

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2020**

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

In der nachstehenden Übersicht sind die im 1. Halbjahr 2020 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)**

Ein **Auskunftsanspruch** über die **übrigen Anleger**, die als Treugeber über eine Treuhänderin an einer Gesellschaft beteiligt sind, kommt in Betracht, wenn sich die Treugeber über eine Treuhandkommanditistin an einer Publikums-Gesellschaft in Form einer KG beteiligt haben und die

---

<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.

**Anleger** aufgrund der im konkreten Fall getroffenen vertraglichen Vereinbarungen im **Innenverhältnis** eine **Innengesellschaft bürgerlichen Rechts** bilden. Der Auskunftsanspruch folgt auch bei Publikumsgesellschaften in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus **§ 716 Abs. 1 BGB** sowie aus dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten **Vertragsverhältnis**. Das Recht, seine Vertragspartner zu kennen, ist in jedem Vertragsverhältnis selbstverständlich. Der aus § 716 BGB erfolgende **Auskunftsanspruch** kann **gegen** den **geschäftsführenden Gesellschafter** oder das geschäftsführende **Organ** verfolgt werden.<sup>3</sup>

**Voraussetzung** für die Annahme einer **Innengesellschaft** ist, wie bei jeder GbR, der **Abschluss** eines **Gesellschaftsvertrags** zwischen beteiligten Gesellschaftern, der die von den Gesellschaftern erzielte **Einigkeit** darüber voraussetzt, einen **gemeinsamen Zweck** zu verfolgen und diesen durch **gemeinsame Leistungen** zu fördern. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich der Treuhandvertrag nicht in der Regelung des jeweiligen Treuhandverhältnisses zwischen den Beteiligten erschöpft, sondern Regelungen für das Rechtsverhältnis der Treugeber untereinander i.S. einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung als einer Innengesellschaft enthält, deren handelndes Organ im Außenverhältnis gegenüber der Fondsgesellschaft die Treuhänderin ist.<sup>4</sup>

Als **gemeinsam verfolgter Zweck** der Anleger-Innengesellschaft kommt die **Wahrnehmung** der im Treuhandvertrag eingeräumten **Rechte** in der **Anlegerversammlung** in Betracht, die über die Rechte des einzelnen Anlegers unmittelbar gegenüber der Treuhänderin hinausgehen und sich von den Rechten der Gesellschafterversammlung der Gesellschafter der Fondskommanditgesellschaft unterscheiden. Der für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags erforderliche **Rechtsbindungswille** der Anleger kann sich aus der **Unterzeichnung** der jeweiligen **Beitrittserklärungen**

---

<sup>3</sup> Beschluss vom 19. November 2019 – [II ZR 263/18](#) – juris, Rn. 13.

<sup>4</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

und dem darin liegenden Abschluss des Treuhandvertrags ergeben. Voraussetzung dafür ist, dass hinreichend deutlich zu entnehmen ist, dass er auch das Rechtsverhältnis der Anleger untereinander regelt. Für den Beitritt des einzelnen Anlegers ist es **nicht erforderlich**, dass er bei der Abgabe seiner Beitrittserklärung (auch) das **Bewusstsein** hatte, einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts beizutreten.<sup>5</sup>

Der **Annahme** einer **Innengesellschaft** bürgerlichen Rechts **steht nicht entgegen**, wenn den Anlegern im Treuhandvertrag **keine** besonderen **Förder- oder Verwaltungspflichten** auferlegt werden. Eine Gesellschaft kommt zwar nur zustande, wenn alle Beteiligten verpflichtet sind, den Gesellschaftszweck durch gemeinsame Leistungen zu fördern. Als **Beitragspflicht genügt** jedoch regelmäßig bereits die aus dem **Halten der Beteiligung folgende Verpflichtung**, den gemeinsamen Zweck zu fördern. Für Auskunftsansprüche innerhalb der Innengesellschaft bürgerlichen Rechts kommt es nicht auf die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags der Kommanditgesellschaft an, sondern vielmehr darauf, wie die Treugeber ihr Innenverhältnis zueinander rechtlich gestaltet haben.<sup>6</sup>

**§ 716 BGB** gewährt dem einzelnen Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sich durch **Einsicht** in die **Bücher** und **Papiere** der Gesellschaft über deren **Angelegenheiten zu unterrichten**. Bei den **Namen** und **Anschriften** der **Gesellschafter** handelt es sich um eine Angelegenheit der BGB-Gesellschaft.<sup>7</sup>

Dem **Auskunftsanspruch** aus § 716 BGB steht unter dem Aspekt des **§ 242 BGB** die nur **(abstrakte) Gefahr des Missbrauchs** der Daten durch einen Anwalt des klagenden Anlegers zur **Gewinnung** von **Mandanten nicht entgegen**. Allein dadurch kann eine konkrete Gefahr eines Datenmissbrauchs nicht begründet werden. Eine **eigenmächtige Nutzung** der gewonnenen Anlegerdaten, d.h. ohne eine dahingehende

---

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

Beauftragung durch den Anleger im Rahmen der Verfolgung von dessen Interessen, um konkrete Mandate zu werben, stellt zwar einen Missbrauch der Daten dar. Dieser Missbrauch kann aber zum einen nicht dem Anleger als eigener Missbrauch angelastet werden, solange er nicht mit dem Rechtsanwalt kollusiv zusammenwirkt, um dessen späteres missbräuchliches Handeln zu ermöglichen. Zum anderen sind in diesem Falle berufsrechtliche und datenschutzrechtliche Rechtsbehelfe gegeben, um gegen ein derartiges missbräuchliches Verhalten eines Anwalts vorzugehen.<sup>8</sup> Ebenso wenig stehen die Art. 5 und Art. 6 DS-GVO der Weitergabe der Daten entgegen.<sup>9</sup>

**b)**

Die bei einer **zweigliedrigen**, vermögensverwaltenden **Gesellschaft** bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte **Anwachsung** seines Gesellschaftersanteils beim überlebenden Gesellschafter unter **Ausschluss** eines **Abfindungsanspruchs** kann eine **Schenkung** i.S.v. **§ 2325 Abs. 1 BGB** sein.<sup>10</sup>

Als Mittel der gewillkürten Weitergabe von Vermögensgegenständen im Todesfall stehen dem Erblasser im deutschen Recht neben den Verfügungen von Todes wegen auch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb des Erbrechts offen. Insbesondere im Recht der Personengesellschaften besteht die Möglichkeit der Zuwendung von Rechtspositionen auf den Todesfall kraft gesellschaftsvertraglicher Regelungen.<sup>11</sup> Der **allseitige Abfindungsausschluss** für den Fall des **Ausscheidens** eines Gesellschafters ist dabei für sich allein **grundsätzlich nicht** als **Schenkung** zu werten. Zum einen haben gesellschaftsvertragliche Nachfolgevereinbarungen – selbst wenn sie Abfindungsansprüche der Erben völlig ausschließen – im Allgemeinen nicht den Sinn, dem jeweils in Aussicht genommenen Nachfolger in den Gesellschaftersanteil letztwillig etwas

---

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>9</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>10</sup> Urteil 03. Juni 2020 – [IV ZR 16/19](#) – juris, Rn. 14.

<sup>11</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

zuzuwenden, sondern sie sollen in erster Linie gewährleisten, dass das Gesellschaftsunternehmen beim Tod eines Gesellschafters erhalten bleibt und seine Fortführung durch die oder den verbliebenen Gesellschafter nicht durch Abfindungsansprüche erschwert wird. Aufgrund der **Zwecke** einer **gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung** passt schon das Begriffspaar entgeltlich-unentgeltlich nicht, sondern vielmehr liegt eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Mitgliedschaft zur Erhaltung eines gesellschaftlich gebundenen Zweckvermögens vor.<sup>12</sup> Zum anderen handelt es sich in der Regel beim allseitigen Abfindungsausschluss **nicht** um eine **Zuwendung** an die Mitgesellschafter, sondern um ein **aleatorisches (zufallsabhängiges) Geschäft**. Denn jeder Gesellschafter wendet dem anderen das Gleiche zu, und jeder nimmt das gleiche Risiko auf sich, dass der Vorteil der Nachfolge in den Anteil dem anderen zufällt.<sup>13</sup>

Diese Grundsätze lassen für andere Fallgestaltungen hinreichend Raum, um auch bei Berücksichtigung des Fortführungsinteresses aus der Sicht eines Unternehmens die schutzwürdigen Belange der Nachlassbeteiligten wie z.B. der Pflichtteilsberechtigten zur Geltung zu bringen. Dabei hat das Gericht den Umständen des jeweils vorliegenden Geschäftes im Einzelnen sorgfältig nachzugehen. Es ist zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die die Annahme einer in dem Abfindungsausschluss liegenden Schenkung rechtfertigen könnten.<sup>14</sup>

## 2. Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

---

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

a)

