein-) Gesellschafterin einer GmbH ist. Es entspricht insoweit dem Notgeschäftsführungsrecht des Miterben einer Miterbengemeinschaft (§ 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB) und berechtigt den Notgeschäftsführer zur Wahrnehmung der Rechte im eigenen Namen und damit auch zur Beschlussanfechtung. Zugleich verleiht es für die Erhebung der Beschlussanfechtungsklage gemäß § 744 Abs. 2 BGB eine **gesetzliche Prozessführungsbefugnis**.<sup>22</sup>

Bei der Prüfung, ob eine Gefahr droht, ist **allein** auf die **Interessen** der **GbR** abzustellen. Die Wahrung eigener **Interessen** des **Notgeschäftsführenden** jenseits derer der Gemeinschaft gehört **nicht** zum Notgeschäftsführungsrecht.<sup>23</sup> Geht es um die Anfechtung von Beschlüssen der GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die GbR ist, begründet die **kurze Anfechtungsfrist** nach § 246 Abs. 1 AktG analog für sich genommen noch **keine Gefahr** für die **GbR**. Ein ggf. für einen einzelnen der GbR-Gesellschafter unzureichender effektiven Rechtsschutzes stellt ebenfalls keine Gefahr für die GbR dar. Durch die Beschlüsse der GmbH wird die GbR nicht in ihrer Rechtstellung betroffen. Allein die behauptete **objektive Rechtswidrigkeit** der **Beschlüsse** ist für sich genommen auch **keine Ge-**

<sup>21</sup> Urteil vom 26. Juni 2018 – [II ZR 205/16](#) – juris, Rn. 23.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.



**fahr für die GbR.** Dies würde das Notgeschäftsführungsrecht uferlos ausdehnen und jedem Gesellschafter der GmbH-Gesellschafterin immer ein Anfechtungsrecht geben.<sup>24</sup>

Ein Notgeschäftsführungsrecht nach **§ 744 Abs. 2 BGB analog** besteht zudem nur, wenn die **Notwendigkeit raschen Handelns** gegeben ist. Eine Notgeschäftsführung scheidet aus, wenn es dem Gesellschafter möglich ist, durch **Inanspruchnahme** seiner **Mitgesellschafter** eine Mitwirkung an der Abwendung der Gefahren für die Gesellschaft zu erreichen.<sup>25</sup> Eine Eilbedürftigkeit ergibt sich insoweit nicht aus der für die Beschlussanfechtung geltenden Frist gemäß § 246 Abs. 1 AktG. Die GbR als Alleingesellschafterin einer GmbH kann die in Rede stehenden Beschlüsse durch eine neue Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung der GmbH aufheben und damit die Wirkungen der Beschlüsse beseitigen.<sup>26</sup>

**f)**

Eine **unentgeltliche Leistung** i.S.d. **§ 134 Abs. 1 InsO** liegt im **Zwei-Personen-Verhältnis** vor, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll. Hingegen sind Zahlungen des Inhabers eines Handelsgewerbes (hier: GmbH) an einen **stillen Gesellschafter**, denen ein gewinnunabhängiges Zahlungsverprechen im Gesellschaftsvertrag zugrunde liegt, entgeltliche Leistungen, wenn sie die Gegenleistung für die erbrachte Einlage darstellen.<sup>27</sup>

Enthält der **Gesellschaftsvertrags** zwischen dem Inhaber des Handelsgewerbes und dem stillen Gesellschafter einen **Anspruch** auf eine **garantierte, gewinn- und verlustunabhängige jährliche Mindestverzin-**

---

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>27</sup> Urteile vom 05. Juli 2018 – [IX ZR 141/17](#) – juris, Rn. 10 – und – [IX ZR 139/17](#) – juris, Rn. 10.

**sung** der Einlage des stillen Gesellschafters, so stellen die auf dieser Grundlage gezahlten Vorabvergütungen eine **Gegenleistung** für die Einlage der stillen Gesellschafter dar, die in Form einer festen Kapitalverzinsung oder garantierten Mindesttantieme zu Lasten des Kapitals geht.<sup>28</sup>

Bei einem zweigliedrigen stillen Gesellschaftsverhältnis richtet sich die **Auslegung** des Vertrags gemäß §§ 133, 157 BGB i.V.m. § 242 BGB nach dem Empfängerhorizont des beitretenden Anlegers. In **tatrichterlicher Würdigung** ist festzustellen, ob individuellen Umstände vorliegen, die ggf. eine abweichende Auslegung rechtfertigen.<sup>29</sup> Der in Form einer stillen Gesellschaft erfolgte **Beitritt** ist selbst dann **wirksam**, wenn die Gesellschaft ein sogenanntes **Schneeballsystem** betreibt. Denn es kommen dann die **Grundsätze** über die **fehlerhafte Gesellschaft** zur Anwendung. Der Geltendmachung von Ansprüchen auf Vorabvergütung kann die **Treuepflicht** des stillen Gesellschafters entgegenstehen. Ob dies der Fall ist, unterliegt der tatrichterlichen Würdigung.<sup>30</sup>

## 2.

### Recht der Partnerschaftsgesellschaft

Zum Recht der Partnerschaftsgesellschaft ergingen am 08. Mai 2018 drei im Wesentlichen gleichlautende Entscheidungen, nach denen bei einem Ausscheiden des promovierten Namensgebers aus einer Partnerschaft von **Rechtsanwälten**<sup>31</sup> oder aus einer als **Steuerberatungsgesellschaft**<sup>32</sup> oder als **Wirtschaftsprüfungsgesellschaft**<sup>33</sup> anerkannten Partnerschaft die verbleibenden Partner bei Einwilligung des Ausgeschiedenen oder seiner Erben selbst dann zur **Fortführung** des bisherigen **Na-**

---

28 a.a.O., juris, Rn. 12.

29 a.a.O., juris, Rn. 13.

30 a.a.O., juris, Rn. 14.

31 Beschluss vom 08. Mai 2018 – [II ZB 7/17](#) – juris.

32 Beschluss vom 08. Mai 2018 – [II ZB 27/17](#) – juris.

33 Beschluss vom 08. Mai 2018 – [II ZB 26/17](#) – juris.

**mens** der Partnerschaft mit dem **Dokortitel** des Ausgeschiedenen befugt sind, wenn keiner von den verbleibenden Partner promoviert hat.

Grundsätzlich muss der **Name** der **Partnerschaft** nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 PartGG den **Namen** mindestens eines **Partners** enthalten. Die Namen anderer Personen als der Partner dürfen nicht in den Namen der Partnerschaft aufgenommen werden. Dieser „wahrheitsgemäßen“ Angabe der tatsächlich in der Gesellschaft aktiven Partner kommt nach den Gesetzesmaterialien aufgrund der auf persönliche Leistungserbringung ausgerichteten Tätigkeit der Partnerschaft besonderes Gewicht zu.<sup>34</sup>

Eine **Ausnahme** gilt gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. § 24 Abs. 2 HGB jedoch dann, wenn der **namensgebende Partner ausscheidet** und in die Fortführung seines Namens **eingewilligt** hat. In diesem Fall gestattet § 24 Abs. 2 HGB die Fortführung der bisherigen Firma bzw. des bisherigen Namens der Partnerschaft und durchbricht damit in seinem Geltungsbereich (ebenso wie § 22 HGB) den in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB enthaltenen **Grundsatz der Firmenwahrheit**, um den **ideellen** und **materiellen Wert** der bisherigen Firma zu erhalten.<sup>35</sup>

Diese **Fortführungsbefugnis** gilt nach dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 HGB für die gesamte bisherige Firma und damit auch für den in der bisherigen Firma bzw. im bisherigen Namen der Partnerschaft angegebenen **Dokortitel** des **ausscheidenden Namensgebers**. Der Dokortitel ist zwar nicht Bestandteil des bürgerlichen Namens des Ausscheidenden, wohl aber als Namenszusatz Bestandteil des Namens der Gesellschaft.<sup>36</sup>

Allerdings steht auch die Fortführungsbefugnis nach § 24 HGB ihrerseits unter dem **Vorbehalt** des **Irreführungsverbots** des § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB. Auch bei Fortführung einer Firma nach § 24 HGB sind Zusätze, die im Rechtsverkehr unzutreffende Vorstellungen über Umfang und Art des

---

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

Unternehmens sowie über geschäftlich bedeutsame persönliche Verhältnisse und Eigenschaften des neuen Unternehmensträgers hervorrufen, nach § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB unzulässig. § 24 HGB setzt sich nur mit Blick auf Änderungen im Gesellschafterbestand gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit durch. Täuschende Zusätze können hingegen grundsätzlich auch bei der abgeleiteten Firma nicht hingenommen werden.<sup>37</sup> Dieser Vorbehalt des Irreführungsverbots gilt entsprechend auch für die Namensfortführung einer Partnerschaft gemäß § 2 Abs. 2 PartGG i.V.m. §§ 24 Abs. 2, 18 Abs. 2 HGB.<sup>38</sup>

Die **Fortführung des Dokortitels** nach Ausscheiden des einzigen promovierten Partners im Fall einer Partnerschaft von Rechtsanwälten, Steuerberatern, vereidigten Buchprüfern oder Wirtschaftsprüfern ist nach aber **nicht als unzulässige Irreführung** anzusehen.<sup>39</sup>

Ob sich die **generelle Wertschätzung** gegenüber einem **Dokortitel** zugunsten des jeweiligen Firmen- bzw. Namensinhabers auswirkt, hängt von der **Art** des jeweiligen **Unternehmens** ab.<sup>40</sup> Abzustellen ist dabei zum einen auf den **Geschäftsbereich**, in dem das jeweilige Unternehmen tätig ist. Zu berücksichtigen ist aber zum anderen, ob der Grund der besonderen Wertschätzung des Dokortitels, der nach der Rechtsprechung in dem Beleg für eine abgeschlossene Hochschulausbildung liegt, nicht auch bei einem nicht promovierten, die Geschicke des Unternehmens maßgeblich mitbestimmenden Partner des jeweiligen Unternehmens eingreift, weil dieser bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit als solche – ob mit oder ohne Promotion – eine akademische oder eine dem gleichzusetzende Ausbildung durchlaufen haben muss. In einem solchen Fall vermag der Dokortitel keine Irreführung über die Vorbildung der Partner zu begründen und wird das durch die Titelführung begründete besondere Vertrauen in die intellektuellen Fähigkeiten, den guten Ruf und die Zuverlässigkeit in der

---

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>38</sup> a.a.O., juris, Rn. 13, 17.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

Sache nicht enttäuscht. Eine unberechtigte Inanspruchnahme einer besonderen Wertschätzung hinsichtlich der persönlichen Qualitäten der Partner und der Güte der von ihnen angebotenen Dienstleistungen liegt dann nicht vor.<sup>41</sup> Hiernach ist **keine Irreführung** gegeben, wenn es sich um eine **Partnerschaft von Rechtsanwälten oder Steuerberatern oder vereidigten Buchprüfern** oder von **Wirtschaftsprüfern** handelt, bei der alle Partner, ob promoviert oder nicht, eine akademische Ausbildung abgeschlossen haben müssen.

Die **Zulassung als Rechtsanwalt** setzt gemäß § 4 Satz 1 Nr. 1 BRAO grundsätzlich die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz und damit gemäß § 5 Abs. 1 DRiG den Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Universitätsstudiums voraus. Die besondere Wertschätzung, die dem Dokortitel aufgrund der darin zum Ausdruck kommenden abgeschlossenen Hochschulausbildung von der breiten Öffentlichkeit entgegengebracht wird, ist daher in der Sache auch bei sämtlichen Partnern begründet. Eine Eignung zur Irreführung über wesentliche Umstände, die der Fortführungsberechtigung nach § 24 Abs. 2 HGB entgegenstehen könnte, liegt dann nicht vor.<sup>42</sup>

Bei **Steuerberatern** oder **vereidigten Buchprüfern** liegt es nicht anders. Die Bestellung zum Steuerberater erfolgt gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1, § 35 Abs. 1 Satz 1 StBerG bei bestandener Steuerberaterprüfung oder Befreiung von dieser Prüfung gemäß § 38 StBerG. Voraussetzung für die Zulassung zur Steuerberaterprüfung ist gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StBerG u.a. ein abgeschlossenes wirtschafts- oder rechtswissenschaftliches Hochschulstudium oder ein anderes Hochschulstudium mit wirtschaftswissenschaftlicher Fachrichtung. Zwar können nach § 36 Abs. 2 StBerG auch Bewerber ohne abgeschlossenes Hochschulstudium zur Steuerberaterprüfung zugelassen werden, wenn sie mindestens zehn bzw. mindestens sieben Jahre nach Abschluss einer kaufmännischen Ausbildung oder ei-

---

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

ner gleichwertigen Vorbildung in den in dieser Vorschrift genannten Bereichen praktisch tätig waren. Aus der Gleichsetzung dieser praktischen Tätigkeit mit dem Nachweis einer abgeschlossenen akademischen Hochschulausbildung ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber diese Qualifikation einer akademischen Ausbildung gleichwertig erachtet und den Bewerbern die gleiche Befähigung und Eignung für den Bereich der Steuerberatung beimisst. Gleiches gilt für die in § 38 StBerG genannten Fälle, in denen eine Befreiung von der Steuerberaterprüfung möglich ist.

Eine Bestellung zum **vereidigten Buchprüfer** bedurfte nach §§ 128 Abs. 1, 131b des Gesetzes über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Gesetz vom 05. November 1975 [BGBl. I 1975, 2803] Wirtschaftsprüferordnung in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung (im Folgenden: WiPrO a.F.) einer bestandenen Prüfung nach § 131a WiPrO a.F. Die Zulassung zu dieser Prüfung setzte gemäß § 131 WiPrO a.F. u.a. voraus, dass der Bewerber im Zeitpunkt der Antragstellung Steuerberater oder Rechtsanwalt war und damit wiederum grundsätzlich den Abschluss einer akademischen oder einer dem gleichzusetzenden Ausbildung.

Soweit es um eine als **Wirtschaftsprüfungsgesellschaft** anerkannte Partnerschaftsgesellschaft geht, setzt diese Anerkennung gemäß § 1 Abs. 3 des Gesetzes über eine Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer (Wirtschaftsprüferordnung; im Folgenden: WiPrO) den Nachweis voraus, dass die Gesellschaft von Wirtschaftsprüfern verantwortlich geführt, d.h. maßgeblich mitbestimmt wird (siehe § 28 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 WiPrO). Wirtschaftsprüfer/-innen bedürfen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WiPrO der öffentlichen Bestellung, die gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 WiPrO den Nachweis der persönlichen und fachlichen Eignung im Zulassungs- und staatlichen Prüfungsverfahren voraussetzt. Voraussetzung für die Zulassung zu diesem Prüfungsverfahren ist gemäß § 8 Abs. 1 WiPrO wiederum der Nachweis einer abgeschlossenen Hochschulausbildung. Auf diesen Nachweis kann zwar gemäß § 8 Abs. 2 WiPrO verzichtet werden, wenn die Bewerbenden sich in mindestens zehnjähriger praktischer Tätigkeit als Beschäf-

tigte bei einem der in Nr. 1 der Vorschrift genannten Arbeitgeber bewährt haben oder gemäß Nr. 2 der Vorschrift mindestens fünf Jahre als vereidigter Buchprüfer/-in oder als Steuerberater/-in tätig waren. Aus der Gleichsetzung dieser praktischen Bewährung bzw. Berufstätigkeit mit dem Nachweis einer abgeschlossenen akademischen Hochschulausbildung ergibt sich aber auch hier, dass der Gesetzgeber diese Qualifikation jedenfalls für den Bereich der Wirtschaftsprüfung einer akademischen Ausbildung gleichwertig erachtet und den Bewerbern mit entsprechender Vorbildung die gleiche Befähigung und Eignung für den Beruf des Wirtschaftsprüfers beimisst.

### **3. Recht der Personenhandelsgesellschaft**

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

#### **a)**

Wer durch entscheidungserhebliche Prospektfehler zum Beitritt zu einer KG bewogen worden ist, kann im Rahmen der Prospekthaftung im weiteren Sinne grundsätzlich nicht nur Rückabwicklung der Beteiligung verlangen, sondern auch an der Anlage festhalten und einen etwaigen Minderwert der Kommanditbeteiligung im Zeichnungszeitpunkt als ersatzfähigen Schaden geltend machen.<sup>43</sup>

Dem Ersatz des Vertrauensschadens durch Herabsetzung des Einlagebetrags steht nicht entgegen, dass die Beteiligungssumme der Kommanditisten durch die Mindestkommanditeinlage und das aufzubringende Kommanditkapital vertraglich vorgegeben ist und das beabsichtigte Geschäftsmodell der Gesellschaft ohne die vorgegebene Beteiligung nicht oder nur mittels anderweitiger Finanzierung zu verwirklichen gewesen sein mag.

---

<sup>43</sup> Urteil vom 25. September 2018 – [II ZR 27/17](#) – juris, Rn. 8, 11.

Denn der **tatsächliche Beteiligungswert** ist nur ein **Rechnungsposten** bei der **Schadensberechnung**. Es ist deswegen unerheblich, ob der Anleger seine Beteiligungen tatsächlich gegen Zahlung eines Betrags in der Höhe des von ihnen behaupteten geringeren Werts der Beteiligung hätten zeichnen können.<sup>44</sup> Eine teilweise Erstattung des Anlagebetrags als „kleiner Schadensersatz“ führt nicht zu einem Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung wegen teilweiser Rückerstattung der Einlage gemäß § 172 Abs. 4 HGB. Denn eine etwaige Schadensersatzzahlung hat keinen Einfluss auf das von dem Anleger in voller Höhe eingebrachte und der KG weiterhin zur Verfügung stehende Kommanditkapital.<sup>45</sup>

**b)**

Demjenigen, der selbst oder durch einen Verhandlungshelfen einen Vertragsschluss anbahnt, obliegen Schutz- und Aufklärungspflichten gegenüber seinem Verhandlungspartner, bei deren Verletzung er auf Schadensersatz haftet, § 280 Abs. 1, 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB. Abgesehen etwa 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 **KG** grundsätzlich die schon zuvor beigetretenen Gesellschafter. Denn der Aufnahmevertrag wird bei einer Personengesellschaft zwischen dem neu eintretenden Gesellschafter und den **Altgesellschaftern** geschlossen.<sup>46</sup> Den Altgesellschafter trifft danach die **Pflicht**, einem Beitrittsinteressenten für seine Beitrittsentscheidung ein zutreffendes Bild über das Beteiligungsobjekt zu vermitteln und ihn über alle Umstände, die für seine Anlageentscheidung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, insbesondere über die mit der angebotenen speziellen Beteiligungsform verbundenen Nachteile und Risiken zutreffend, verständlich und vollständig aufzuklären.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>46</sup> Urteil vom 24. Juli 2018 – [II ZR 305/16](#) – juris, Rn. 8.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.



Als **Mittel der Aufklärung** kann es genügen, wenn dem Anlageinteressenten statt einer mündlichen Aufklärung im Rahmen des Vertragsanbahnungsgesprächs ein **Prospekt** über die **Kapitalanlage** überreicht wird, sofern dieser nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen **Informationen** wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und dem Anlageinteressenten so **rechtzeitig** vor dem Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann. Vermittelt der Prospekt hinreichende Aufklärung, ist dies allerdings selbstverständlich **kein Freibrief** für den Berater oder Vermittler, **Risiken abweichend** hiervon darzustellen und mit seinen Erklärungen ein Bild zu zeichnen, das die Hinweise im Prospekt entwertet oder für die Entscheidung des Anlegers mindert. Der aufklärungspflichtige Altgesellschafter, der sich zu den vertraglichen Verhandlungen über einen Beitritt eines von der Komplementärin der Fondsgesellschaft eingeschalteten **Vertriebs** bedient und daher diesem oder von diesem eingeschalteten **Untervermittlern** die von ihm geschuldete Aufklärung der Beitrittsinteressenten überlässt, haftet dabei 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.<sup>48</sup>

Derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, trägt dafür die **Darlegungs- und Beweislast**. Die mit dem Nachweis einer **negativen Tatsache** verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei im Rahmen ihrer **sekundären Darlegungslast** die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten beziehungsweise aufgeklärt worden sein soll, und dem Anspruchsteller sodann der Nachweis obliegt, dass diese Darstellung nicht zutrifft. Diese Grundsätze gelten auch für behauptete Aufklärungs- und Beratungsmängel im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage.<sup>49</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für einen Verzicht auf

---

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

eine Aufklärung über die Nachteile und Risiken der jeweiligen Beteiligung obliegt dem Aufklärungspflichtigen.<sup>50</sup>

Seite 18 von 58

c)

Bei einer **mehrgliedrigen stillen Gesellschaft** darf die Durchsetzung eines über den **Abfindungsanspruch** hinausgehenden **Schadensersatzanspruchs** des **stillen Gesellschafters** gegen den Geschäftsinhaber wegen einer **vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung** die gleichmäßige Befriedigung der Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der übrigen stillen Gesellschafter nicht gefährden. Eine solche Gefährdung des schutzwürdigen Interesses der übrigen Anleger an einer geordneten Abwicklung droht nicht, wenn und soweit das Vermögen des Geschäftsinhabers im Zeitpunkt der Entscheidung über den Schadensersatzanspruch eines einzelnen Anlegers sowohl die zu diesem Zeitpunkt bestehenden (hypothetischen) Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche aller stillen Gesellschafter als auch den Schadensersatzanspruch des betreffenden Anlegers deckt. Hierbei obliegt es dem beklagten Geschäftsinhaber, der sich auf eine mangelnde Durchsetzbarkeit des Schadensersatzanspruchs berufen will, darzulegen und ggf. zu beweisen, ob und in welcher Höhe (hypothetische) Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der anderen stillen Gesellschafter bestehen und ob das danach verbleibende Vermögen des Geschäftsinhabers ausreicht, um die Klageansprüche zu befriedigen.<sup>51</sup>

Wird die Gesellschaft insoweit verurteilt, **Auskunft** zu **erteilen** über das **Abfindungsguthaben** sowie über ihr **Vermögen** einschließlich der **Abfindungsansprüche der übrigen stillen Gesellschafter**, so dient die zu erteilende Auskunft der Klärung der Frage, ob und ggf. in welcher Höhe die Klägerin einen nach Anrechnung eines Abfindungsguthabens möglicherweise bestehenden Schadensersatzanspruch durchsetzen kann. Zur Klärung dieser Frage ist eine fiktive Auseinandersetzungsrechnung nach

---

<sup>50</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>51</sup> Beschluss vom 19. Juni 2018 – [II ZR 44/16](#) – juris, Rn. 4.

Maßgabe des Gesellschaftsvertrags jedenfalls dann vorzunehmen, wenn sich die verklagte Gesellschaft nicht auf die den Belangen der Klägerin genügende Auskunft beschränken will, dass ihr Vermögen zur Befriedigung aller in Rede stehender Ansprüche ausreicht.<sup>52</sup> Hierbei ist im Blick zu behalten, dass die fiktive, auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Schadensersatzanspruch zu beziehende Auseinandersetzungsrechnung lediglich eine mögliche Gefährdung der Abfindungs- oder Auseinandersetzungsansprüche der anderen stillen Gesellschafter aufdecken soll. Eine endgültige Antwort darauf, ob und in welcher Höhe an die anderen Gesellschafter ein Abfindungs- oder Auseinandersetzungsguthaben letztlich auszuzahlen sein wird, kann die fiktive Auseinandersetzungsrechnung nicht geben.<sup>53</sup> Der **Wert des Beschwerdegegenstandes** der Verurteilung zur Auskunftserteilung bemisst sich im Wesentlichen danach, welcher **Aufwand an Zeit und Kosten** erforderlich ist, um die aufgegebenen Auskünfte zu erteilen.<sup>54</sup>

**d)**

Für eine (Publikums-) **KG** gilt regelmäßig das kapitalgesellschaftsrechtliche System, nach dem **Beschlussmängelstreitigkeiten** zwischen dem eine Beschlussfassung beanstandenden Gesellschafter und der Gesellschaft auszutragen sind.<sup>55</sup>

Die gesetzlichen Vorschriften über die **Beteiligung der Kommanditisten an Maßnahmen der Geschäftsführung** können nach §§ 164, 161 Abs. 1, § 116 HGB, wie sich aus §§ 109, 161 Abs. 2, § 163 HGB ergibt, durch den Gesellschaftsvertrag geändert werden.<sup>56</sup>

Der **Gesellschaftsvertrag** einer **Publikumsgesellschaft** ist **objektiv auszulegen**. Diese Auslegung kann der Bundesgerichtshof selbständig

---

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>53</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 2.

<sup>55</sup> Urteil vom 11. September 2018 – [II ZR 307/16](#) – juris, Rn. 12.

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

vornehmen. Bei einer von dem grundsätzlich dispositiven gesetzlichen Einstimmigkeitsprinzip (§ 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB) abweichenden Verankerung der Mehrheitsmacht im Gesellschaftsvertrag ist zunächst – gegebenenfalls durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags – zu prüfen, ob der betreffende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen ist. Bei dieser Prüfung geht es nur um die formelle Legitimation für Mehrheitsentscheidungen auf der Grundlage einer Mehrheitsklausel, die als solche eine wertneutrale Verfahrensregel ist, deren Vor- und Nachteile allen Gesellschaftern von Fall zu Fall zugutekommen können. Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist der frühere **Bestimmtheitsgrundsatz** auch **nicht** in Gestalt einer Auslegungsregel des Inhalts **zu berücksichtigen**, dass allgemeine Mehrheitsklauseln restriktiv auszulegen sind oder Beschlussgegenstände, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, jedenfalls von allgemeinen Mehrheitsklauseln, die außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurden, regelmäßig nicht erfasst werden. Eine solche Auslegungsregel findet im Gesetz keine Stütze. Diese Grundsätze gelten entsprechend für die Frage, ob das Zustimmungserfordernis sämtlicher Gesellschafter gemäß § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2 HGB durch eine allgemeine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag abbedungen wurde. Für Publikumspersonengesellschaften findet der Bestimmtheitsgrundsatz keine Anwendung. Bei solchen Gesellschaften besteht offensichtlich die Notwendigkeit, den Gesellschaftsvertrag durch Mehrheitsbeschluss ändern zu können.<sup>57</sup> Eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Mehrheitsklausel, die unter dem Vorbehalt abweichender gesetzlicher Bestimmungen steht, ist dabei typischerweise dahin auszulegen, dass die Mehrheitsklausel dispositiven gesetzlichen Regelungen vorgeht.<sup>58</sup>

Bei Beschlussfassungen der Gesellschafter über die **Entlastung** eines Gesellschafter, die **Einleitung** eines **Rechtsstreits** oder die außergegerichtliche **Geltendmachung** von **Ansprüchen** gegen einen Gesellschafter

---

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>58</sup> a.a.O., juris.