Ein **Anleger** ist über wesentliche **kapitalmäßige** und **personelle Verflechtungen** zwischen den Gesellschaftern und den Unternehmen, in deren Hand die Gesellschaft die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat, **zu informieren**. Denn zu einem richtigen Bild über die beabsichtigte Beteiligung gehört auch die Kenntnis davon, dass die Gestaltung der Beteiligung die konkrete **Gefahr** von **Sondervorteilen** zulasten der Beteiligungsgesellschaft birgt. Derartige Verflechtungen begründen die Gefahr einer Interessenkollision auch zum Nachteil der im Rahmen einer **Unterbeteiligung** beitretenden Gesellschafter. Denn gerade die kapitalmäßigen oder personellen Verflechtungen einer Treuhandkommanditistin können eine Interessenkollision zum Nachteil der Anleger hervorrufen. Der einzelne Anleger kann deshalb erwarten, dass er über diesen Sachverhalt aufgeklärt wird, damit er drohende Gefährdungen seiner Interessen erkennen und in Kenntnis dieses Risikos seine Entscheidung treffen kann.<sup>15</sup>

Soll die erforderliche **Aufklärung** durch die **Übergabe** des **Fondsprospektes** erfolgen, muss dieser dem Anleger so **rechtzeitig vor** der **Anlageentscheidung** übergeben werden, dass er sich mit seinem Inhalt vertraut machen kann. Wird der Prospekt frühestens **bei dem Beratungsgespräch** übergeben, in dessen Verlauf der Anleger auch die Anlage zeichnet, **genügt dies nicht**. Denn eine solche Übergabe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Zeichnung der Beteiligungen gibt dem Anleger nicht die Möglichkeit sich vor seine Entscheidung mit den (umfassenden) Prospekten ausreichend vertraut zu machen.<sup>16</sup>

b)

Der **Prospekt** über ein **Beteiligungsangebot**, der für einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die **einzige Unterrichtungsmöglichkeit** darstellt, muss den Anleger über **alle Umstände**, die für seine Entschlie-

---

<sup>15</sup> Beschluss vom 18. Februar 2020 – [XI ZR 196/19](#) – juris, Rn. 8.

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

ßung von **wesentlicher Bedeutung** sind oder sein können, **sachlich richtig** und **vollständig** zu unterrichten. Dazu gehört auch eine Darstellung der **wesentlichen kapitalmäßigen** und **personellen Verflechtungen** zwischen einerseits der Fondsgesellschaft, ihren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, und andererseits dem Unternehmen sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, in deren Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Prospekt durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat, und die Aufklärung über die diesem Personenkreis gewährten Sonderzuwendungen oder Sondervorteile.<sup>17</sup>

Da allein **kapitalmäßige** oder **personelle Verflechtungen** bereits die **Gefahr** einer **Interessenkollision** zum Nachteil der Anleger hervorrufen können, ergreift die **Aufklärungspflicht** ohne Unterschied alle Zuwendungen an die Gesellschafter und ihre Unternehmen außerhalb des Gesellschaftsvertrags. Dabei spielt es keine Rolle für die Aufklärungspflicht, ob die Konditionen des zugrundeliegenden Geschäfts üblich waren und der Gesellschaft tatsächlich keine Nachteile oder sogar Vorteile gebracht haben.<sup>18</sup>

Zu einem richtigen Bild über die Beteiligung gehört auch das Wissen darüber, dass dem **Gründungsgesellschafter** die **konkrete Chance** eröffnet wird, zu Lasten des Vermögens der Beteiligungsgesellschaft erhebliche **finanzielle Sondervorteile** zu erlangen. Einem Gründungsgesellschafter bereits gewährte Sondervorteile müssen im Emissionsprospekt auch dann offengelegt werden, wenn sie bereits vor dem Beitritt eines Anlegers erfolgt sind, aber im Zusammenhang mit dem Anlageprojekt stehen.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Urteil vom 19. November 2019 – [II ZR 306/18](#) – juris, Rn. 8; ebenso Urteile vom 09. Dezember 2019 – [II ZR 96/19](#) –; vom 17. Dezember 2019 – [II ZR 85/19](#) –; vom 18. Dezember 2019 – [II ZR 131/19](#) –; vom 03. Januar 2020 – [II ZR 98/19](#) – juris und – [II ZR 100/19](#) – sowie vom 13. Januar 2020 – [II ZR 97/19](#) – juris.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

c)

Die **Abfindungsforderung** eines **vor der Insolvenz ausgeschiedenen Gesellschafters** einer **GmbH & Co. KG** ist **nicht als Insolvenzforderung** zur Tabelle festzustellen, sondern erst bei der **Schlussverteilung** nach **§ 199 InsO** zu berücksichtigen, wenn ihre Auszahlung gegen **§§ 30, 31 GmbHG** analog **verstoßen** würde.<sup>20</sup>

Bei der **insolvenzrechtlichen Einordnung** der Abfindungsforderung eines bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeschiedenen Gesellschafters ist etwaigen gesellschaftsrechtlichen haftungs- oder kapitalhaltungsrechtliche Bindungen der Forderung, die einer gleichrangigen Befriedigung mit Forderungen anderer Gläubiger entgegenstehen können, Rechnung zu tragen.<sup>21</sup> Als sogenanntes Gläubigerrecht nimmt der Abfindungsanspruch eines vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeschiedenen Gesellschafters eine **Zwischenstellung** zwischen mitgliedschaftlichen Rechten und Drittgläubigerrechten der Gesellschafter ein.<sup>22</sup>

**Mitgliedschaftliche Rechte** von **Gesellschaftern** begründen in der Insolvenz der Gesellschaft **keine Insolvenzforderungen** gemäß § 38 InsO. Insbesondere kann ein Gesellschafter in der Insolvenz nicht die von ihm erbrachten Einlagen und Beiträge zurückfordern, denn die **Einlage** stellt **haftendes Kapital** der Gesellschaft dar. Der Gesellschafter ist daher mit der Rückforderung seiner Einlage auf die Verteilung eines eventuellen Überschusses bei der **Schlussverteilung** gemäß § 199 InsO zu verweisen. Dagegen stellen **Drittgläubigerrechte**, die den Gesellschaftern unabhängig von ihrer Mitgliedschaft aus einem Schuldverhältnis gegen die Gesellschaft zustehen, grundsätzlich **Insolvenzforderungen** gemäß § 38 InsO, ggf. mit Nachrang gemäß § 39 InsO, dar.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Urteil vom 28. Januar 2020 – [II ZR 10/19](#) – juris, Rn. 10.

<sup>21</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn.26.

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.



**Gläubigerrechte** sind hingegen Ansprüche, die zwar aus dem Gesellschaftsverhältnis entstammen, sich aber von der Mitgliedschaft gelöst und rechtlich verselbständigt haben, so dass sie wie schuldrechtliche Ansprüche zu behandeln sind. Von reinen Drittgläubigerrechten unterscheiden sie sich indes dadurch, dass sie trotz ihrer Verselbständigung ihren gesellschaftsrechtlichen Sinngehalt behalten haben und daher insoweit weiterhin **gesellschaftsrechtlichen Bindungen** unterliegen können.<sup>24</sup>

Danach vermag allein die rechtliche Verselbständigung der Gläubigerrechte ihre generelle Einordnung als Insolvenzforderung i.S.v. § 38 InsO nicht zu begründen. Vielmehr ist ihren fortbestehenden gesellschaftsrechtlichen Bindungen auch bei der insolvenzrechtlichen Einordnung Rechnung zu tragen. Das gilt insbesondere für etwaige haftungs- oder kapitalerhaltungsrechtliche Bindungen, die ihrer gleichrangigen Befriedigung der Abfindungsforderung mit den Forderungen der übrigen Gläubiger der Gesellschaft entgegenstehen. Andernfalls würde der Zweck dieser materiell-rechtlichen Bindungen bei der KG, die geleistete Hafteinlage und bei der GmbH, das Stammkapital als Haftungsmasse bzw. Befriedigungsreserve der Gesellschaftsgläubiger zu erhalten unterlaufen.<sup>25</sup> Dass der vor der Insolvenz ausgeschiedene Gesellschafter nicht mehr Beteiligter der Gesellschaft und daher vom Wortlaut des § 199 InsO nicht mehr erfasst ist, rechtfertigt danach keine andere Beurteilung, da auch die Abfindungsforderung eines ausgeschiedenen Gesellschafters weiterhin haftungs- oder kapitalerhaltungsrechtlich gebunden sein kann (§§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG; §§ 172 Abs. 4, 171 Abs. 1 HGB).<sup>26</sup>

Wie etwaigen **haftungs- oder kapitalerhaltungsrechtlichen Bindungen** der Abfindungsforderung bei der insolvenzrechtlichen Einordnung Rechnung zu tragen ist, hängt von der jeweiligen **Gesellschaftsform** ab.<sup>27</sup> Bei einer GmbH & Co. KG sind sowohl die für die KG geltenden Haftungsre-

---

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>27</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

geln der §§ 171 ff. HGB zu berücksichtigen, als auch die für Auszahlungen der KG an den Gesellschafter entsprechend anwendbaren Kapitalerhaltungsregeln der §§ 30, 31 GmbHG.<sup>28</sup>

Die **Haftungsregeln** der **§§ 171 ff. HGB** stehen einer Einstufung der Abfindungsforderung des vor Insolvenz ausgeschiedenen Kommanditisten als einfache Insolvenzforderung nicht entgegen, wenn nach dem gegebenen Sachverhalt eine noch andauernde Nachhaftung als Kommanditist gemäß §§ 171 ff., §§ 160, 161 Abs. 1 HGB nicht auszuschließen ist.<sup>29</sup>

Nach §§ 171 ff. HGB unterliegt der Abfindungsanspruch eines **Kommanditisten** insofern noch einer **(Nach-) Haftung**, als die Auszahlung der Abfindung grundsätzlich eine haftungsschädliche Einlagenrückgewähr gemäß § 172 Abs. 4 HGB darstellt, die zum Wiederaufleben der Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB führt. Nach §§ 160, 161 Abs. 1 HGB greift diese Haftung jedoch nur gegenüber sog. **Altgläubigern**, d.h. für vor dem Ausscheiden des Gesellschafters begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sowie nur dann, wenn die Forderung innerhalb von **fünf Jahren** nach seinem **Ausscheiden fällig** geworden und fristwährend in einer der in § 160 Abs. 1 und 2 HGB bezeichneten Weise geltend gemacht oder festgestellt worden ist. Nehmen Altgläubiger am Insolvenzverfahren teil, müsste der Insolvenzverwalter eine auf den Abfindungsanspruch des Kommanditisten ausgezahlte Quote nach § 172 Abs. 2 HGB wieder zur Masse einfordern. Deshalb hat der ausgeschiedene Kommanditist mit seinem Abfindungsanspruch bis zur vollständigen Befriedigung der Altgläubiger diesen gegenüber zurückzustehen. Das gilt aber nicht im Verhältnis zu den Forderungen der übrigen (Neu-) Gläubiger der Gesellschaft, mit denen seine Abfindungsforderung gleichrangig zu befriedigen ist.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

Bei der Auszahlung des Abfindungsguthabens an einen aus einer GmbH & Co. KG ausscheidenden Kommanditisten ist die Kapitalerhaltungsregel des **§ 30 Abs. 1 GmbHG** zu beachten, da auch Leistungen aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft mittelbar das Stammkapital der Komplementär-GmbH betreffen können.<sup>31</sup> Eine Zahlung aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH oder einen Kommanditisten ist eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung, wenn dadurch das **Vermögen** der **GmbH** unter die **Stammkapitalziffer** sinkt oder eine **bilanzielle Überschuldung** vertieft wird.<sup>32</sup> Ist die Komplementär-GmbH an der KG kapitalmäßig beteiligt, führt jede Leistung aus dem Vermögen der KG ohne gleichwertige Gegenleistung auch zu einer Minderung des Kapitalanteils der GmbH, wodurch deren Gesamtvermögen unter den Nennwert des Stammkapitals absinken kann. Auch ohne kapitalmäßige Beteiligung der GmbH an der KG kann eine Unterbilanz oder Überschuldung aber auch dadurch entstehen oder vertieft werden, dass die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der KG für deren Verbindlichkeiten haftet (§§ 161 Abs. 2, 128 HGB) und entsprechende Passivposten bilden muss. Hierfür kann sie zwar ihren gegen die KG gerichteten **Freistellungsanspruch** aus §§ 161 Abs. 2, 110 HGB in ihrer Bilanz **aktivieren**. Führt eine Leistung der KG an einen Gesellschafter aber zur Aushöhlung des Vermögens der KG, so ist der Freistellungsanspruch der GmbH **nicht mehr durchsetzbar** und in der Bilanz nicht aktivierbar.<sup>33</sup>

Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die **Beurteilung**, ob eine Zahlung zu einer Unterbilanz oder Überschuldung führt oder diese vertieft, ist im Rahmen von § 30 Abs. 1, § 31 GmbHG nicht der Zeitpunkt, in dem die Forderung begründet worden ist, sondern der Zeitpunkt der **Auszahlung**.<sup>34</sup> Das gilt auch für den Fall der **Einziehung**, in dem § 30 Abs. 1 GmbHG über die

---

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

Verweisung des § 34 Abs. 3 GmbHG Anwendung findet.<sup>35</sup> Danach ist, da die entsprechende Anwendung von §§ 30, 31 GmbHG auf die GmbH & Co. KG dem mittelbaren Schutz des Stammkapitals der Komplementär-GmbH dient, auch im Fall des Abfindungsanspruchs eines aus einer KG ausgeschiedenen Gesellschafters für die Beurteilung der Vermögenssituation auf den Zeitpunkt der Auszahlung des Abfindungsbetrages abzustellen.<sup>36</sup>

Weitere **Voraussetzung** für die **Anwendung** von **§ 30 Abs. 1 GmbHG** ist auch bei entsprechender Anwendung auf die GmbH & Co. KG, dass der **Zahlungsempfänger** im Zeitpunkt der Begründung seines Anspruchs **Gesellschafter** war; nicht notwendig ist dagegen, dass er auch bei Erfüllung des Anspruchs noch Gesellschafter ist. Ist danach eine Leistung aus dem Vermögen der KG unter (mittelbarem) Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG erfolgt, steht ihr gegen den Leistungsempfänger ein Rückerstattungsanspruch nach § 31 GmbHG zu.<sup>37</sup>

Nicht zu folgen ist der in der Literatur im Anschluss an eine Entscheidung des Kammergerichts<sup>38</sup> vertretenen Auffassung, wonach die Gesellschaft sich in denjenigen Fällen, in welchen die Abfindung zum Zeitpunkt des Ausscheidens und auch noch ein Jahr danach aus dem freien Vermögen der Gesellschaft hätte bedient werden können, nach Ablauf dieses Zeitraums nicht mehr auf das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG soll berufen können.<sup>39</sup> Das Kammergericht hat zur Begründung seiner Auffassung ausgeführt, ein ausgeschiedener Gesellschafter hafte für etwaige, nach seinem Ausscheiden eintretende Kapitalverluste nicht und er könne einem Gesellschafter nicht zeitlich unbegrenzt gleichgestellt werden könne. Vielmehr müsse die Rechtsprechung, wonach der Darlehensrückzahlungsanspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters im

---

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 41.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 43.

<sup>38</sup> Urteil vom 09. März 2015 – 23 U 112/11 – juris.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 51.

Insolvenzverfahren allenfalls dann als nachrangig gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zu behandeln sei, wenn der Gesellschafter noch innerhalb der Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, d.h. im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder danach, Gesellschafter gewesen sei, erst recht auch für seinen Abfindungsanspruch gelten.<sup>40</sup>

Diesem Erst-recht-Schluss des Kammergerichts steht die gebotene Unterscheidung zwischen dem Eigenkapital der Gesellschaft und lediglich eigenkapitalersetzendem Fremdkapital der Gesellschaft, für das mit dem MoMiG die frühere Gleichstellung mit Eigenkapital aufgegeben und durch im Insolvenzfall greifende Regelungen der Nachrangigkeit und Anfechtbarkeit ersetzt wurde, entgegen.<sup>41</sup> Gegen eine entsprechende Anwendung der zeitlichen Beschränkung der Anfechtbarkeit von Gesellschafterdarlehen spricht die besondere Bedeutung des Eigenkapitals als haftendes Grundkapital und den dadurch geleisteten Gläubigerschutz. Diese besondere Bedeutung kommt etwa darin zum Ausdruck, dass der Rückforderungsanspruch des § 31 Abs. 1 GmbHG materiell-rechtlich keiner § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO entsprechenden kurzen zeitlichen Beschränkung unterliegt, sondern nur einer zehnjährigen Verjährungsfrist (§ 31 Abs. 5 GmbHG). Auch die in § 34 Abs. 3 GmbHG angeordnete Geltung des § 30 Abs. 1 GmbHG bei der Einziehung von Geschäftsanteilen enthält keine zeitliche Beschränkung zugunsten des ausgeschiedenen Gesellschafters. Damit besteht für den ausgeschiedenen Gesellschafter stets das Risiko, seinen Abfindungsanspruch nicht oder nicht vollständig geltend machen zu können.<sup>42</sup>

Der Einwand, der Gesellschafter verliere mit seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft jegliche Möglichkeit der Einflussnahme und sei demzufolge auch nicht mehr für deren hinreichende Kapitalausstattung verantwortlich, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Zum einen trifft auch den **ausgeschiedenen Gesellschafter** immer noch insoweit eine **Finanzie-**

---

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 52.

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 53.

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 55.