sowie die **Befreiung** eines Gesellschafters von einer **Verbindlichkeit** unterliegt der betroffene Gesellschafter auch im Personengesellschaftsrecht einem **Stimmverbot**. Dem liegt der **allgemein geltende Grundsatz** (vgl. § 712 Abs. 1, §§ 715, 737 Satz 2 BGB; § 34 BGB, § 47 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 und Satz 2 Alt. 2 GmbHG, § 43 Abs. 6 GenG, § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG) zugrunde, dass **niemand Richter in eigener Sache** sein darf. Ein irgendwie gearteter **Konflikt** zwischen den außergesellschaftlichen Interessen des Gesellschafters und denen der Gesellschaft **genügt** für die Annahme eines Stimmverbots **nicht** (§ 47 Abs. 4 GmbHG).<sup>59</sup>

Ein Stimmverbot, dem ein Gesellschafter unterliegt, erstreckt sich nicht ohne weiteres auf seinen **Ehegatten**. Ebenso kann ein Stimmverbot für einen Gesellschafter nicht allein aus dem **Näheverhältnis** zu seinem Ehegatten hergeleitet werden, da nicht typischerweise davon ausgegangen werden kann, dass Ehegatten den Interessen des jeweils anderen oder ggf. dadurch vermittelten eigenen (privaten) Interessen stets den Vorzug vor den Interessen der Gesellschaft geben.<sup>60</sup>

Weist der Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung eine Beschlusskompetenz hinsichtlich aller Angelegenheiten der Gesellschaft zu, ist ihr damit auch die Möglichkeit eröffnet, der Geschäftsführung Weisungen in Angelegenheiten der Geschäftsführung zu erteilen.<sup>61</sup> Die Gesellschafter unterliegen bei einem die Ausübung des Weisungsrechts gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter betreffenden Beschluss einer gesteigerten **Treuepflicht**, nach der das Stimmrecht unter Wahrung der Interessen der Gesellschaft uneigennützig zu erfolgen hat.<sup>62</sup>

#### e)

Eine **Gesamtrechtsnachfolge** tritt auch ein, wenn aus einer **zweigleedrigen Personenhandelsgesellschaft** der vorletzte Gesellschafter **aus-**

---

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

**scheidet.** Dies führt vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Gesellschafter zur liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft; das Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter kraft Gesetzes über. Es kommt zur **Anwachsung** des Gesellschaftsvermögens bei dem allein verbleibenden „Gesellschafter“. Hierbei handelt es sich um einen allgemeinen, ungeschriebenen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz, den auch der Gesetzgeber anerkennt (vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 66) und der in der Literatur nicht in Frage gestellt wird. Die Gesellschafter haben zudem die Möglichkeit, bereits in dem Gesellschaftsvertrag ausdrücklich eine Regelung zu treffen, wonach im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters und Verbleibens nur eines Gesellschafters das Vermögen der Gesellschaft ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den allein verbleibenden Gesellschafter übergehen soll. Entsprechendes gilt bei einer späteren Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile auf einen einzigen verbleibenden Gesellschafter.<sup>63</sup>

Damit besteht strukturell eine Situation, die mit der mit einem Erbfall verbundenen Universalsukzession vergleichbar ist. Das mit **§ 40 Abs. 1 GBO** verfolgte Anliegen des Gesetzgebers, den Beteiligten unnötige Kosten zu ersparen, weil die vorherige Eintragung der Erben weder zur Vereinfachung der Grundbuchführung noch durch Interessen Dritter geboten sei, rechtfertigt auch bei einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge die entsprechende Anwendung der Vorschrift.<sup>64</sup> **§ 40 Abs. 1 GBO** findet **entsprechende Anwendung**, wenn in Vorbereitung der Übertragung eines Rechts zunächst nur eine **Vormerkung** in das Grundbuch eingetragen werden soll.<sup>65</sup>

Diese **Gesamtrechtsnachfolge** ist **grundbuchverfahrensrechtlich** (§ 29 Abs. 1 GBO) jedenfalls dann **nachgewiesen**, wenn zum einen die notariell beglaubigte Handelsregisteranmeldung beider Gesellschafter, aus der sich die zur Gesamtrechtsnachfolge führende Rechtsänderung ergibt,

---

<sup>63</sup> Beschluss vom 05. Juli 2018 – [V ZB 10/18](#) – juris, Rn. 10.

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

oder eine notariell beglaubigte Ausscheidensvereinbarung der Gesellschafter vorgelegt werden und zum anderen das Ausscheiden des Gesellschafters sowie das Erlöschen der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist.<sup>66</sup>

f)

Der gegen einen **Treugeber** gerichtete **Anspruch auf Leistung der Einlage** steht unmittelbar der **Gesellschaft** zu, wenn der Treugeber im Innenverhältnis die Stellung eines unmittelbaren Gesellschafters (Quasi-Gesellschafter) hat bzw. haben soll. Aus dieser Stellung ergeben sich einerseits gegen die Gesellschaft bestehende Rechte der Treugeber; andererseits können gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen wie die Verpflichtung zur Leistung der Einlage im Innenverhältnis die Treugeber unmittelbar treffen.<sup>67</sup>

Im Fall einer sog. **offenen** oder **qualifizierten Treuhand**, gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung **zahlreicher Geldgeber**, können die an der Gesellschaft Beteiligten ihr **gesellschafterliches Innenverhältnis** so gestalten, als ob die **Treugeber selbst Gesellschafter** wären. Ein solches Vertragsverhältnis mit den Gesellschaftern ist regelmäßig anzunehmen, wenn wie bei Publikumsgesellschaften häufig die mittelbare Beteiligung erst noch zu werbender Anleger und damit eine **Verzahnung** von **Gesellschaft** und **Treuhand** im Gesellschaftsvertrag von vornherein vorgesehen ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind.<sup>68</sup>

Der **Anspruch auf Leistung** der noch **offenen Einlageforderung** entfällt nicht aufgrund einer Abwicklungsanordnung der BaFin gemäß § 38 KWG.<sup>69</sup> Die Abwicklungsanordnung wirkt gemäß § 38 Abs. 1 Satz 2 KWG

---

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>67</sup> Urteil vom 15. Mai 2018 – [II ZR 92/16](#) – juris, Rn. 14; sowie Urteil vom 15. Mai 2018 – [II ZR 99/17](#). – Siehe auch noch Teilversäumnis- und Endurteil vom 24. Juli 2018 – [II ZR 103/17](#) – juris, Rn. 17.

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

wie ein gesellschafts- bzw. handelsrechtlicher Auflösungsbeschluss und führt zur Liquidation des Unternehmens. Der nach § 38 Abs. 2 KWG bestellte Abwickler hat grundsätzlich die gleiche Stellung wie ein von den Gesellschaftsorganen oder Gesellschaftern bestellter Liquidator und damit u.a. die Aufgabe, rückständige Einlagen einzuziehen, wenn und soweit sie für die Durchführung der Liquidation, insbesondere für die Befriedigung der Gläubiger benötigt werden.<sup>70</sup>

Die **Einforderung** der rückständigen **Einlage** stellt auch **kein neues, werbedes Geschäft** dar, das der Gesellschaft ab dem Zeitpunkt der sofort vollziehbaren Abwicklungsanordnung gemäß § 38 KWG, § 149 HGB grundsätzlich untersagt wäre. Es handelt sich lediglich um die Abwicklung der bereits bestehenden vertraglichen Vereinbarungen, die zudem dem geänderten, der Abwicklungsanordnung entsprechenden Gesellschaftszweck der Liquidation dienen soll. Aus diesem Grund entfällt die Leistungspflicht des in Anspruch genommenen Gesellschafters auch nicht deshalb, weil es der Gesellschaft aufgrund des behördlichen Verbots untersagt wäre, „neue“ Einlagen entgegenzunehmen und die Kommanditanteile der Anleger in der Liquidation vertragsgemäß entsprechend zu erhöhen (§ 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB).<sup>71</sup>

Eine erklärte **Anfechtung** der Beteiligung wegen **arglistiger Täuschung** lässt die Zahlungspflicht ebenfalls nicht entfallen. Die Anfechtung einer Beteiligung wegen Arglist ist in der **Liquidation** der Gesellschaft **ausgeschlossen**.<sup>72</sup> Bei Auflösung der Gesellschaft vor der Anfechtung des Gesellschafters ist es nicht mehr erforderlich, ihm das Ausscheiden durch außerordentliche Kündigung als Ersatz für die ihm eigentlich zustehende Auflösungsklage zu ermöglichen. Darüber hinaus verbietet das Interesse an einer reibungslosen und zügigen Liquidation ein gesondertes Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters während des Auseinandersetzungsverfahrens. Das gilt nicht nur für ein Ausscheiden aus der Gesellschaft im

---

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.



Wege der außerordentlichen, sondern auch im Wege der ordentlichen Kündigung.<sup>73</sup>

Seite 25 von 58

Grundsätzlich dürfen **ausstehende Einlagen** im Rahmen der **Liquidation** einer **Fondsgesellschaft** nur eingefordert werden, wenn und soweit dies zur Durchführung der Abwicklung, d.h. für die Befriedigung der Gläubiger oder für liquidationszweckgemäße Tätigkeiten erforderlich ist. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der eingeforderte Betrag für die Abwicklung nicht benötigt wird, obliegt dem Gesellschafter. Der Liquidator hat jedoch die insoweit bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzustellen, soweit nur er dazu imstande ist; er hat im Einzelnen darzulegen, wozu die eingeforderten Beträge im Rahmen der Abwicklung benötigt werden. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Beurteilung dieser Erforderlichkeit ist der **Schluss** der **mündlichen Verhandlung**, so dass auch eine etwaige **positive Entwicklung** der Liquiditätssituation im Laufe des Verfahrens zu **berücksichtigen** ist. Nur solange der Einzug aufgrund der schlechten Liquiditätslage noch erforderlich ist, kann der Liquidator auch sein Ermessen hinsichtlich des Umfangs der Inanspruchnahme einzelner Gesellschafter ausüben.<sup>74</sup>

Der Abwickler ist zwar jedenfalls bei einer Publikums-KG auch ohne gesellschaftsvertragliche Ermächtigung zur Einforderung rückständiger Einlagen zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern befugt, sofern keine anderweitige gesellschaftsvertragliche Regelung existiert.<sup>75</sup>

Eine **Einforderung** rückständiger Einlagen zum Ausgleich zwischen den Gesellschaftern kommt im Regelfall jedoch **erst** dann in Betracht, wenn und soweit ein im Rahmen der **Auseinandersetzungsberechnung** zu erstellender Ausgleichsplan einen **Passivsaldo** zu Lasten des in An-

---

<sup>73</sup> vgl. Teilversäumnis- und Endurteil vom 24. Juli 2018 – [II ZR 103/17](#) – juris, Rn. 21.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>75</sup> a.a.O., juris, Rn. 38. – Ebenso Urteil vom 15. Mai 2018 – [II ZR 119/16](#) – juris, Rn. 24.

spruch genommenen Gesellschafters aufweist. Das gilt grundsätzlich auch im Fall einer Publikumsgesellschaft.<sup>76</sup>

#### 4.

### Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

#### a)

Die für die **Erfüllung** der **Einlageschuld** (§ 19 Abs. 1 GmbHG) erforderliche Leistung liegt zur freien Verfügung des Geschäftsführers (§ 8 Abs. 2 GmbHG) nicht vor, wenn der eingezahlte Einlagebetrag absprachegemäß umgehend an den Inferenten zurückfließt.<sup>77</sup>

Die **Umgehung** der **Kapitalaufbringungsregeln** setzt zwar **keine personelle Identität** zwischen **Inferent** und **Auszahlungsempfänger** voraus. Ausreichend, aber auch erforderlich ist bei der Weiterleitung der Einlage Mittel an einen Dritten, dass der Inferent dadurch in gleicher Weise begünstigt wird wie durch eine unmittelbare Leistung an ihn selbst. Mittelbar zugute kommt dem Inferenten die Leistung insbesondere, wenn die Zahlung an ein von ihm beherrschtes Unternehmen weitergeleitet wird.<sup>78</sup> Für die Würdigung, dass der Inferent in gleicher Weise begünstigt wurde, wie durch eine unmittelbare Leistung an sie selbst, bedarf es der Feststellung über den Verbleib des Geldes.<sup>79</sup>

Sollte das Vermögen der Gesellschaft **vor** ihrer **Eintragung** in das **Handelsregister** aufgezehrt gewesen sein, ist einer Einstandspflicht unter dem Gesichtspunkt der **Unterbilanzhaftung** nachzugehen.<sup>80</sup> Von einer

---

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>77</sup> Urteil vom 12. Juni 2018 – [II ZR 229/16](#) – juris, Rn. 9.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>80</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

der Bestimmung des **§ 30 GmbHG** zuwider geleisteten Zahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen kann **erst nach Eintragung** der Gesellschaft im **Handelsregister** die Rede sein. Vor diesem Zeitpunkt entfalten die Regeln des GmbHG zur Kapitalerhaltung keine Wirkung, so dass im Blick auf zuvor geleistete Zahlungen ein Anspruch auch nicht auf § 43 Abs. 3 GmbHG gestützt werden kann.<sup>81</sup>