**rungsverantwortung**, als er sich mit seinem Beitritt zu der Gesellschaft zur Aufbringung und Erhaltung des Mindestkapitals im Gegenzug zu dem Privileg der fehlenden persönlichen Gesellschafterhaftung verpflichtet hat und ihm diese Verpflichtung jedenfalls im Rahmen der §§ 34 Abs. 3, 31 Abs. 1 GmbHG weiterhin obliegt. Zum anderen wird der Schutz des ausgeschiedenen Gesellschafters vor nach seinem Ausscheiden entstehenden Kapitalverlusten dadurch gewährt, dass ihm, sollte eine Auszahlung nicht ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG möglich sein, die übrigen Gesellschafter anteilig persönlich für die Zahlung der Abfindung haften, wenn sie treuwidrig nicht entweder dafür sorgen, dass die Abfindung durch Auflösung von stillen Reserven oder Herabsetzung des Stammkapitals aus ungebundenem Vermögen geleistet werden kann, oder die Gesellschaft auflösen.<sup>43</sup>

Der **Ausnahmetatbestand** des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG greift nicht ein. Der Abfindungsanspruch ist weder ein Darlehensrückzahlungsanspruch noch eine Forderung aus einer wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlung.<sup>44</sup> Die Vereinbarung einer **ratenweisen Zahlung** der Abfindung führt nicht zur Anwendbarkeit von § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG.<sup>45</sup> Es kann offenbleiben, ob die Ratenzahlungsvereinbarung überhaupt wirksam ist, obgleich die erste Rate danach erst am Ende des auf das Ausscheiden folgenden Jahres fällig wird, die Gesamtlaufzeit somit über zehn Jahre beträgt und damit die gemeinhin als zulässig angesehene **Höchstzeitdauer** von zehn Jahren überschreitet.<sup>46</sup> Unabhängig davon handelt es sich bei der Vereinbarung einer Ratenzahlung jedenfalls um keine einer Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechende Rechtshandlung i.S.d. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 56.

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Rn. 57.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 58.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 59.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 60.

Ungeachtet des Entstehungsgrunds entsprechen alle aus einem Austauschgeschäft herrührenden Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet werden, einem Darlehen, weil eine Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt. Jede Forderung eines Gesellschafters auf Rückzahlung eines von ihm aus seinem Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Geldbetrages ist darlehensgleich, sofern ein solcher Rückzahlungsanspruch durchgängig seit der Überlassung des Geldes bestand und sich Gesellschafter und Gesellschaft von vorneherein einig waren, dass die Gesellschaft das Geld zurückzuzahlen habe.<sup>48</sup>

Ob danach die nach dem Ausscheiden des Gesellschafters vereinbarte Stundung oder Ratenzahlung der Abfindungsforderung deren Umwandlung in eine einem Gesellschafterdarlehen gleichzustellende Forderung bewirken kann, kann dahinstehen. Wenn die Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung bereits im Gesellschaftsvertrag getroffen wurde, tritt mit dem Ausscheiden des Gesellschafters und dem Entstehen seiner Forderung auf Zahlung seines Abfindungsguthabens nicht automatisch eine Umwandlung von Eigen- in darlehensweise gewährtes Fremdkapital ein. Vielmehr ist sein Abfindungsanspruch von vorneherein nie in anderer Form als gesellschaftsvertraglich vereinbart, d.h. mit entsprechender zeitlicher Streckung entstanden. Ihr Eigenkapitalcharakter und damit ihre Eigenkapitalbindung besteht daher trotz der zeitlichen Streckung ihrer Auszahlung fort. Hiermit hat sich der Gesellschafter mit seinem Beitritt zur Gesellschaft einverstanden erklärt.<sup>49</sup>

Der **Verstoß** einer **Auszahlung** der **Abfindungsforderung** eines vor der Insolvenz ausgeschiedenen Gesellschafters **gegen §§ 30, 31 GmbHG analog** hat zur **Folge**, dass seine Forderung im **Insolvenzverfahren** weder als einfache (§ 38 InsO) noch als nachrangige (§ 39 InsO) Insol-

---

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 61.

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 62.

venzforderung zur Tabelle festgestellt werden kann, sondern er insoweit auf die **Schlussverteilung** nach **§ 199 InsO** zu verweisen ist.<sup>50</sup>

Seite 16 von 64

Das **Gebot** der **Erhaltung** des **Stammkapitals** nach § 30 Abs. 1 GmbHG greift zum Schutz sämtlicher, d.h. auch gemäß § 39 Abs. 1 InsO nachrangig zu befriedigender Insolvenzgläubiger der GmbH. Aufgrund dieser kapitalrechtlichen Bindung ist der Abfindungsanspruch trotz seiner Verselbständigung im Unterschied zu reinen Mitgliedschaftsrechten auch mit den Ansprüchen nachrangiger Insolvenzgläubiger nicht gleichrangig, da er auch zu deren Befriedigung die Erhaltung des Stammkapitals nicht beeinträchtigen darf. Der Gesellschafter ist daher, soweit sein Abfindungsanspruch dieser kapitalerhaltungsrechtlichen Bindung unterliegt, trotz seines Ausscheidens weiterhin wie ein noch an der Gesellschaft beteiligter Gesellschafter zu behandeln und entsprechend der Vorschrift des § 199 InsO derart als nachrangig einzustufen, dass ihm eine Befriedigungsmöglichkeit lediglich im Rang nach den nachrangigen Forderungen des § 39 Abs. 1 InsO zuerkannt werden kann.<sup>51</sup>

**d)**

Bei der **Veräußerung** eines **Handelsgeschäfts** während eines **Insolvenzverfahrens** in **Eigenverwaltung** ist **§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB** nicht **anwendbar**.<sup>52</sup>

Beim **Verkauf** des **Handelsgeschäfts** durch den **Insolvenzverwalter** im eröffneten Insolvenzverfahren findet **§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB** **keine Anwendung**. Die Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den Insolvenzverwalter duldet eine Schuldenhaftung des Erwerbers nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht, da sie den bestimmenden Grundsätzen des Insolvenzverfahrens zuwiderliefe. Die Aufgabe des Insolvenzverwalters, das Unternehmen im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im Ganzen zu veräußern, würde durch eine

---

<sup>50</sup> a.a.O., juris, Rn. 65.

<sup>51</sup> a.a.O., juris, Rn. 66.

<sup>52</sup> Urteil vom 03. Dezember 2019 – [II ZR 457/18](#) – juris, Rn. 8.



mögliche Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers erschwert werden. Zudem käme es zu einer **systemwidrigen Bevorzugung** einzelner hierdurch begünstigter **Insolvenzgläubiger** unter Benachteiligung der übrigen Insolvenzgläubiger, die sich angesichts einer dadurch zu erwartenden Erlösschmälerung mit einer geringeren Verteilungsmasse zu begnügen hätten. Dies widerspräche dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger.<sup>53</sup>

Für die **Veräußerung** im Insolvenzverfahren mit angeordneter **Eigenverwaltung** ergibt sich **nichts anderes**. Die Erwägungen, die zu einem Ausschluss der Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf Veräußerungen des Insolvenzverwalters geführt haben, sind auf Veräußerungsgeschäfte des Schuldners im Eigenverwaltungsverfahren übertragbar.<sup>54</sup>

Die **Entscheidung** über den **besten Weg** zur Erreichung der insolvenzrechtlichen Verfahrensziele (insbesondere Stilllegung, Fortführung, Insolvenzplan, übertragende Sanierung) ist gemäß § 157 InsO im Insolvenzverfahren der **Gläubigerversammlung** zugewiesen. Daran ändert sich grundsätzlich nichts, wenn bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung angeordnet wird (§ 270 Abs. 1 Satz 2 InsO). Das Insolvenzgericht bestellt allerdings keinen Insolvenzverwalter. Der Schuldner bleibt während der Dauer des Insolvenzverfahrens nach § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO berechtigt, unter der Aufsicht eines Sachwalters die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen. In Ausübung dieser Befugnisse kann es dem Schuldner obliegen, sein Handelsgeschäft im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im Ganzen zu veräußern.<sup>55</sup>

Die **Anwendung** des **§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB** würde auch in der Eigenverwaltung zu einer **Bevorzugung** einzelner **Insolvenzgläubiger** führen, wodurch die übrigen Insolvenzgläubiger, die sich angesichts einer dadurch

---

<sup>53</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

zu erwartenden Erlösschmälerung mit einer geringeren Verteilungsmasse zu begnügen hätten, benachteiligt würden. Eine Bevorzugung einzelner Insolvenzgläubiger widerspricht dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger, der auch im Eigenverwaltungsverfahren Geltung beansprucht.<sup>56</sup>

Eine Veräußerung des Handelsgeschäfts durch den eigenverwaltenden Schuldner ist auch **nicht** mit der **Veräußerung** durch den **Sequester** nach der Konkursordnung **vergleichbar**.<sup>57</sup> Zwar ist **§ 25 Abs. 1 Satz 1 HGB** auf die **Veräußerung** eines Handelsgeschäfts durch den Sequester der Konkursordnung **anzuwenden** gewesen, weil Funktionen und Befugnisse von Sequester und Konkursverwalter nicht miteinander vergleichbar sind. Eine Veräußerung durch den Sequester vor Konkurseröffnung war im Regelfall nicht ohne **Zustimmung** des **Schuldners** möglich. Sie stand damit rechtlich einer Veräußerung durch den Schuldner näher als derjenigen durch den Konkursverwalter. Zudem galt im **Sequestrationsverfahren** noch **nicht** der **Gleichbehandlungsgrundsatz**.<sup>58</sup> Einer Übertragung dieser Erwägungen auf den eigenverwaltenden Schuldner steht die **Ausgestaltung** des **Eigenverwaltungsverfahrens** entgegen. Die Stellung des eigenverwaltenden Schuldners ähnelt nicht der des Sequesters, sondern ist derjenigen des Insolvenzverwalters angeglichen.<sup>59</sup>

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** des **Schuldners** bei Anordnung der **Eigenverwaltung fortbestehen**. Dabei besteht die Gefahr, dass eine Person, die den Eintritt der Insolvenz nicht hat vermeiden können, mitunter nicht geeignet ist, die Insolvenzmasse bestmöglich zu verwerten und die Belange der Gläubiger über die eigenen Interessen zu stellen. Deswegen wird der Schuldner im Eigenverwaltungsverfahren der **Aufsicht** eines **Sachwalters** unterstellt.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>60</sup> RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 222 f.

Die Befugnisse des Schuldners und des Sachwalters werden in der Weise abgegrenzt, dass die **laufenden Geschäfte** von dem **Schuldner** geführt werden und der **Sachwalter** einerseits die **Geschäftsführung kontrolliert** und **unterstützt**, andererseits die besonderen Aufgaben wahrnimmt, die dem Insolvenzverwalter in erster Linie im **Interesse der Gläubiger** übertragen sind, insbesondere die **Anfechtung** von gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen.<sup>61</sup>

Bei der **Eigenverwaltung** einer **Gesellschaft** üben deren **Geschäftsleiter** weitgehend die Befugnisse aus, die im Regelverfahren dem **Insolvenzverwalter** eingeräumt sind. Durch § 276a Satz 1 InsO wird klargestellt, dass die **Überwachungsorgane** der Gesellschaft keine weitergehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsleitung haben sollen als bei der Bestellung eines Insolvenzverwalters. Die Führung der Geschäfte ist an dem Interesse der Gläubiger der Gesellschaft auszurichten. Auf diese Weise hat der Gesetzgeber den Pflichtenkreis und die Rechtsstellung der Geschäftsleiter an das Amt eines Insolvenzverwalters angeglichen. Die Geschäftsleiter des eigenverwaltenden Schuldners müssen ihr Handeln mithin an den Insolvenzzwecken und den Interessen der Gläubiger-gesamtheit ausrichten und eigene Interessen hintanstellen.<sup>62</sup>

Während der **Sequester** der **Konkursordnung** grundsätzlich **nicht** über **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse** verfügte, verbleiben diese Befugnisse aufgrund der Anordnung der Eigenverwaltung beim **Schuldner**. Dieser handelt als **Amtswalter** an Stelle des regulären Insolvenzverwalters. Insoweit kann dahinstehen, ob der eigenverwaltende Schuldner seine ursprüngliche privatautonome Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis behält, nunmehr aber insolvenzrechtlichen Pflichtenbindungen unterliegt, oder die ursprüngliche Befugnis erlischt und dem Schuldner vom Insolvenzgericht eine insolvenzspezifische Verfügungsbefugnis neu zugewiesen wird. Im Ergebnis unterliegt er weitgehend den **gleichen**

---

<sup>61</sup> Urteil vom 03. Dezember 2019, a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

**Bindungen wie der Insolvenzverwalter.** Dies zeigt sich bei der Gesellschaftsinsolvenz auch darin, dass die Überwachungsorgane der Gesellschaft bei der Eigenverwaltung keine weitergehenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung haben als im Falle der Fremdverwaltung durch den Insolvenzverwalter (§ 276a InsO).<sup>63</sup>

Auch sonst ist der **Sequester der Konkursordnung nicht** mit dem **eigenverwaltenden Schuldner vergleichbar**. Der Sequester begründete durch seine Handlungen **keine Masseforderungen**; auf den Schuldner findet dagegen im Eigenverwaltungsverfahren § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO wie bei einem Insolvenzverwalter Anwendung. Der Sequester konnte des Weiteren durch seine Rechtshandlungen **Anfechtungstatbestände verwirklichen**, wohingegen vom eigenverwaltenden Schuldner nach Verfahrenseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen nicht dem Anfechtungsrecht unterliegen. Der Sequester konnte ferner **nicht** das **Wahlrecht** bei gegenseitigen Verträgen ausüben, während der eigenverwaltende Schuldner auch insoweit dem Insolvenzverwalter gleichgestellt ist.<sup>64</sup>

Schließlich wird die **Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB** auf Veräußerungen durch den Sequester damit **begründet**, dass im Sequestersverfahren noch **nicht** der **Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung** greift. In der Eigenverwaltung hat der eigenverwaltende Schuldner demgegenüber wie der Insolvenzverwalter den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu wahren.<sup>65</sup>

Die Unanwendbarkeit des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB in der Eigenverwaltung setzt auch **keine unerwünschten Anreize**, vor Veräußerung des Handelsgeschäfts im größtmöglichen Umfang noch Waren- oder Werklieferungen zu beziehen, um einen höheren Kaufpreis zu erzielen.<sup>66</sup> Ein

---

<sup>63</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

solcher Anreiz besteht für die **Geschäftsleiter** der eigenverwalteten Gesellschaft nicht. Sie haften den Beteiligten für die Verletzung der ihnen obliegenden insolvenzspezifischen Pflichten **analog §§ 60, 61 InsO** auf **Schadensersatz**. Darüber hinaus trifft den **Sachwalter** eine **Prüfungs- und Überwachungs-pflicht**. Er muss durch Kontrollen des Schuldners sicherstellen, dass dieser seine Geschäftsführungsbefugnisse nicht zur Gläubigerschädigung missbraucht (§ 274 Abs. 2 InsO). Nach § 275 Abs. 1 Satz 2 InsO kann der Sachwalter der Eingehung von Verbindlichkeiten widersprechen, auch wenn sie zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören.<sup>67</sup>

e)

**Einzahlungen** auf ein **debitorisches Konto schmälern** die verteilungsfähige **Vermögensmasse** der Gesellschaft zu Lasten ihrer Gläubiger. Wird eine Forderung der Gesellschaft auf ein debitorisches Konto eingezogen, wird der künftigen Insolvenzmasse zugunsten der kontoführenden Bank die Forderung gegen den Drittschuldner entzogen. Der **Einzug** eines **Schecks** oder einer **Forderung** auf ein debitorisches Konto ist wirtschaftlich nicht anders zu behandeln als der Fall, dass der Geschäftsführer mit einem vom Schuldner erhaltenen Barbetrag die Forderung der Bank begleicht. Die Einziehung einer **Vorauszahlung** auf ein debitorisches Konto führt daher unabhängig davon, ob die auf Vorauszahlung gerichtete Forderung der Gesellschaft zu Gunsten der Gläubiger hätte verwertet werden können, zu einer Masseschmälerung. Es genügt, dass der Gesellschaft ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Vorauszahlenden zustand, den diese als Rechtsposition aufgibt, mithin der Gegenwert für das Geleistete aus dem Vermögen der Gesellschaft stammt.<sup>68</sup>

Für die **Erstattungspflicht** des **Geschäftsführers** kommt es nicht darauf an, ob die Vorauszahlungen auf das Konto bei der Bank auch bei pflicht-

---

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>68</sup> Urteil vom 11. Februar 2020 – [II ZR 427/18](#) – juris, Rn. 15.

gemäßem Verhalten in die Masse gelangt wären.<sup>69</sup> Voraussetzung für die Haftung des Geschäftsführers für Masseschmälerungen nach Eintritt der Insolvenzzreife ist die Veranlassung der Zahlung. Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für Schmälerungen des Gesellschaftsvermögens ist danach gegeben, wenn diese mit seinem Wissen und Wollen geschehen sind oder wenn diese von ihm hätten verhindert werden können.<sup>70</sup>

**Anknüpfungspunkt** für die **Haftung** gemäß § 130a Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 HGB ist der Verstoß gegen das in § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB normierte **Zahlungsverbot**, mithin die Vornahme einer Zahlung nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Das Zahlungsverbot greift danach bereits nach Insolvenzzreife und nicht erst mit der Entstehung der Insolvenzantragspflicht. Ebenso wenig liegt die die Haftung begründende Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers darin, dass er die Einrichtung eines kreditorischen Kontos unterlassen hat. Mit dem Hinweis auf die Möglichkeit, ein solches Konto einzurichten, wird kein rechtmäßiges Alternativverhalten beschrieben, sondern lediglich aufgezeigt, wie der organschaftliche Vertreter bei eingetretener Insolvenzzreife seiner auf die Masseerhaltung zielenden Sorgfaltspflicht nachkommen kann.<sup>71</sup>