**b)**

**Übriger Gesellschafter** i.S.d. **§ 24 GmbHG** ist auch derjenige, der seine **Gesellschafterstellung erst nach Fälligkeit** der **Einlageforderung**, derentwegen das Kaduzierungsverfahren eingeleitet wurde, **erworben** hat. § 24 GmbHG enthält seinem **Wortlaut** nach **keine Unterscheidung** danach, ob die übrigen Gesellschafter ihre Gesellschafterstellung vor oder erst nach Fälligkeit der dem Kaduzierungsverfahren zugrundeliegenden Forderung erworben haben. Gegen eine solche Unterscheidung spricht zudem der **Schutzzweck** des § 24 GmbHG. Die Vorschrift dient der Sicherung der **Kapitalaufbringung** und dem damit verknüpften **Gläubigerschutz**. Sie ist Ausdruck der **subsidiären Gesamtverantwortung** sämtlicher Gesellschafter für die Aufbringung des Stammkapitals. Diese Verantwortung trifft grundsätzlich alle Gesellschafter, die ab Fälligkeit der betreffenden Einlageforderung Mitglied der Gesellschaft sind, bis der rückständige Betrag erbracht worden ist. Zu welchem Zeitpunkt sie in diesem Zeitraum ihre Gesellschafterstellung erworben haben, ist dabei ohne Belang.<sup>82</sup>

Das gilt auch, wenn ein **Geschäftsanteil** durch **Teilung** des Anteils des bisherigen Alleingesellschafters, der seine fällige Einlageschuld nicht erbracht hat, entstanden und ihm übertragen worden ist. Auch ein Gesellschafter, der seine Gesellschafterstellung nur in der Zeit zwischen der Fälligkeit der Einlageforderung, derentwegen das Kaduzierungsverfahren betrieben wird, und dem Eintritt der Voraussetzungen der § 21 GmbHG

---

<sup>81</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>82</sup> Urteil und Versäumnisurteil vom 18. September 2018 – [II ZR 312/16](#) – juris, Rn. 12.

bis § 23 GmbHG innehatte (sog. Zwischenerwerber), haftet nach § 24 GmbHG.<sup>83</sup>

Seite 28 von 58

**Voraussetzung** der **Ausfallhaftung** der weiteren Gesellschafter ist grundsätzlich, dass eine **Inanspruchnahme** des **kaduzierten Gesellschafters** aus seiner Ausfallhaftung gemäß § 21 Abs. 3 GmbHG **erfolglos** war oder **aussichtslos** ist. Im Regelfall ist ein erfolgloser Zwangsvollstreckungsversuch erforderlich. Hiervon kann allerdings dann abgesehen werden, wenn eine Inanspruchnahme des Kaduzierten nach den Umständen von vorneherein offensichtlich aussichtslos ist, etwa weil er die eidesstattliche Versicherung abgegeben hat oder insolvent ist.<sup>84</sup>

**Nicht erforderlich** sind auch **Beitreibungsmaßnahmen**, die nach den konkreten Umständen im Hinblick auf den Zweck des Kaduzierungsverfahrens, eine effektive und zügige Kapitalaufbringung der Gesellschaft sicherzustellen, **nicht** mehr **zumutbar** sind. In einem solchen Fall haben die Interessen der einzelnen Gesellschafter zurückzutreten, zumal sie ihrerseits bei dem kaduzierten Gesellschafter Regress nehmen können. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Beitreibung bei dem kaduzierten Gesellschafter zwar nicht völlig aussichtslos, er aber **zahlungsunfähig** i.S.v. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist und die Beitreibung wegen seines geringen pfändbaren Einkommens nur in geringen Raten über einen unverhältnismäßig langen Zeitraum möglich wäre. Ebenso ist die Gesellschaft nicht gehalten, wegen **anfechtbarer Rechtshandlungen** des kaduzierten Gesellschafters im **Ausland** einen Anfechtungsprozess gegen Dritte zu führen und dort ggfls. aus einem obsiegenden Urteil mit unsicherer Aussicht auf Erfolg zu vollstrecken.<sup>85</sup>

Für die **Verjährung** des Anspruchs aus § 24 GmbHG gilt mangels gesetzlich geregelter Sonderverjährung die **dreijährige Regelverjährung** ge-

---

<sup>83</sup> a.a.O., juris, Rn. 16 f.

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 49.

mäß **§§ 195, 199 BGB**.<sup>86</sup> Die für die Einlageleistung geltende zehnjährige Sonderverjährung nach § 19 Abs. 6 GmbHG ist nicht analog anwendbar.<sup>87</sup>

**c)**

Ein **Einziehungsbeschluss** ist entsprechend **§ 241 Nr. 3 AktG nichtig**, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt **nicht** aus **freiem**, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden **Vermögen** der Gesellschaft gezahlt werden kann.<sup>88</sup> Ein Einziehungsbeschluss ist in diesem Fall **auch dann unwirksam**, wenn die Gesellschaft über ausreichende **stille Reserven** verfügt, deren Auflösung für sie zumutbar ist.<sup>89</sup>

Denn die hier in Rede stehende Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses dient in Anwendung der § 30 Abs. 1, § 34 Abs. 3 GmbHG dem **Grundsatz der Kapitalerhaltung** und damit dem **Schutz der Gesellschaftsgläubiger**. Für das im Gläubigerinteresse bestehende **Auszahlungsverbot** nach **§ 30 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 3 GmbHG** gilt eine **bilanzielle Betrachtungsweise**. Auszahlungen an (ausgeschiedene) Gesellschafter dürfen nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen. Deren Vorliegen bestimmt sich nicht nach den Verkehrswerten, sondern nach den Buchwerten einer stichtagsbezogenen Handelsbilanz; stille Reserven finden demnach keine Berücksichtigung.<sup>90</sup>

Diese der Kapitalerhaltung dienenden Regelungen können nicht unter Hinweis darauf überspielt werden, dass die Gesellschaft über stille Reserven verfüge, die aufgelöst werden könnten. Die bloße Möglichkeit einer Auflösung stiller Reserven steht einer hinreichenden Ausstattung der Gesellschaft mit ungebundenem Vermögen nicht gleich. Zwischen den durch §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG begrenzten Zahlungspflichten der Gesellschaft gegenüber einem ausgeschiedenen Gesellschafter und den auf

---

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 57.

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 49.

<sup>88</sup> Urteil vom 26. Juni 2018 – [II ZR 65/16](#) – juris, Rn. 13.

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Pflichten der Mitgesellschafter, die das Kapitalerhaltungsgebot nicht berühren, ist daher strikt zu unterscheiden. So ist die Gesellschaft auch nach einem wirksam gefassten Einziehungsbeschluss gemäß §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG an einer späteren Bezahlung der Abfindung gehindert, soweit sie nicht aus freiem Vermögen geleistet werden kann. Das Vorhandensein stiller Reserven ändert hieran nichts. Gerade deshalb besteht in dem Fall, dass der Einziehungsbeschluss wirksam ist, sich das freie Vermögen aber später als unzureichend erweist und die Gesellschaft die geschuldete Abfindung wegen der Sperre aus §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG nicht auszahlen darf, ein Bedürfnis für eine **persönliche Haftung** der anderen **Gesellschafter**, die unter bestimmten Voraussetzungen, etwa weil sie eine Auflösung stiller Reserven treupflichtwidrig unterlassen, zur anteiligen Zahlung der Abfindung verpflichtet sind.<sup>91</sup>

Ist der **Einziehungsbeschluss nichtig**, weil schon bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt **nicht** aus **freiem Vermögen** gezahlt werden kann, ist allerdings auch **kein Raum** für eine **subsidiäre Haftung** der **anderen Gesellschafter**. Im Hinblick auf ein berechtigtes Interesse des betroffenen Gesellschafters daran, an einem Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht dauerhaft gehindert zu sein, können die anderen Gesellschafter aber aus der gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht gehalten sein, Maßnahmen zu ergreifen, die ein Ausscheiden ermöglichen; so können sie etwa verpflichtet sein, auf eine Auflösung stiller Reserven hinzuwirken.<sup>92</sup>

#### d)

Das **Registergericht** hat zwar **keine inhaltliche Prüfpflicht**. Es darf aber jedenfalls prüfen, ob eine eingereichte Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des **§ 40 GmbHG** entspricht. Bei Beanstandungen darf es die Entgegennahme verweigern. Diese **formale Prüfungsbefugnis** um-

---

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>92</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

fasst insbesondere auch die Überprüfung der Vollständigkeit der nach § 40 Abs. 1 GmbHG erforderlichen Angaben.<sup>93</sup>

§ 40 Abs. 1 GmbHG ist durch Art. 14 des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni 2017 (BGBl. I 2017, 1822, 1863 f.) mit Wirkung ab dem 26. Juni 2017 geändert worden. Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sind jetzt bei nicht in ein Register eingetragenen Gesellschaften deren jeweilige Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort in die Gesellschafterliste aufzunehmen. Dies gilt auch für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>94</sup>

Die **Anwendbarkeit** der **Neuregelung** richtet sich nach der hierzu ergangenen **Übergangsvorschrift** in **§ 8 EGGmbHG**. Danach finden § 8 Abs. 1 Nr. 3 und § 40 Abs. 1 Satz 1 bis 3 GmbHG in der seit dem 26. Juni 2017 geltenden Fassung auf GmbHs, die am 26. Juni 2017 in das Handelsregister eingetragen sind, mit der Maßgabe Anwendung, dass die geänderten Anforderungen an den Inhalt der Liste der Gesellschafter erst dann zu beachten sind, wenn aufgrund einer **Veränderung** nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in der vor dem 26. Juni 2017 geltenden Fassung eine **Liste einzureichen** ist.<sup>95</sup>

#### e)

Wird der bisherige **GmbH-Geschäftsführer** nach seiner Abberufung von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen, hat er grundsätzlich die **Darlegungs- und Beweislast** dafür zu tragen, dass er seinen **Sorgfaltspflichten** gemäß **§ 43 Abs. 1 GmbHG** nachgekommen ist. Er hat daher ggf. auch darzulegen und ggf. zu beweisen, dass eine bestimmte streitgegenständliche Geschäftsführungsmaßnahme sämtlichen

<sup>93</sup> Beschluss vom 26. Juni 2018 – [II ZB 12/16](#) – juris, Rn. 9.

<sup>94</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

Gesellschaftern bekannt gewesen und von ihnen gebilligt worden ist. Der **GmbH** obliegt gegenüber dem ausgeschiedenen Geschäftsführer allerdings eine **sekundäre Darlegungslast**, im Rahmen derer sie nicht nur die diesem vorgeworfene Pflichtverletzung näher zu bezeichnen, sondern ihm auch soweit zu seiner Verteidigung erforderlich Einsicht in die dafür erforderlichen Unterlagen zu gewähren hat.<sup>96</sup>

f)

**Unterlässt** ein **GmbH-Geschäftsführer** die Geltendmachung von **Rückforderungsansprüchen** nach **§ 31 Abs. 1 GmbHG** gegen den Zahlungsempfänger, wird keine weitere **Schadensersatzverpflichtung** des Geschäftsführers nach **§ 43 Abs. 2 GmbHG** mit eigener Verjährungsfrist zusätzlich zu seiner bereits bestehenden Haftung nach **§ 43 Abs. 3 GmbHG** wegen der verbotenen Auszahlung begründet. Der Schaden der GmbH liegt in diesem Fall bereits in dem Liquiditätsabfluss durch die Auszahlung. Durch die Nichtbeitreibung wird nicht erneut ein Schaden dem Grunde nach bzw. ein weiterer Schadensersatzanspruch nach **§ 43 Abs. 2 GmbHG** ausgelöst, der einer eigenen Verjährung unterliegen könnte, sondern es verbleibt bei dem Anspruch aus **§ 43 Abs. 3 GmbHG** mit Verjährung nach **§ 43 Abs. 4 GmbHG** ab der verbotenen Auszahlung.<sup>97</sup>

g)

Das zum **Abschluss**, zur **Änderung** und **Beendigung** des **Dienstvertrags** eines **Geschäftsführers** allein befugte **Organ** einer GmbH ist bei Fehlen abweichender Satzungsbestimmungen die **Gesellschafterversammlung** (sog. Annexkompetenz zu **§ 46 Nr. 5 GmbHG**). Der Grund für diese Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung für Änderungen des Anstellungsvertrags des Geschäftsführers liegt darin, dass derartige Änderungen geeignet sind, in erheblicher Weise die Entscheidungen der Gesellschafter über seine Organstellung zu beeinflussen und durch diese

<sup>96</sup> Beschluss vom 20. November 2018 – [II ZR 132/17](#) – juris, Rn. 18.

<sup>97</sup> Urteil vom 18. September 2018 – [II ZR 152/17](#) – juris, Rn. 24.



Kompetenzzuweisung auch der Gefahr kollegialer Rücksichtnahme durch den (aktuellen) Geschäftsführer begegnet werden soll.<sup>98</sup>

Es hat auf die **Kompetenz** der Gesellschafterversammlung **keinen Einfluss**, dass der **Geschäftsführer** schon **abberufen** worden ist. Für die Kompetenz der Gesellschafterversammlung sowohl für die Begründung oder Beendigung des Organverhältnisses als auch des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers kommt es nicht auf einen engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zwischen Bestellung und Anstellung bzw. Abberufung und Kündigung oder Änderung an. Eine Änderung des Dienstvertrags des abberufenen Geschäftsführers fällt erst dann unter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des (neuen) Geschäftsführers, wenn sich das ursprüngliche Geschäftsführerdienstverhältnis nach der Abberufung in ein **gewöhnliches Anstellungsverhältnis umgewandelt** hat. Dann nämlich besteht nicht die Gefahr, dass der die Kündigung aussprechende Geschäftsführer die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung einengen oder unterlaufen könnte.<sup>99</sup>

#### h)

Die Grundsätze zur **Einordnung** von **Zahlungen auf Gesellschaftsschulden** mit zur Verfügung gestellten **Darlehensmitteln** als **Masse schmälderung** i.S.d. § 64 GmbHG und zur Berücksichtigung von Massezuflüssen als Ausgleich sind geklärt.<sup>100</sup> In der Senatsentscheidung vom 18. November 2014<sup>101</sup> wird das Urteil vom 31. März 2003<sup>102</sup> zitiert und damit die Fortgeltung der darin benannten Rechtsgrundsätze bestätigt. Danach handelt es sich der Sache nach **nicht** lediglich um einen **Aktivtausch**, bei dem die Massekürzung dadurch ausgeglichen wird, dass für die Zahlung ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist.<sup>103</sup>

<sup>98</sup> Urteil vom 18. Oktober 2017 – [I ZR 6/16](#) – juris, Rn. 20.

<sup>99</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>100</sup> Beschluss vom 26. Juni 2018 – [II ZR 172/17](#) – juris, Rn. 5.

<sup>101</sup> Urteil vom 18. November 2014 – [II ZR 231/13](#) – juris, Rn. 10 zur Parallelvorschrift § 130a Abs. 1 HGB.

<sup>102</sup> Urteil vom 31. März 2003 – [II ZR 150/02](#) – juris.

<sup>103</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

Ebenso ist geklärt, inwieweit **masseschmälernde Zahlungen** gemäß § 64 Satz 2 GmbHG sich als solche darstellen können, die mit der **Sorgfalt** eines **ordentlichen Kaufmanns vereinbar** sind. Es ist insoweit anerkannt, dass der **Geschäftsführer** nicht solche Zahlungen im Interesse einer gleichmäßigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren zu unterlassen hat, durch deren Vornahme er sich **strafbar** machen würde.<sup>104</sup> Auch im Hinblick auf eine Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO<sup>105</sup> ist keine veränderte Sachlage gegeben, die eine neue Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts erfordern würde. Eine Neubewertung ist schon deshalb nicht erforderlich, weil nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Ersatzpflicht nach § 64 GmbHG unabhängig von insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbeständen besteht.<sup>106</sup>

**j)**

Der **Insolvenzverwalter** über das Vermögen der GmbH ist nicht gehindert, **Ersatzansprüche** gegen den Geschäftsführer wegen verbotener Zahlungen nach **§ 64 Satz 1 GmbHG** im Rahmen eines Vergleichs an einen Dritten **abzutreten**.<sup>107</sup>

Der Wirksamkeit einer solchen Abtretungsvereinbarung steht es nicht entgegen, dass gemäß § 64 Satz 4, § 43 Abs. 3 Satz 2, § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 64 Satz 1 und Satz 3 GmbHG oder ein Vergleich der Gesellschaft hierüber, der die Ersatzpflicht des Geschäftsführers einschränkt, unwirksam ist, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.<sup>108</sup> Für die hier interessierende Abtretung der Ersatzansprüche an

---

<sup>104</sup> Siehe dazu Urteile vom 05. Mai 2008 – [II ZR 38/07](#) – juris, Rn. 13 f. und vom 25. Januar 2011 – [II ZR 196/09](#) – juris, Rn. 17.

<sup>105</sup> Vgl. dazu Urteil vom 12. Mai 2016 – [IX ZR 65/14](#) – juris.

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>107</sup> Urteil vom 14. Juni 2018 – [IX ZR 232/17](#) – juris.

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

einen Dritten kommt nur eine entsprechende Anwendung des § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG in Betracht, weil nach dem Wortlaut dieser Vorschrift unmittelbar nur der Vergleich (i.S.d. § 779 BGB) mit einem Ersatzverpflichteten, sowie der wenigstens teilweise Verzicht (etwa durch Erlassvertrag, § 397 Abs. 1 BGB, oder durch negatives Schuldanerkenntnis, § 397 Abs. 2 BGB) unwirksam sind. Ob die für eine solche Analogie erforderlichen Voraussetzungen im Falle der Abtretung der Ansprüche der Gesellschaft durch einen Insolvenzverwalter vorliegen, kann dahinstehen.<sup>109</sup> Die Vorschrift des **§ 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG** gilt nicht für den **Insolvenzverwalter**. Eine Geltung von § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG für den Insolvenzverwalter ergibt sich weder aus ihrem **Sinn und Zweck** noch daraus, dass die § 64 GmbHG Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung in den Blick nimmt, die Haftung also im Regelfall die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraussetzt und es dann Sache des Insolvenzverwalters ist, diese Ansprüche geltend zu machen.<sup>110</sup> Die Vorschrift des **§ 9b GmbHG** soll ausweislich der Gesetzesbegründung ausschließlich dem **Gläubigerschutz** dienen.<sup>111</sup> Einer Geltung von § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG für den Insolvenzverwalter stehen vor allem dessen Aufgaben und dessen Stellung entgegen.<sup>112</sup>

**k)**

Bei einem **Kauf** von **Mitgliedschaftsrechten** an einer **GmbH**, der als solcher ein **Rechtskauf** gemäß § 453 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist, sind im Fall von **Mängeln** des von der GmbH betriebenen **Unternehmens** die **Gewährleistungsrechte** der **§§ 434 ff. BGB** anzuwenden, wenn Gegenstand des Kaufvertrags der Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Anteile an dem Unternehmen ist und sich der Anteilskauf damit sowohl nach der Vorstellung der Vertragsparteien als auch objektiv bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf des Unternehmens selbst und damit als Sachkauf darstellt. Ein solcher **Erwerb sämtlicher** oder nahezu sämtlicher **An-**

---

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>110</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

**teile** an dem Unternehmen liegt **nicht** vor, wenn ein Käufer, der bereits **50 %** der Mitgliedschaftsrechte an einer GmbH hält, weitere **50 %** der Geschäftsanteile dieser Gesellschaft hinzuerwirbt.<sup>113</sup>

Eine **Anpassung** eines **Kaufvertrags** (hier bezüglich von GmbH-Anteilen) nach § 313 Abs. 1 und Abs. 2 BGB hat grundsätzlich **auszuscheiden**, soweit aufgrund einer **Überschuldung** sowie der daraus resultierenden **Insolvenzreife** der erworbenen **GmbH** der Anwendungsbereich des **Sach- und Rechtsmängelgewährleistungsrechts** der §§ 434 ff. BGB eröffnet ist.<sup>114</sup> Im Anwendungsbereich der kaufrechtlichen Sach- und Rechtsmängelhaftung kann § 313 BGB grundsätzlich nicht herangezogen werden, da andernfalls die den Bestimmungen der §§ 434 ff. BGB zugrunde liegende Risikoverteilung durch die Annahme einer Störung der Geschäftsgrundlage verändert werden würde. Das gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen einer Mängelhaftung im Einzelfall – etwa aufgrund eines wirksamen Haftungsausschlusses – nicht gegeben sein sollten.<sup>115</sup> Allerdings besteht dieser Vorrang des Gewährleistungsrechts nur insoweit, als der maßgebliche Umstand – hier also die Überschuldung und die daraus resultierende Insolvenzreife der GmbH – überhaupt geeignet ist, entsprechende Mängelansprüche auszulösen. Dies ist nicht der Fall, wenn von demjenigen Gesellschafter, der bereits 50 % der Anteile gehalten werden, die restlichen Anteile erworben werden.<sup>116</sup>

Eine **Überschuldung** und die daraus resultierende **Insolvenzreife** der GmbH begründen **keinen Rechtsmangel** der erworbenen Anteile.<sup>117</sup> Die verkauften Geschäftsanteile sind in diesem Fall weder mit Rechten Dritter belastet noch entsprechen sie – etwa in Bezug auf Stimmrechte oder Ge-

---

<sup>113</sup> Urteil vom 26. September 2018 – [VIII ZR 187/17](#) – juris, Rn. 13.

<sup>114</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>115</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 17, 24 ff.

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

winnansprüche – nicht der vereinbarten, vorausgesetzten oder üblichen Beschaffenheit.<sup>118</sup>

Eine Anwendbarkeit des **§ 313 BGB** ist **nicht** allein deshalb **ausgeschlossen** ist, weil die Parteien im Kaufvertrag umfassend den **Ausschluss gesetzlicher Gewährleistungsansprüche** und stattdessen abschließend bestimmte Garantien betreffend die zu übertragenden Geschäftsanteile vereinbart haben. Zwar ist § 313 BGB unanwendbar, wenn sich durch die Störung der Geschäftsgrundlage ein Risiko verwirklicht, das nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fällt. Enthält der zwischen den Parteien geschlossene Anteilkaufvertrag aber keine näheren Angaben zur wirtschaftlichen Lage der GmbH, trifft er dementsprechend auch keine Aussagen darüber, wer insoweit das Risiko einer Störung des angestrebten Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung tragen soll.<sup>119</sup>

**I)**

Eine **Schiedsvereinbarung** ist bei einer **GmbH** nur **wirksam**, wenn sie zur **Sicherung der Beteiligungsmöglichkeit** für sämtliche **Gesellschafter** Bestimmungen enthält, dass der Verfahrenseinleitungsantrag ohne Festlegung des Antragstellers auf einen Schiedsrichter bei der Gesellschaft einzureichen und von dort aus sämtlichen Mitgesellschaftern mit der Aufforderung zuzustellen ist, in einer bestimmten Frist über einen Beitritt auf Seiten des Antragstellers oder der Gesellschaft zu entscheiden.<sup>120</sup> Dem steht grundsätzlich nicht entgegen, dass im Einzelfall eine **GbR alleinige Gesellschafterin** der GmbH ist. Ob eine Schiedsklausel wirksam ist oder nicht und damit die Schiedseinrede eröffnet ist oder nicht, darf nicht nachträglich von Fall zu Fall entschieden werden. Anderes kann gelten, wenn nach der gebotenen objektiven Auslegung des Gesellschaftsver-

---

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

<sup>119</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

<sup>120</sup> Urteil vom 26. Juni 2018 – [II ZR 205/16](#) – juris, Rn. 16.

trags dieser von vornherein darauf ausgerichtet ist, dass nur eine GbR einzige Gesellschafterin ist.<sup>121</sup>

Eine **Nichtigkeit** der **Schiedsvereinbarung** kann auch daraus folgen, dass es an einer Regelung zur **Konzentration** der **Beschlussmängelrechtsstreitigkeiten** bei einem **Schiedsgericht** mangelt. Eine solche Konzentration erfordert, dass eine neutrale Person oder Stelle ex ante als Schiedsgericht festgelegt wird. Eine in der Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien vorgesehene Konzentration an einem bestimmten Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 1043 ZPO) begründet noch keine ausreichende Konzentration bei einem bestimmten Schiedsgericht. Die GbR als Alleingesellschafterin der GmbH könnte, gegebenenfalls vertreten durch unterschiedliche geschäftsführende Gesellschafter, ebenso wie nach dem Gesellschaftsvertrag mögliche Mitgesellschafter mehrere Klagen bei unterschiedlichen Schiedsgerichten einreichen. Allein die Vorschrift des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO lässt die Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung zur Konzentration nicht entfallen.<sup>122</sup>

Die **Befugnis**, Gesellschafterbeschlüsse **anzufechten**, steht **nur** dem nach § 16 Abs. 1 GmbHG zu bestimmenden **rechtlichen**, nicht auch dem wirtschaftlichen **Gesellschafter** oder Treugeber zu.<sup>123</sup>

#### **m)**

Die gesetzliche Anordnung in **§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO**, dass die Wirksamkeit der **Bestellung** eines **Abschlussprüfers** für ein **vor der Eröffnung** des **Insolvenzverfahrens endendes Geschäftsjahr** durch die nach der Bestellung erfolgte **Eröffnung nicht berührt** wird, gilt nicht nur für das Geschäftsjahr vor der Eröffnung des Verfahrens, sondern auch für die davor liegenden Geschäftsjahre.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>122</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>123</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>124</sup> Urteil vom 08. Mai 2018 – [II ZR 17/17](#) – juris, Rn. 5.