Hat der **organschaftliche Vertreter** das für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehende **Vermögen** der Gesellschaft tatsächlich **geschmälert**, hängt seine **Ersatzpflicht** nicht davon ab, ob der Vermögenswert, der Gegenstand der Zahlung ist, der Gesellschaft im Falle eines pflichtgemäßen Verhaltens zur Verfügung gestanden hätte.<sup>72</sup> Die für die Zurechnung eines Schadens geltenden Grundsätze sind auf die Ersatzansprüche nach **§ 130a Abs. 2 Satz 1 HGB** nicht übertragbar. Die gegen die organschaftlichen Vertreter gerichteten Ansprüche gemäß § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB sind nicht auf Ersatz eines der Gesellschaft entstandenen Schadens gerichtet sind, sondern auf die Erstattung

---

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

derjenigen Mittel, die aus dem Vermögen der Gesellschaft abgeflossen sind, mithin einen „**Ersatzanspruch eigener Art**“ begründen. Damit ist es für den Inhalt des Anspruchs nicht erheblich, wie sich die Vermögenslage der Gesellschaft darstellen würde, wenn der organschaftliche Vertreter pflichtgemäß gehandelt hätte. Ein nach § 130a Abs. 2 Satz 2 HGB **sorgfaltsgerechtes Verhalten** des organschaftlichen Vertreters kann diesen lediglich hinsichtlich einer konkret eingetretenen Schmälerung der Verteilungsmasse **entschuldigen**. Es bildet aber keinen Maßstab für die vom Geschäftsführer wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot herzustellende Vermögenslage der Gesellschaft.<sup>73</sup> Dem kann auch **nicht** entgegengehalten werden, dass die **Masse** anderenfalls **ungerechtfertigt bereichert** wäre. Ihr wird vielmehr lediglich dasjenige wieder zugeführt, was ihr durch die Zuwendung an die Bank entzogen worden ist.<sup>74</sup> Der **Einwand** eines **rechtmäßigen Alternativverhaltens** muss hier auch deswegen **verschlossen** bleiben, weil dieser nicht auf die rechtmäßige Herbeiführung desselben Erfolgs, nämlich die Zuwendung der Vorauszahlungen an die Bank, gerichtet ist, sondern darauf, dass die Vorauszahlungen bei einem rechtmäßigen Verhalten erst gar nicht in das Vermögen der Schuldnerin gelangt wären und daher nicht Gegenstand einer Zuwendung an die Bank hätten werden können.<sup>75</sup>

Ob und in welchem Umfang eine **Masseschmälerung nachträglich ausgeglichen** worden ist, richtet sich ausschließlich danach, inwieweit bezogen auf den einzelnen Zahlungsvorgang der **Zweck der Ersatzpflicht** erreicht ist. Bezieht sich eine durch Insolvenzanfechtung erreichte Rückzahlung nicht auf einzelne Gutschriften, sondern auf die Saldodifferenz in einem bestimmten Zeitraum, werden die in die Saldodifferenz einfließenden Einzahlungen im Verhältnis der Saldodifferenz zur Gesamtsumme der Gutschriften, mithin zum selben Anteil ausgeglichen, wenn die Differenz die Summe der Gutschriften nicht erreicht.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>75</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

Der **Erstattungsanspruch entfällt** nicht nur bei **Erfüllung** durch das **Organ**, sondern auch durch einen **anderweitigen Ausgleich**, der den Zweck der Ersatzpflicht erreicht, sei es, dass im Wege der Insolvenzanfechtung die Rückerstattung der Zahlung erreicht wird oder für die Zahlung ein Gegenwert in das Vermögen der Gesellschaft gelangt und der Sache nach lediglich ein **Aktiventausch** vorliegt. Für den Ausgleich ist ein **unmittelbarer wirtschaftlicher**, nicht notwendig zeitlicher **Zusammenhang** mit der Zahlung erforderlich, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann. Auf eine Zuordnung nach wirtschaftlicher Betrachtung zu einzelnen masseschmälernden Leistungen kann nicht verzichtet werden, da der Ersatzanspruch nicht auf Erstattung eines Quotenschadens gerichtet ist.<sup>77</sup>

Wird im Wege der **Insolvenzanfechtung** die **Rückführung** des ausgehenden Dispositionskredits in Höhe des Betrags **ausgeglichen**, um den die Summe der in das Kontokorrent eingestellten Zahlungen die Auszahlungen übersteigt, ist angesichts der damit verbundenen **Saldierung** der Zahlungsein- und -ausgänge die **Zuordnung** dieses Ausgleichs zu einzelnen Gutschriften regelmäßig **nicht möglich**. Hieraus folgt aber nicht, dass eine Zuordnung nach **wirtschaftlicher Betrachtung** ausscheidet und ein den Zweck der Ersatzpflicht erreichender Ausgleich insgesamt zu verneinen ist. Auch steht es in diesem Fall nicht im Belieben des Insolvenzverwalters, die Einzahlungen auszuwählen, die aufgrund der Insolvenzanfechtung ausgeglichen werden. Die Zuordnung hat vielmehr nach **objektiven Kriterien** zu erfolgen, so dass nach dem Rechtsgedanken des § 366 Abs. 2 letzter Var. BGB sämtliche bei der Saldierung berücksichtigten Gutschriften verhältnismäßig, mithin zum selben Anteil ausgeglichen werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei diesen um Zahlungen im Sinne des § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB handelt. Das auf die Anfechtung des Insolvenzverwalters Geleistete gleicht bei wirtschaftlicher Betrachtung die Rückführung des Sollsaldos aus, in die sämtliche

---

<sup>77</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.



Gutschriften aus dem jeweiligen Betrachtungszeitraum gleichermaßen einfließen.<sup>78</sup>

Seite 25 von 64

Der **Geschäftsführer** handelt **fahrlässig**, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen **Informationen** und die **Kenntnisse** verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er **pflichtgemäß Insolvenzantrag** stellen muss. Dabei muss er sich, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt, **gegebenenfalls fachkundig beraten** lassen. Der selbst nicht hinreichend sachkundige Geschäftsführer ist **nur** dann **entschuldigt**, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen und danach keine Insolvenzreife festzustellen war. Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfergebnis einer **Plausibilitätskontrolle** zu unterziehen.<sup>79</sup>

### 3.

#### Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

##### a)

Eine **gemeinnützige Unternehmergeinschaft** (haftungsbeschränkt) kann mit „gUG (haftungsbeschränkt)“ **eingetragen** werden.<sup>80</sup>

Die **Firma** einer Unternehmergeinschaft muss nach § 5a Abs. 1 GmbHG abweichend von § 4 GmbHG den Rechtsformzusatz „Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ enthalten

---

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

<sup>80</sup> Beschluss vom 28. April 2020 – [II ZB 13/19](#) – juris, Rn. 10.

und im Übrigen den **Vorgaben** des **allgemeinen Firmenrechts** genügen (§ 13 Abs. 3 GmbHG i.V.m. §§ 17 ff. HGB). Die Firma darf insbesondere keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen (§ 18 Abs. 2 HGB). Weder § 5a Abs. 1 GmbHG noch § 18 HGB lässt sich entnehmen, dass die Bezeichnung als „gUG (haftungsbeschränkt)“ unzulässig ist.<sup>81</sup>

Der **Wortlaut** des § 5a Abs. 1 GmbHG gibt **keinen Aufschluss** darüber, ob eine gemeinnützige Unternehmergesellschaft die Abkürzung „gUG“ verwenden darf. Dass die abgekürzte Bezeichnung des Rechtsformzusatzes „UG (haftungsbeschränkt)“ lauten muss und in der Firma zu führen ist, verbietet Zusätze vor „UG“ dem Wortlaut nach nicht.<sup>82</sup>

Für die **Zulässigkeit** der Bezeichnung „gUG“ spricht, dass **§ 5a Abs. 1 GmbHG** die Bezeichnung „UG“ nur anstelle der Bezeichnung als GmbH, nicht auch als gGmbH anordnet. § 5a Abs. 1 GmbHG enthält eine **Sonderregelung zu § 4 Satz 1 GmbHG**, also nur des Rechtsformzusatzes. Die Unternehmergesellschaft ist **keine eigene Rechtsform**, sondern eine **Variante der GmbH**<sup>83</sup>, auf die das gesamte GmbHG anwendbar ist, soweit nicht § 5a GmbHG Sonderregelungen enthält. Eine Sonderregelung enthält § 5a Abs. 1 GmbHG nur für den Rechtsformzusatz der Unternehmergesellschaft.<sup>84</sup> Dass eine **Sonderregelung nur zu § 4 Satz 1 GmbHG** vorliegt, ergibt sich aus der **Entstehungsgeschichte** der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).<sup>85</sup> Mit § 4 Satz 2 GmbHG wollte der Gesetzgeber einer GmbH, die steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung verfolgt, „weiterhin“ ermöglichen, ihre Firma mit der Abkürzung „gGmbH“ zu bilden, die seiner Auffassung

---

<sup>81</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>82</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>83</sup> RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 31.