Der **Abschlussprüfer** einer Kapitalgesellschaft wird gemäß **§ 318 Abs. 1 Satz 1 HGB** von den Gesellschaftern **gewählt**, sofern nicht von der Gestaltungsmöglichkeit des § 318 Abs. 1 Satz 2 HGB Gebrauch gemacht worden ist. Nach der Wahl haben die gesetzlichen Vertreter, bei Zuständigkeit des Aufsichtsrats dieser, unverzüglich den **Prüfungsauftrag** zu erteilen (§ 318 Abs. 1 Satz 4 HGB). Mit der Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** liegt nach § 155 Abs. 3 Satz 1 InsO die **Zuständigkeit** zur Bestellung des Abschlussprüfers nicht mehr bei den Gesellschaftern, sondern die Bestellung kann nur auf Antrag des Insolvenzverwalters durch das **Gericht** erfolgen. Dies gilt im Fall der **Eigenverwaltung** nach §§ 270 ff. InsO entsprechend. In der Insolvenz einer Kapitalgesellschaft gilt bei angeordneter Eigenverwaltung für die Bestellung des Abschlussprüfers § 318 HGB mit der Maßgabe, dass die Bestellung ausschließlich durch das Amtsgericht auf Antrag der Schuldnerin erfolgt (vgl. § 281 Abs. 3 Satz 1, § 270 Abs. 1 InsO).<sup>125</sup>

**§ 155 Abs. 3 Satz 2 InsO** wird als **gesetzliche Durchbrechung** der §§ 115, 116 InsO angesehen, wonach Geschäftsbesorgungsaufträge durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlöschen. Die Vorschriften über das Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen gelten auch, wenn Eigenverwaltung angeordnet wurde mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Insolvenzverwalters der Schuldner tritt (§ 279 Satz 1 InsO).<sup>126</sup> Die umstrittene und bislang höchstrichterlich nicht geklärte Frage, ob § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO nur für das durch die Insolvenzeröffnung regelmäßig entstehende Rumpfgeschäftsjahr (§ 155 Abs. 2 Satz 1 InsO) bis zur Insolvenzeröffnung gilt oder ob die Regelung auch auf die davorliegenden Geschäftsjahre anzuwenden ist,<sup>127</sup> wird dahin gehend beantwortet, dass die gesetzliche Anordnung in § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO, wonach die Wirksamkeit der Bestellung eines Abschlussprüfers für ein vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endendes Geschäftsjahr durch die nach der Bestellung erfolgte Eröffnung nicht berührt wird, nicht nur für das Geschäfts-

---

<sup>125</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>127</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

jahr vor der Eröffnung des Verfahrens gilt, sondern auch für die davor liegenden Geschäftsjahre.<sup>128</sup>

Für die **gegenteilige Auffassung** spricht zwar der **Wortlaut** des § 155 Abs. 3 Satz 2 InsO, der ausdrücklich das „Geschäftsjahr vor der Eröffnung“ nennt. Richtigerweise ist aber im Hinblick auf die Geschäftsjahre, die vor dem letzten Geschäftsjahr vor der Insolvenzeröffnung liegen, von einer **planwidrigen Regelungslücke** auszugehen, die durch eine **analoge Anwendung** des § 155 Abs. 2 Satz 2 InsO zu schließen.<sup>129</sup>

#### **4. Recht der Aktiengesellschaft**

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

##### **a)**

Der **Aufsichtsrat** einer AG ist verpflichtet, eigenverantwortlich das Bestehen von **Schadensersatzansprüchen** der Gesellschaft **gegenüber Vorstandsmitgliedern** aus ihrer organschaftlichen Tätigkeit zu **prüfen**. Soweit die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, hat er solche Ansprüche unter Beachtung des Gesetzes- und Satzungsrechts und der von ihm vorgegebenen Maßstäbe zu **verfolgen**. Diese Verpflichtung ergibt sich einmal aus der **Aufgabe** des **Aufsichtsrats**, die **Geschäftsführung** des Vorstands zu **überwachen** (§ 111 Abs. 1 AktG), wovon auch abgeschlossene Geschäftsvorgänge erfasst werden, zum anderen daraus, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern **gerichtlich** und **außergerichtlich vertritt**. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, kann er der Gesellschaft nach § 116 Satz 1, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG zum **Schadensersatz** verpflichtet sein. Die **Verjährung** dieses Schadensersatzanspruchs richtet sich nach § 116 Abs. 1 Satz 1, § 93

---

<sup>128</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>129</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.



Abs. 6 AktG und beginnt nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 200 Satz 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs. Das ist regelmäßig der Zeitpunkt, in dem etwaige Ersatzansprüche der AG gegen den Vorstand verjährt sind.<sup>130</sup>

Die **Pflicht des Aufsichtsrats, vorbeugend Verstöße des Vorstands** gegen § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG zu verhindern, ist von seiner **Pflicht, nachträglich** aus solchen Verstößen resultierende **Ansprüche** der Gesellschaft gegen den Vorstand **zu verfolgen** und **durchzusetzen**, zu unterscheiden. Für die Pflicht zur **Anspruchsverfolgung** durch den Aufsichtsrat ein **besonderes abgestuftes Prüfungskonzept**, bei dem nicht nur zu prüfen ist, ob der Ersatzanspruch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht besteht, sondern auch, wie das Prozessrisiko und die Durchsetzbarkeit des Anspruchs zu bewerten sind. Schließlich ist auch zu bedenken, ob ausnahmsweise wegen gewichtiger Interessen und Belange der Gesellschaft oder aber in besonderen Ausnahmefällen aus anderen Gründen von der Verfolgung des Anspruchs abgesehen werden soll. Insofern handelt es sich bei der Pflicht zur Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand um eine gesonderte Pflicht mit eigenem Prüfungsumfang, die an die vorherige Pflicht zur Verhinderung von Vorstandspflichtverletzungen anschließt und somit auch zu einem selbständig verjährenden Schadensersatzanspruch führt.<sup>131</sup>

Im Rahmen seiner **nachträglichen Überwachungstätigkeit** ist der Aufsichtsrat grundsätzlich verpflichtet, **Schadensersatzansprüche** gegen ein Vorstandsmitglied zu **verfolgen**, **ohne** dass ihm dabei ein **unternehmerisches Ermessen** zusteht. Er ist vielmehr **allein** dem **Unternehmenswohl** verpflichtet, das grundsätzlich die Wiederherstellung des geschädigten Gesellschaftsvermögens verlangt. Deswegen darf nur ausnahmsweise dann von der Geltendmachung voraussichtlich begründeter Schadensersatzansprüche abgesehen werden, wenn gewichtige Interessen der Ge-

---

<sup>130</sup> Urteil vom 18. September 2018 – [II ZR 152/17](#) – juris, Rn. 15 f.

<sup>131</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

sellschaft dafür sprechen, den ihr entstandenen Schaden ersatzlos hinzunehmen. Andere Gesichtspunkte, wie etwa die **Schonung** eines verdienten **Aufsichtsratsmitglieds** oder das Ausmaß der mit der Beitreibung für das Mitglied und seine Familie verbundenen **sozialen Konsequenzen**, können nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen.<sup>132</sup>

Ausgehend davon vermag das rein **persönliche Interesse** des **Aufsichtsrats**, sich durch die Verfolgung der Ersatzansprüche gegen den Vorstand nicht **mittelbar zugleich** seiner **eigenen** damit zusammenhängenden **Pflichtverletzungen** (etwa durch Entgegennahme von Zahlungen) sowohl als Aktionär gemäß § 57 Abs. 1, § 62 Abs. 1 AktG als auch als Aufsichtsrat gemäß § 116 Satz 1, § 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG bezichtigen und einem Schadensersatz- bzw. Rückzahlungsanspruch aussetzen zu müssen, **keine Ausnahme** von seiner Pflicht zur Anspruchsverfolgung zu begründen.<sup>133</sup> Ob das aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete **Verbot** einer **Pflicht** zur **Selbstbezichtigung** der Annahme einer gesellschaftsrechtlichen Auskunftspflicht oder Handlungspflicht eines Gesellschaftsorgans entgegensteht, lässt sich nicht generell beantworten, sondern hängt von der jeweiligen Pflicht und den Umständen des Einzelfalls ab. Wobei auch von Belang sein kann, ob die Pflicht zur Anspruchsverfolgung gegen den Vorstand eine Offenbarung eigenen **strafbaren Verhaltens** bedeuten würde.<sup>134</sup>

Der **Aufsichtsrat** steht in einem **besonderen Pflichtenverhältnis** zur AG. In dieser Funktion hat er insbesondere die Aufgabe übernommen, die gesamte Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen und im Rahmen dieser nachträglichen Überwachungstätigkeit ggf. auch Ersatzansprüche gegen den Vorstand im Unternehmenswohl zu verfolgen. Die besondere Bedeutung dieser Aufgabe zeigt sich daran, dass die Gesellschaft nach **§ 112 AktG** gerichtlich und außergerichtlich **gegenüber Vorstandsmitgliedern** deshalb durch den Aufsichtsrat **vertreten** wird, weil damit eine

---

<sup>132</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

<sup>133</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

<sup>134</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

**unbefangene Vertretung** der Gesellschaft sichergestellt werden soll, die von sachfremden Erwägungen unbeeinflusst ist und sachdienliche Gesellschaftsbelange wahrt.<sup>135</sup>

Diese besondere Überwachungs- und Schutzfunktion des Aufsichtsrats würde unterlaufen, würde man den Aufsichtsrat von ihrer Erfüllung bereits dann generell freistellen, wenn er dadurch eine eigene Pflichtverletzung oder ein ersatzverpflichtendes Verhalten offenbaren müsste. Nicht selten dürfte bei einem Pflichtenverstoß eines Vorstands auch eine diesbezügliche Pflichtverletzung des Aufsichtsrats durch unzureichende Überwachung des Vorstands in Betracht kommen. Zudem bestünden erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten dahingehend, ob im Einzelfall eine Anspruchsverfolgungspflicht des Aufsichtsrats gegeben ist oder nicht. Schließlich würde die Freistellung von einer Verfolgungspflicht gerade diejenigen ungerechtfertigt entlasten, der zuvor zum Nachteil der Gesellschaft seine Pflichten verletzt hat, wohingegen er durch diese Verfolgungspflicht gerade dazu angehalten würde, wieder für einen Ausgleich des der Gesellschaft dadurch verursachten Schadens zu sorgen.<sup>136</sup>

Diese Erwägungen gelten in besonderer Weise, wenn die in Rede stehende Pflichtverletzung bzw. die Haftung des Vorstands und des Aufsichtsrates aufgrund eines Verstoßes gegen kapitalschützende Pflichten begründet ist (§ 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG). Denn dann geht es nicht nur eine Verletzung der Interessen der AG, sondern insbesondere auch der Gesellschaftsgläubiger. Würde man dem Aufsichtsrat in dieser Konstellation eine Befreiung von seiner Pflicht zur Anspruchsverfolgung zubilligen, würde man gerade diejenigen unberechtigt bevorzugen, der zum Nachteil der Gläubiger besonders rechtswidrig, weil unter Verstoß gegen eine von ihm übernommenen besonderen Überwachungspflicht und zudem zu seinem eigenen Vorteil, gehandelt hat.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

<sup>136</sup> a.a.O., juris, Rn. 46.

<sup>137</sup> a.a.O., juris, Rn. 47.

b)

Indem die **Satzung** oder der **Aufsichtsrat** die **Vornahme** eines Geschäfts von der **Zustimmung** des Aufsichtsrats abhängig machen (**§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG**), verpflichten sie den Vorstand, einen diesbezüglichen Beschluss des Aufsichtsrats – abgesehen von Eilfällen – vor Durchführung des betroffenen Geschäfts herbeizuführen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der konkrete Zustimmungskatalog zum Zeitpunkt der Zustimmungserteilung schweigt oder diese im Sinne einer vorherigen Einwilligung festschreibt.<sup>138</sup>

Es liegt **nicht im pflichtgemäßen Ermessen** des **Vorstands**, ob er die Zustimmung vor oder nach der Vornahme des betreffenden Geschäfts einholt. **Zustimmungsvorbehalte** für bestimmte Geschäfte sind das **Instrument vorbeugender Kontrolle** des Aufsichtsrats, Maßnahmen des Vorstands, die möglicherweise nicht mehr rückgängig gemacht werden können, von vornherein zu unterbinden. Diesen Zweck können Zustimmungsvorbehalte nur erfüllen, wenn sie als Einwilligungsvorbehalte verstanden werden. Aus dem abweichenden Sprachgebrauch der §§ 183, 184 BGB, nach dem die Zustimmung sowohl die vorherige Einwilligung als auch die nachträgliche Genehmigung umfasst, ergibt sich nichts anderes. Das Begriffsverständnis ist nicht übertragbar, weil die Vorschriften des BGB einen abweichenden Regelungsgehalt haben. Dort bleibt das Geschäft bis zur Erteilung der Zustimmung unwirksam, wohingegen es sich bei einem Zustimmungserfordernis nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG nur um eine das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffende Regelung handelt. Rechtsgeschäfte mit Dritten sind auch dann wirksam, wenn sie unter Verstoß gegen das Zustimmungsgebot abgeschlossen werden (§§ 78, 82 AktG).<sup>139</sup>

Die **Einwilligung** des **Aufsichtsratsvorsitzenden** ersetzt **nicht** die **Zustimmung** des **Aufsichtsrats**. Die im Zusammenhang mit der Zustim-

---

<sup>138</sup> Urteil vom 10. Juli 2018 – [II ZR 24/17](#) – juris, Rn. 15 f.

<sup>139</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

mung nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG erforderliche, am Gesellschaftszweck orientierte Willensbildung des Aufsichtsrats erfolgt, vorbehaltlich der Übertragung der Zustimmungsentscheidung auf einen Ausschuss, durch ausdrücklichen Beschluss nach § 108 Abs. 1 AktG. Dieser Vorgang einheitlicher Willensbildung kann nicht durch die Entscheidung des Aufsichtsratsvorsitzenden ersetzt werden, weil dieser seinen Willen abweichend vom Aufsichtsrat bilden könnte.<sup>140</sup>

Der AG gegenüber tritt die Ersatzpflicht des Vorstandsmitglieds nicht ein, wenn seine Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht (§ 93 Abs. 4 Satz 1 AktG). Notwendig ist ein förmlicher Beschluss in der Hauptversammlung. Meinungsäußerungen oder die konkludente Einwilligung der Hauptversammlung oder einzelner Aktionäre genügen nicht, auch nicht, wenn es sich um Bekundungen des Alleinaktionärs handelt.<sup>141</sup> Die Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds auf Schadensersatz durch eine AG wegen Pflichtverletzung ist regelmäßig auch nicht schon allein deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Alleinaktionär zuvor in das haftungsbegründende Geschäft eingewilligt hat.<sup>142</sup>

Die Zulassung dieses Einwands würde zu einer Umgehung des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG führen. Die Norm ist die Konsequenz der in § 83 Abs. 2 AktG verankerten Verpflichtung des Vorstands, gesetzmäßige Beschlüsse der Hauptversammlung umzusetzen. Zweck der Vorschrift ist es, die Vorstandsmitglieder in den Fällen von einer Haftung freizustellen, in denen sie zur Ausführung eines Hauptversammlungsbeschlusses verpflichtet sind, weil die Pflichterfüllung nicht zugleich eine Ersatzpflicht auslösen kann. Teilweise wird § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG weitergehend als eine Ausprägung des aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatzes *venire contra factum proprium* angesehen.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> a.a.O., juris, Rn. 20, 22.