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>85</sup> Urteil vom 28. April 2020, a.a.O., juris, Rn. 14.

nach bereits von zahlreichen bestehenden Gesellschaften verwendet wurde.<sup>86</sup>

Seite 27 von 64

Für die **Zulässigkeit** spricht auch die **Systematik** des Gesetzes.<sup>87</sup> **Sinn und Zweck** von **§ 5a GmbHG** sprechen gleichfalls für die **Zulässigkeit** der Abkürzung „gUG“.<sup>88</sup> § 5a GmbHG schreibt die möglichen Rechtsformzusätze der Unternehmergesellschaft und damit insbesondere die ausgeschriebene Bezeichnung „(haftungsbeschränkt)“ zwingend vor, damit der Rechtsverkehr nicht darüber getäuscht wird, dass es sich um eine Gesellschaft mit möglicherweise sehr geringem Stammkapital handelt. Bezweckt ist die Information des Rechtsverkehrs über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse, weshalb insbesondere das Fehlen der persönlichen Haftung und die dadurch entstehende Gläubigergefährdung in ausreichender Weise offenzulegen ist. Die Offenlegung der Haftungsbeschränkung erfolgt in erster Linie durch den zwingend auszuschreibenden Zusatz „(haftungsbeschränkt)“, in geringerem Maße durch „UG“. Das Voranstellen des Buchstaben „g“ beeinträchtigt die Verständlichkeit dieses Rechtsformzusatzes und des damit bezweckten Gläubigerschutzes nicht. Für die GmbH ist der Gesetzgeber mit § 4 Satz 2 GmbHG ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Verständlichkeit des Rechtsformzusatzes durch die Hinzufügung der Abkürzung „g“ für gemeinnützig nicht beeinträchtigt wird.<sup>89</sup> Die Beschränkung des Zusatzes „g“ auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung würde auch dem **gesetzgeberischen Ziel** des **Ehrenamtsstärkungsgesetzes**, die Arbeit von gemeinnützigen Körperschaften zu fördern und zu vereinfachen, nicht entsprechen.<sup>90</sup>

Es ist **keine Verunsicherung** des **Rechtsverkehrs** durch einen Zusatz „g“ zu befürchten, da der Begriff „UG“ relativ neu ist und es einige Zeit in Anspruch nehmen wird, bis er sich im Rechtsverkehr etabliert habe. Die

---

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 15 unter Verweis auf RegE eines Gesetzes zur Entbürokratisierung des Gemeinnützigkeitsrechts, BR-Drucks. 663/12, S. 25.

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>88</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 21 unter Verweis auf RegE, BR-Drucks. 663/12, S. 1 f.

Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) hat sich nach ihrer Einführung durch das MoMiG im Jahr 2008 auch mit der Kurzform „UG (haftungsbeschränkt)“ durchgesetzt und weit verbreitet. Sie ist als Variante der GmbH mit geringerem Stammkapital mit ihrem Kürzel „UG“ den angesprochenen Verkehrskreisen mehr als elf Jahre nach ihrer Einführung bekannt. Hinzu kommt, dass dem Rechtsverkehr die Bedeutung des vorangestellten „g“ für gemeinnützig aufgrund der ausdrücklichen Zulassung in § 4 Satz 2 GmbHG im Jahr 2013 mittlerweile ebenfalls geläufig ist. Die beachtliche Anzahl der eingetragenen „g“-Gesellschaften spricht dafür, dass sich die Abkürzung „g“ für gemeinnützig auch aufgrund der Regelung bei der GmbH durchgesetzt hat und deshalb auch bei anderen Rechtsformzusätzen den Rechtsverkehr nicht verunsichert.<sup>91</sup>

**b)**

Soweit es nach **§ 15 Abs. 3 GmbHG** zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen durch Gesellschafter eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags bedarf, genügt dieser Form zwar auch die **Beurkundung** durch einen **ausländischen Notar**, wenn sie – wie im Fall eines Schweizer Notars – gleichwertig ist. Es kann aber auch im Gesellschaftsrecht nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die den inländischen Notaren übertragenen Aufgaben auch von ausländischen Notaren übernommen werden können. So regelt etwa **§ 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG** ausdrücklich, dass die **Belehrung** der **Geschäftsführer** einer GmbH auch durch einen im Ausland bestellten Notar erfolgen kann.<sup>92</sup>

**c)**

Ein **Geschäftsführer verliert** seine **Organstellung** kraft Gesetzes, wenn eine **persönliche Voraussetzung** für dieses Amt gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG **entfällt**. Das **Registergericht** hat seine Eintragungen in diesem Fall **von Amts wegen** im Handelsregister zu **löschen**. Dementsprechend hat das Registergericht die Eintragung eines Geschäftsführers einer

---

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>92</sup> Beschluss vom 13. Februar 2020 – [V ZB 3/16](#) – juris, Rn. 10.

GmbH von Amts wegen im Handelsregister zu löschen, wenn er als **Täter** (§ 25 StGB) oder als **Teilnehmer** (§§ 26, 27 StGB) wegen einer vorsätzlich begangenen **Straftat** nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG rechtskräftig verurteilt worden ist. **Unerheblich** ist, dass die Verurteilung durch **Strafbehelf** erfolgte (§ 410 Abs. 3 StPO).<sup>93</sup>

**d)**

Bei der **Kündigung** eines **Organmitglieds** ist eine vorherige **Abmahnung nicht erforderlich**. Das Institut der Abmahnung ist ursprünglich im Arbeitsrecht im Hinblick auf die **soziale Schutzbedürftigkeit abhängig Beschäftigter** entwickelt worden. Der Bundesgerichtshof wendet ein solches Erfordernis auf Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften nicht an. Sie kennen regelmäßig die ihnen obliegenden Pflichten und sind sich über die Tragweite etwaiger Pflichtverletzungen auch ohne besondere Hinweise und Ermahnungen im Klaren. An dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof nach der Schuldrechtsreform unter der Geltung des **§ 314 Abs. 2 BGB** festgehalten, weil die Zuweisung einer Arbeitgeberfunktion an den organschaftlichen Vertreter ein besonderer Umstand i.S.v. § 314 Abs. 2 Satz 3 BGB ist. Soweit die Gegenauffassung meint, dass anderenfalls jede leichte Pflichtverletzung genüge, um eine fristlose Kündigung auszusprechen, trifft dies im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Annahme eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB nicht zu – unbeschadet des Umstands, dass der Wiederholung einer bereits beanstandeten leichten Pflichtverletzung insbesondere bei Organmitgliedern regelmäßig ein schwereres Gewicht zukommt. Diese Erwägungen gelten in gleicher Weise für das **Organ** einer **Anstalt des öffentlichen Rechts**.<sup>94</sup>

**e)**

Wenn lediglich eines der zur **gemeinschaftlichen Vertretung** berufenen **Organmitglieder** der GmbH einen Mietvertrag unterzeichnet, ist die

---

<sup>93</sup> Beschluss vom 03. Dezember 2019 – [II ZB 18/19](#) – juris, Rn. 10 f.

<sup>94</sup> Urteil vom 07. Mai 2020 – [III ZR 10/19](#) – juris, Rn. 19.

**Schriftform** des **§ 550 BGB** nur dann gewahrt, wenn die Unterschrift den Hinweis enthält, dass das unterzeichnende Organmitglied auch diejenigen Organmitglieder vertreten will, die nicht unterzeichnet haben. Dies gilt aber nur, wenn nach dem Erscheinungsbild der Urkunde die Unterschrift des Unterzeichners in seiner Eigenschaft als Mitglied des mehrgliedrigen Organs abgegeben ist. Nur dann erweckt die Urkunde den Anschein, es könnten noch weitere Unterschriften, nämlich diejenigen der übrigen Organmitglieder, fehlen. Ist die **Vertretungsregelung** der Kapitalgesellschaft im **Rubrum** des Mietvertrages angegeben, lässt sich der ohne Vertretungszusatz geleisteten einzelnen Unterschrift grundsätzlich nicht entnehmen, ob die übrigen gesetzlichen Vertreter noch unterzeichnen müssen. Bei einer solchen Gestaltung folgen die Zweifel an der Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unmittelbar aus der Urkunde selbst.<sup>95</sup>

Anders liegt der Fall, wenn nach dem **Erscheinungsbild** der **Urkunde** der Unterzeichner für sich **allein** die **Berechtigung** zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts in Anspruch nimmt und dies durch einen die alleinige Vertretung der Gesellschaft anzeigenden **Zusatz** kenntlich macht. Ein solcher Zusatz kann in der Verwendung des vom Geschäftsinhaber autorisierten **Firmen- oder Betriebsstempels** liegen. Das Hinzusetzen eines Stempels zu einer Unterschrift weist denjenigen, der die Unterschrift geleistet hat, als unterschriftsberechtigt für den Stempelaussteller aus. Denn der Geschäftsverkehr misst dem Firmen- oder Betriebsstempel eine **Legitimationswirkung** bei. Die Abgabe einer unterschriebenen und mit Stempelzusatz abgeschlossenen Erklärung dokumentiert mangels abweichenden Anscheins im Hinblick auf die insoweit relevante äußere Form, mit der geleisteten Unterschrift hinsichtlich dieses Geschäfts zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft berechtigt zu sein und in diesem Sinne handeln zu wollen. Eine so in den Verkehr gegebene Erklärung wirft keinen Zweifel an ihrer Vollständigkeit auf. Daher erfüllt sie die Schriftform.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Urteil vom 26. Februar 2020 – [XII ZR 51/19](#) – juris, Rn. 23.