<sup>141</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>142</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>143</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

Eine **formlose Willensäußerung** von Aktionären genügen zu lassen, entspricht nicht der *ratio legis*, weil der Vorstand an eine formlose Willenskundgabe durch Aktionäre nicht gebunden ist. Wo eine entsprechende Verpflichtung nicht besteht, besteht auch keine Veranlassung für eine Haftungsfreistellung. Ließe man den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bei formloser Zustimmung des Alleinaktionärs zu, gelangte man auf diesem Weg zu demselben Ergebnis wie bei einer unmittelbaren Geltung von § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG, was zu einer Umgehung der zwingenden Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung der Hauptversammlung führen würde. Sieht man in § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG darüber hinaus eine Ausprägung des Grundsatzes *venire contra factum proprium*, so ist es überdies auch methodisch nicht einsichtig, weshalb bei Nichtvorliegen der normierten Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG ein Rückgriff auf den ungeschriebenen Grundsatz zulässig sein soll, deren Konkretisierung die Vorschrift darstellt.<sup>144</sup> Es mag jedoch **Ausnahmefälle** geben, in denen sich der Vorstand gegenüber der ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmenden Aktiengesellschaft erfolgreich wegen des Verhaltens des Alleinaktionärs mit dem Einwand widersprüchlichen Verhaltens verteidigen kann.<sup>145</sup>

Die Berufung des Schädigers auf ein **rechtmäßiges Alternativverhalten**, das heißt den Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann für die **Zurechnung** eines **Schadenserfolgs** beachtlich sein. Voraussetzung ist, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße **Möglichkeit**, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, **reicht nicht** aus.<sup>146</sup>

Der Vorstand kann gegenüber einer Schadensersatzklage der AG, die mit dem Verstoß gegen einen zu Gunsten des Aufsichtsrats eingerichteten Zustimmungsvorbehalt begründet ist, einwenden, der Aufsichtsrat hätte den von ihm durchgeführten Maßnahmen zugestimmt, wenn er ihn gefragt

---

<sup>144</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>145</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>146</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

hätte. Der Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens ist bei einem solchen Kompetenzverstoß nicht von vornherein ausgeschlossen.<sup>147</sup>

Die Vorschrift des **§ 93 Abs. 2 AktG** ist **kein Sanktionsinstrument** für die Verletzung innergesellschaftlicher Kompetenzvorschriften, sondern begründet einen **Ersatzanspruch**, der sich in allgemeine schadensrechtliche Grundsätze einfügen muss. Die Norm verfolgt den Zweck, die Schäden der Gesellschaft auszugleichen, die ihr durch die Pflichtverletzung ihrer Vorstandsmitglieder entstanden sind, und bereits der Entstehung solcher Schäden durch eine Steuerung des Verhaltens der Vorstandsmitglieder vorzubeugen. Dieser Schutzzweck betrifft aber sämtliche Arten von Pflichtverletzungen gleichermaßen und wird bei Verstößen gegen Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensregeln nicht um einen besonderen Sanktionszweck erweitert.<sup>148</sup>

Den **beklagten Vorstand** trifft für den Einwand pflichtgemäßen Alternativverhaltens die **Darlegungs- und Beweislast**. Damit die Entlastung gelingt, muss der **sichere Nachweis** erbracht werden, dass der Schaden auf jeden Fall eingetreten wäre. Die bloße Möglichkeit und selbst die Wahrscheinlichkeit, dass er auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre, genügen nicht. Weist der Vorstand nach, dass der Aufsichtsrat bei Beachtung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG in die betreffende Maßnahme mehrheitlich eingewilligt hätte, kann ihm bei wertender Betrachtung grundsätzlich der in Folge des Kompetenzverstoßes eingetretene Schaden billigerweise nicht zugerechnet werden.<sup>149</sup>

Die Würdigung, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens durchgreift, ist im Wesentlichen dem **Tatrichter** vorbehalten. Der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt nur, ob die Würdigung des Tatrichters vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze

---

<sup>147</sup> a.a.O., juris, Rn. 40, 42.

<sup>148</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

<sup>149</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

und Erfahrungssätze verstößt.<sup>150</sup> Bei der dem Tatrichter vorbehaltenen Prüfung, ob der Aufsichtsrat einer geplanten Maßnahme zugestimmt hätte, wenn er gefragt worden wäre, ist der unternehmerische Handlungsspielraum, der dem Aufsichtsrat bei der Zustimmungsentscheidung zukommt, zu berücksichtigen.<sup>151</sup> Die Erheblichkeit des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens richtet sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzen Norm. Mit dem Zustimmungsvorbehalt für den Aufsichtsrat wird auch sein unternehmerischer Handlungsspielraum geschützt.<sup>152</sup>

Der Aufsichtsrat soll im Rahmen des **§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG** die unternehmerische Tätigkeit des Vorstands im Sinne einer **präventiven Kontrolle** begleitend mitgestalten. Neben dem der **Funktionstrennung** zwischen Vorstand und Aufsichtsrat entsprechenden Kontrollzweck überträgt die Norm dem Aufsichtsrat danach in Geschäftsführungsaufgaben einen Mitgestaltungsspielraum. Dem Aufsichtsrat steht ein eigener unternehmerischer Handlungsspielraum zu, wenn er über die Erteilung der Einwilligung zu einem Geschäft entscheidet, für das ein unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstands besteht. Für die Entscheidung des Aufsichtsrats gilt über § 116 Satz 1 AktG, § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechend. Der Aufsichtsrat handelt nicht pflichtwidrig, wenn er vernünftigerweise annehmen durfte, mit seiner Zustimmungsentscheidung auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Die Berücksichtigung einer hypothetischen Aufsichtsratsentscheidung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil es sich um eine Entscheidung handelt, bei der ein unternehmerischer Handlungsspielraum besteht. Der Aufsichtsrat kann eine andere geschäftspolitische Auffassung vertreten als der Vorstand, so dass die jeweiligen Entscheidungen unterschiedlich getroffen werden können.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> a.a.O., juris, Rn. 47.

<sup>151</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.

<sup>152</sup> a.a.O., juris, Rn. 49.

<sup>153</sup> a.a.O., juris, Rn. 50.



Beruft sich das beklagte Vorstandsmitglied unter dem Gesichtspunkt des pflichtgemäßen Alternativverhaltens auf eine hypothetische Einwilligung des Aufsichtsrats, hat der Tatrichter unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG **zwei äußere Grenzen** dieses Einwands zu beachten. Diese sind erreicht, wenn die Aufsichtsratsmitglieder bei pflichtgemäßem Verhalten aus damaliger Sicht in das vom Vorstand zur Zustimmung vorgelegte Geschäft hätten **einwilligen müssen** oder die **Einwilligung hätten versagen müssen**. Eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats wird angesichts des mit jeder unternehmerischen Entscheidung einhergehenden Risikos nur selten bestehen. Bejaht der Tatrichter ausnahmsweise eine Pflicht zur Einwilligung, hat der Einwand des rechtmäßigen Alternativ-verhaltens Erfolg. Der Vorstand haftet dann nicht für den Kompetenzverstoß.<sup>154</sup>

Die Berufung des Vorstands auf ein pflichtgemäßes Alternativverhalten findet auf der anderen Seite ihre Grenze dort, wo die **Einwilligung** des Aufsichtsrats **ex ante** betrachtet **pflichtwidrig** gewesen wäre. Dies ist der Fall, wenn eine zustimmungspflichtige Maßnahme gegen Gesetz oder Satzung verstoßen würde, so dass dem Aufsichtsrat schon gar kein unternehmerischer Handlungsspielraum zusteht. Der Aufsichtsrat muss darüber hinaus von seinem Vetorecht Gebrauch machen, wenn das Geschäft zu einem von ihm bei seiner Entscheidungsfindung zukommenden unternehmerischen Handlungsspielraum nicht mehr gedeckten Schaden der Gesellschaft führen würde. Andernfalls trifft die Aufsichtsratsmitglieder selbst eine Schadensersatzpflicht, wenn sie die Zustimmung zu einem Geschäft erteilen, die sie bei pflichtgemäßem Handeln hätten verweigern müssen. Verengt sich der unternehmerische Handlungsspielraum des Aufsichtsrats zur Pflicht, die Einwilligung zu versagen, kann sich der Vorstand nicht mit einer hypothetischen, dann pflichtwidrigen Zustimmung entlasten. Dies würde dem Kontrollzweck des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zuwiderlaufen. Die durch eine Missachtung des Zustimmungsvorbehalts unterlaufene Kontrolle kann nicht durch die Berufung auf eine hypothetische pflichtwid-

---

<sup>154</sup> a.a.O., juris, Rn. 51.

rige Kontrollmaßnahme ersetzt werden. Diese Wertung wird dadurch bestätigt, dass der Vorstand in einem solchen Fall auch bei erteilter Zustimmung in aller Regel haften würde. Denn die erteilte Zustimmung ändert nichts an etwaigen Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand, falls die Maßnahme nach § 93 Abs. 1 AktG pflichtwidrig sein und der Gesellschaft Schaden zufügen sollte. Die Zustimmung des Aufsichtsrats beseitigt die Verantwortung des Vorstands für das in Rede stehende Geschäft nicht und schließt seine Haftung nicht aus (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG). In diesen Fällen kommt es auf den Kompetenzverstoß als haftungsauslösende Pflichtwidrigkeit auch gar nicht an, weil bereits die beabsichtigte Maßnahme des Vorstands nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG pflichtwidrig ist, weil sie vom unternehmerischen Handlungsspielraum nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht gedeckt ist.<sup>155</sup>

**c)**

Die **allgemeine Feststellungsklage** gemäß **§ 256 ZPO** ist die statthafte Klageart, mit der ein einzelner Aktionär die Rechtswidrigkeit und daraus folgende Nichtigkeit von Kapitalerhöhungsbeschlüssen mit Bezugsrechtsausschluss des Vorstands und Aufsichtsrats gegen die Aktiengesellschaft geltend machen kann.<sup>156</sup> Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht nicht entgegen, dass die Barkapitalerhöhung mit Eintragung in das Handelsregister wirksam geworden ist (§ 203 Abs. 1 AktG i.V.m. § 189 AktG).<sup>157</sup> Die Nichtigkeit von Entscheidungen des Vorstands und des Aufsichtsrats, durch die das Bezugsrecht der Aktionäre verletzt wurde, berührt nicht die Wirksamkeit der im Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhung und der damit entstandenen neuen Mitgliedschaftsrechte. Die Eintragung in das Handelsregister führt aber nicht zur Heilung der der Kapitalerhöhung zugrunde liegenden Verwaltungsbeschlüsse. Die somit fortbestehende Nichtigkeit dieser Beschlüsse kann auch nach dem Wirksamwerden der Kapitalerhöhung mit einer Klage nach § 256 ZPO geltend gemacht werden. Hieran haben die betroffenen Aktionäre schon im Hin-

---

<sup>155</sup> a.a.O., juris, Rn. 52.

<sup>156</sup> Urteil vom 10. Juli 2018 – [II ZR 120/16](#) – juris, Rn. 17.

<sup>157</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

blick auf mögliche Sekundäransprüche und sonstige Rechtsbehelfe ein schützenswertes rechtliches Interesse.<sup>158</sup>

Der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsbeschlusses zur Ausübung der Ermächtigung zu einer Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss ist vor der nachfolgenden Hauptversammlung, in welcher der Vorstand über die Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss Bericht erstattet, nicht an eine starre Frist gebunden. Ob im Anschluss an die Nachberichterstattung auf die Monatsfrist entsprechend § 246 Abs. 1 AktG zurückgegriffen werden kann, hat der II. Zivilsenat offengelassen.<sup>159</sup>

Die Fragen nach der **Dauer** einer **möglichen Frist** einerseits und dem **Beginn** einer solchen Frist andererseits können nicht unabhängig voneinander beantwortet werden. Auszugehen ist von dem Grundsatz, dass die Feststellungsklage **ohne unangemessene Verzögerung** zu erheben ist. Danach beginnt der für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit zu berücksichtigende Zeitraum erst, wenn der Aktionär den Beschluss des Vorstands oder Aufsichtsrats sowie die eine Nichtigkeit des Beschlusses aus seiner Sicht nahelegenden tatsächlichen **Umstände kennt** oder **kennen muss**. Denn vor diesem Zeitpunkt war der Aktionär nicht gehalten, ein gerichtliches Vorgehen gegen die Verwaltungsentscheidung in Betracht zu ziehen. Ferner ist dem Aktionär eine Klageerhebung nicht zumutbar, solange er nicht **ausreichend Zeit** hatte, schwierige tatsächliche oder rechtliche **Fragen zu klären** oder klären zu lassen, auf die es für die Beurteilung der Erfolgsaussicht der Klage ankommt. Die Möglichkeit, eine solche Klärung herbeizuführen, hängt wiederum von den für den Aktionär **verfügbaren Informationen** ab. Dies zugrunde gelegt beginnt der für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit einer Klageerhebung maßgebende Zeitraum **spätestens** mit der **gebotenen Nachberichterstattung**, also mit dem auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft über die Aus-

---

<sup>158</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>159</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

nutzung des genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss zu erstattenden Vorstandsbericht. Ob der Aktionär schon vor diesem Zeitpunkt über die für eine zeitnahe Klageerhebung erforderlichen Kenntnisse verfügte, hängt von den **Umständen des Einzelfalles** ab.<sup>160</sup>

In der **Zeit bis zur nächsten Hauptversammlung** ist der betroffene Aktionär zwar gehalten, eine mögliche Klage **ohne unangemessene Verzögerung** zu erheben. Hierfür gilt aber **nicht** in analoger Anwendung von **§ 246 Abs. 1 AktG** eine an die Kenntnis des Verwaltungsbeschlusses anknüpfende **Monatsfrist**.<sup>161</sup> Auch für den Zeitraum bis zur Nachberichterstattung in der nachfolgenden Hauptversammlung bleibt es aber bei dem Grundsatz, dass der Aktionär eine Feststellungsklage **ohne unangemessene Verzögerung** und demnach mit der ihm zumutbaren Beschleunigung erheben muss, um eine **Verwirkung** des Klagerechts zu vermeiden. Diese Einschränkung findet ihre **Rechtfertigung** darin, dass Aktionäre auch die bei einem rechtswidrigen Verwaltungshandeln bestehenden Rechte nicht unter Verletzung der **Rücksichtnahmepflicht** gegenüber der Gesellschaft missbräuchlich ausüben dürfen. Ob eine unangemessene Verzögerung vorliegt, ist jeweils im **Einzelfall** unter **Abwägung** der beiderseitigen Interessen zu beurteilen.<sup>162</sup>

Unabhängig davon, ob bei Vorliegen der in § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG ausdrücklich genannten Voraussetzungen eine weitergehende sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses erforderlich ist, ist das grundlegende Gebot des § 53a AktG zu beachten, Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.<sup>163</sup>

Insbesondere Verwaltungsbeschlüsse über eine Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss, die gleichwohl die Zuteilung neu geschaffener Aktien an einen Altaktionär vorgeben oder in die Wege leiten, müssen sich

---

<sup>160</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>161</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>162</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>163</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

an der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53a AktG) messen lassen. Derartige Beschlüsse bewirken nicht nur einen Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht und eine Verwässerung der vermögensrechtlichen Position der Altaktionäre, die keine neuen Aktien erhalten. Vielmehr hat der Erwerb der neuen Aktien durch einen anderen Altaktionär eine Verschiebung der Beteiligungsquoten zur Folge. Dieser zusätzliche, die inneren Machtverhältnisse in der Gesellschaft möglicherweise berührende und ggf. verändernde Eingriff kann nicht schon deshalb als rechtmäßig gewertet werden, weil der Bezugsrechtsausschluss den formalen Anforderungen des § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG genügt.<sup>164</sup>

Nach § 53a AktG sind Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln; eine Ungleichbehandlung ist nur dann zulässig, wenn sie sachlich berechtigt bzw. nicht sachwidrig ist und damit nicht den Charakter der Willkür trägt. Das Gleichbehandlungsgebot erfasst insbesondere das Handeln der Gesellschaftsorgane. Ohne sachliche Berechtigung darf der Vorstand daher weder bei der Zuteilung einzelne Aktionäre vor anderen bevorzugen, noch, wenn er von vornherein einzelne Aktionäre berücksichtigen will, das Bezugsrecht ausschließen, noch den ohne solche Absicht vorgenommenen Bezugsrechtsausschluss dazu benutzen, um die neuen Aktien einzelnen Aktionären zuzuteilen. Dies gilt namentlich dann, wenn ein solches Verhalten geeignet erscheint, die Machtverhältnisse in der Gesellschaft oder den Bestand von Minderheitsrechten zu beeinflussen.<sup>165</sup>

Der betroffene Aktionär hat das Vorliegen einer ungleichen Behandlung, die Gesellschaft hingegen deren sachliche Rechtfertigung darzulegen und zu beweisen. Auch die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung eines Bezugsrechtsausschlusses, die Fragen der Gleichbehandlung mitbetreffen kann, wird in der Literatur weit überwiegend bei der Gesellschaft gese-

---

<sup>164</sup> a.a.O., juris, Rn. 43.

<sup>165</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

hen.<sup>166</sup> Der Grundsatz, dass der betroffene Aktionär das Vorliegen einer ungleichen Behandlung, die Gesellschaft hingegen deren sachliche Rechtfertigung darzulegen und zu beweisen hat, gilt auch dann, wenn ein Aktionär mit der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO geltend macht, dass ein von Vorstand und Aufsichtsrat beschlossener Bezugsrechtsabschluss das Gleichbehandlungsgebot (§ 53a AktG) verletze.<sup>167</sup>

## 6. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

### a)

Der nach **freiem Ermessen** festzusetzende **Beschwerdewert** für das Rechtsmittel der zur **Auskunftserteilung** verurteilten Partei (hier: Verurteilung einer Publikums-KG i.L. zur Gewährung einer vollständigen Liste sämtlicher Kommanditisten sowie zur Einsicht in bestimmte Geschäftunterlagen) bemisst sich gemäß **§ 3 ZPO** nach ihrem Interesse, die **Auskunft nicht erteilen zu müssen**. Dabei ist im Wesentlichen darauf abzustellen, welchen **Aufwand an Zeit und Kosten** die Erteilung der Auskunft erfordert und ob die verurteilte Partei ein schützenswertes Interesse daran hat, bestimmte Tatsachen vor dem Gegner geheim zu halten. Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Bemessung der Beschwer nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht die gesetzlichen Grenzen des ihm **gemäß § 3 ZPO** auch eingeräumten Ermessens überschritten oder sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat.<sup>168</sup> Hierbei ist der Höchstsatzes nach **§ 22 JVEG** von **21,00 € je Stunde** als Aufwand in Ansatz zu bringen.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

<sup>167</sup> a.a.O., juris, Rn. 46.

<sup>168</sup> Beschlüsse vom 03. Juli 2018 – [II ZB 13/17](#) – juris, Rn. 10 und – [II ZB 3/18](#) – juris, Rn. 10; siehe auch Beschluss vom 04. Juli 2018 – [XII ZB 82/18](#) – juris.

<sup>169</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtsmittels des zur Auskunft Verurteilten ist der Wert der Beschwer für den Kläger auch nicht deswegen maßgeblich, weil der zur Auskunft verurteilten Partei ansonsten der Zugang zur Berufungsinstanz häufiger verwehrt ist als der Klagepartei. Die unterschiedlichen Auswirkungen auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels rechtfertigen sich daraus, dass das Interesse der Prozessparteien verschieden hoch zu bewerten ist, weil das Verfahrensergebnis sich für die Parteien unterschiedlich auswirkt.<sup>170</sup> Diese Grundsätze gelten auch für den Fall, dass die **Auskunftsklage isoliert** erhoben wurde und nicht Teil einer Stufenklage ist.<sup>171</sup> Eine **übereinstimmende Angabe** der **Parteien** zum Streitwert ist **nicht maßgeblich**, weil dieser nicht gleichzusetzen ist mit der Beschwer des Beklagten als Rechtsmittelführer.<sup>172</sup>

**b)**

Der **Wert** einer **Feststellungsklage**, mit der sich das Mitglied einer **Gesellschaft** gegen seinen **Ausschluss** wendet, bestimmt sich nach dem **Interesse** am **Fortbestehen** der **Mitgliedschaft** und entspricht damit grundsätzlich dem **Wert** des von der Ausschließung betroffenen **Geschäftsanteils**.<sup>173</sup> Wenn sich das Mitglied gegen zwei in ihrer angestrebten Rechtsfolge inhaltsgleiche Ausschließungsbeschlüsse wendet, bleibt der Wert seines Begehrens auf das Interesse am Fortbestand der Mitgliedschaft beschränkt. Das Mitglied kann durch eine Feststellung der Unwirksamkeit beider Beschlüsse nicht mehr erreichen als den Fortbestand seiner Mitgliedschaft.<sup>174</sup>

**c)**

Ein **rechtliches Interesse** i.S.d. **§ 66 ZPO** ist für den **Gesellschafter** zu einem **Beitritt** in einem **gegen die Gesellschaft** geführten **Prozess** bei **Personenhandelsgesellschaften** wegen seiner Haftung nach §§ 128,

---

<sup>170</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>171</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>172</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>173</sup> Beschluss vom 11. September 2018 – [II ZR 37/18](#) – juris, Rn. 3.

<sup>174</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

129, 161 Abs. 2 HGB anerkannt. Bei **Zahlungsklagen** der Gesellschaft **gegen Nichtgesellschafter** ist dagegen ein solches Interesse **nicht gegeben**. Das Interesse, die Vermögenssituation der Gesellschaft als Klägerin zu verbessern, um etwa höhere Tantiemen von der klagenden Gesellschaft oder als Gesellschafter einer AG aufgrund der verbesserten Vermögenssituation der AG höhere Dividenden zu erhalten, ist ein rein wirtschaftliches und kein die Nebenintervention rechtfertigendes rechtliches Interesse.<sup>175</sup>

Ein ausreichendes rechtliches Interesse für eine Nebenintervention kann nicht dadurch begründet werden, dass im Fall eines Unterliegens der Gesellschaft als Klägerin im Klageverfahren ein **Kostenerstattungsanspruch** für den Beklagten entstehen kann, für den der Gesellschafter akzessorisch haften müsste. Das **rechtliche Interesse** i.S.d. § 66 Abs. 1 ZPO muss sich aus der **Entscheidung** in der **Hauptsache** ergeben und darf nicht erst durch den Rechtsstreit geschaffen werden, in dem der Beitritt erfolgen soll.<sup>176</sup> Für die Annahme eines rechtlichen Interesses i.S.d. § 66 Abs. 1 ZPO reicht es ebenso wenig aus, wenn die einzelnen Gesellschafter einer personalisiert strukturierten Gesellschaft etwa einer OHG oder KG als Verletzte einer Untreuehandlung anzusehen sind und ihnen deswegen nach **§ 406e Abs. 1 StPO** ein **Akteneinsichtsrecht** zusteht.<sup>177</sup>

Selbst wenn ein Beitritt zur **Widerklage** möglich ist, folgt daraus nicht, dass deswegen die Nebenintervention im Hinblick auf die Klage zulässig wird. Vielmehr ist die **Zulässigkeit** eines **Beitritts** zu **Klage** und **Widerklage jeweils selbständig zu prüfen**.<sup>178</sup>

#### d)

Auf den **Übergang** des **Vermögens** einer **GbR** oder einer **offenen Handelsgesellschaft** (im Wege der **Anwachsung**) ohne Liquidation auf den

<sup>175</sup> Beschluss vom 03. Juli 2018 – [II ZB 28/16](#) – juris, Rn. 10 f.

<sup>176</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>177</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>178</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.



letzten verbliebenen Gesellschafter sind die Regeln der **§§ 239 ff., 246 ZPO** und des **§ 86 Halbsatz 1 ZPO sinngemäß anzuwenden**. Danach ist die einem Rechtsanwalt erteilte **Prozessvollmacht** ungeachtet eines zwischenzeitlichen Erlöschens der GbR und der Rechtsnachfolge des verbleibenden Gesellschafters in ihr Aktiv- und Passivvermögen als fortbestehend anzusehen.<sup>179</sup>

**e)**

Bei **juristischen Personen** des **Privatrechts** genügt als **ladungsfähige Anschrift** die Angabe der **im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift**, sofern dort gemäß § 170 Abs. 2 ZPO Zustellungen an das Organ als gesetzlichen Vertreter der juristischen Person oder den rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter i.S.v. § 171 ZPO bewirkt werden können.<sup>180</sup>

**f)**

**Prozessuale rechtsstaatliche Grundsätze** gelten für **alle** der staatlichen Justizgewalt unterworfenen **Verfahrensbeteiligten**, die nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen parteifähig sind und von dem Prozess unmittelbar betroffen werden. Die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes stellt einen grundrechtsähnlichen Verfahrensgrundsatz dar, der jeder Partei eines Zivilrechtsstreits durch das Rechtsstaatsprinzip garantiert wird. Darauf können sich auch **juristische Personen** des **öffentlichen Rechts** berufen, wenn sie an einem Zivilprozess in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beteiligt sind,<sup>181</sup> obgleich sich eine Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß Art. 19 Abs. 3 GG grundsätzlich nicht auf die Grundrechte aus Art. 1 GG bis Art. 17 GG berufen kann. Zwar wird das Recht auf effektiven Rechtsschutz bei natürlichen Personen und juristischen Personen des Privatrechts herkömmlich aus dem Rechtsstaatsprinzip i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet und sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht Träger des Grundrechts aus Art. 2

<sup>179</sup> Urteil vom 12. Juni 2018 – [II ZR 229/16](#) – juris, Rn. 9.

<sup>180</sup> Urteil vom 28. Juni 2018 – [I ZR 257/16](#) – juris, Rn. 14 ff.

<sup>181</sup> Beschluss vom 29. November 2018 – [III ZB 19/18](#) – juris.

Abs. 1 GG. Prozessuale rechtsstaatliche Grundsätze müssen aber für alle der staatlichen Justizgewalt unterworfenen Verfahrensbeteiligten gelten, die nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen parteifähig sind und von dem Prozess unmittelbar betroffen werden. Insoweit kann nichts anderes gelten als im Rahmen des aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten **Willkürverbots**, das im Prozessrecht als Prinzip einer rechtsstaatlichen Ordnung bei Prozessbeteiligung juristischer Personen des öffentlichen Rechts zu beachten ist, ungeachtet dessen, dass diese nicht Träger des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG sind.<sup>182</sup>

Karlsruhe, den 06. Februar 2019

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

---

<sup>182</sup> a.a.O. juris, Rn. 10.