<sup>96</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

f)

Der für eine **Gewinnausschüttung** notwendige **Beschluss** über die **Feststellung** des **Jahresabschlusses** und die **Ergebnisverwendung** sind gemäß § 42a Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GmbHG bis zum Ablauf der ersten **elf Monate** des (nächsten) Geschäftsjahrs zu fassen. **Verstöße** gegen die **Frist** bleiben in der Regel **sanktionslos**; nach Ablauf der Frist gefasste Beschlüsse sind weder nichtig noch anfechtbar.<sup>97</sup>

Wird in einem **Kauf- und Übertragungsvertrag** über GmbH-Geschäftsanteile der **Gewinnauszahlungsanspruchs** an den Verkäufer **(rück-) abgetreten**, ist damit regelmäßig **nicht** auch das Recht auf den Verkäufer übertragen worden, nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft noch **mitgliedschaftliche Rechte** geltend zu machen. Eine Rückabtretung des Anspruchs auf Auszahlung des Gewinns ist zwar rechtlich möglich. Dieser Anspruch ist aber von dem an den Geschäftsanteil gebundenen Gewinnstammrecht zu unterscheiden.<sup>98</sup>

g)

Zwischen dem **Erstattungsanspruch** der **Gesellschaft** nach **§ 64 Satz 1 GmbHG** und der **Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Gläubigern** der Gesellschaft nach **§ 15a Abs. 1 InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB** ist zu **unterscheiden**. Die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Insolvenzantragspflicht führt zu einer deliktischen Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, die auf den Ersatz des Schadens gerichtet ist, der ihnen durch die verspätete oder unterlassene Stellung des Insolvenzantrags entstanden ist. Demgegenüber handelt es sich bei **§ 64 Satz 1 GmbHG nicht** um einen **Deliktstatbestand**, sondern um eine **eigenständige Anspruchsgrundlage** bzw. einen „Ersatzanspruch eigener Art“, welcher der Erhaltung der verteilungsfähigen Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse

---

<sup>97</sup> Beschluss vom 11. Februar 2020 – [VIII ZR 193/19](#) – juris, Rn. 4.

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

der Gesamtheit ihrer Gläubiger dient und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger verhindern soll. § 64 Satz 1 GmbHG ist **kein Schutzgesetz** i.S.d. **§ 823 Abs. 2 BGB** ist.<sup>99</sup> Für den Zeitraum nach **Abschluss** der **Liquidation** ergibt sich **nichts anderes**. Der Schutzzweck des Zahlungsverbots nach § 64 Satz 1 GmbHG bleibt auch mit dem Abschluss der Liquidation unverändert.<sup>100</sup>

Ein **Gläubiger** der GmbH kann den **Erstattungsanspruch** der Gesellschaft aus § 31 GmbHG **nicht selbst unmittelbar** gegen einen Gesellschafter **verfolgen**, auch nicht bei einem Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG. Eine Analogie zu § 62 Abs. 2 AktG kommt mangels einer planwidrigen Regelungslücke nicht in Betracht. Der Gesetzgeber hat im GmbH-Recht anders als im Aktienrecht die Pflicht des Gesellschafters, das Stammkapital der Gesellschaft zu erhalten, seit jeher ausdrücklich mit einem auf die Haftung gegenüber der Gesellschaft ausgerichteten Regelungskonzept abgesichert.<sup>101</sup>

**h)**

**Deutsches Gesellschaftsrecht** ist jedenfalls dann anzuwenden, wenn die Gesellschaft in **Deutschland** gegründet wurde und hier ihren **Sitz** hat. Die **Rechtsprechungsregeln** zum **Eigenkapitalersatz** sind **gesellschaftsrechtlich** zu qualifizieren.<sup>102</sup>

Nach den aus **§§ 30, 31 GmbHG a.F.** hergeleiteten Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz wurde ein **Gesellschafterdarlehen** in der **Krise** der Gesellschaft wie **haftendes Eigenkapital** und nicht als rückzahlbares Darlehen behandelt. Daraus folgte für die Dauer der Gesellschaftskrise das **Verbot**, das Darlehen an den Gesellschafter

---

<sup>99</sup> Urteil vom 19. November 2019 – [II ZR 233/18](#) – juris, Rn. 15.

<sup>100</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>101</sup> a.a.O., juris, Rn. 18, 20.

<sup>102</sup> Urteil vom 12. Dezember 2019 – [IX ZR 328/18](#) – juris, Rn. 24.



**zurückzuzahlen.** Gleichwohl erhaltene (verbotene) Darlehenstilgungen hatte der Gesellschafter der Gesellschaft **zu erstatten.**<sup>103</sup>

Seite 33 von 64

Durch den im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 eingefügten **§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG** wurden die Rechtsprechungsregeln zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen aufgegeben, weil nach dieser Vorschrift Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Leistungen nicht mehr wie Stammkapital zu behandeln sind. Als **Ausgleich** für den **Verzicht** auf das **Rechtsinstitut** des **Kapitalersatzes** wurden zur **Vermeidung** von **Schutzlücken** die Novellenregeln der §§ 32a, 32b GmbHG a.F. in das Insolvenzrecht verlagert und insbesondere **§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgeweitet.** Bei der insolvenzrechtlichen Behandlung von Gesellschafterdarlehen wird nunmehr generell auf das Merkmal „kapitalersetzend“ verzichtet und **jedes Gesellschafterdarlehen dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO** unterworfen. In Konsequenz dieser Änderung wird durch eine Verschärfung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Rückgewähr jedes und nicht nur eines kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens durch die Gesellschaft binnen eines Jahres vor Antragstellung von der Insolvenzanfechtung erfasst, ohne dass wie früher das Erfordernis einer Gesellschaftskrise hinzutreten muss.<sup>104</sup>

Gemäß **Art. 103d Satz 1 EGIInsO** sind auf **Insolvenzverfahren**, die vor dem **01. November 2008 eröffnet** worden sind, die bis dahin geltenden gesetzlichen **Vorschriften** weiter anzuwenden. Dazu gehören die Rechtsprechungsregeln über den Eigenkapitalersatz. Umstritten ist, ob vor dem 01. November 2008 **begründete Rückforderungsansprüche** nach den Rechtsprechungsregeln geltend gemacht werden können, wenn am 01. November 2008 noch kein Insolvenzverfahren eröffnet war. Die

---

<sup>103</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

Übergangsvorschriften zum MoMiG in § 3 EGGmbHG regeln diese Frage nicht.<sup>105</sup>

Seite 34 von 64

Teilweise wird angenommen, dass bereits begründete Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft gegen den Gesellschafter nach den Rechtsprechungsregeln seit dem 01. November 2008 nicht mehr durchsetzbar sind. Die Vertreter dieser Ansicht verstehen Art. 103d EGlInsO als Übergangsregelung für die Anwendbarkeit des früheren Eigenkapitalersatzrechts. Dieser Wille des Gesetzgebers lasse sich dem Sachzusammenhang der ausschließlich insolvenzrechtlichen Neukonzeptionierung entnehmen.<sup>106</sup> Nach **anderer Ansicht** kann ein **Erstattungsanspruch**, der nach Maßgabe der Rechtsprechungsregeln entstanden ist, auch nach dem Stichtag **vorbehaltlich eingetretener Verjährung verfolgt** werden. Dies gilt unabhängig davon, ob und wann ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde.<sup>107</sup>

Dieser letztgenannten Auffassung gibt der IX. Zivilsenat den Vorzug.<sup>108</sup> Art. 103d Satz 2 EGlInsO bestimmt, dass im Rahmen von nach dem 10. November 2008 eröffneten Insolvenzverfahren auf vor diesem Tag vorgenommene Rechtshandlungen die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen anzuwenden sind, soweit sie für den Anfechtungsgegner günstiger sind. Die Vorschrift befasst sich ausschließlich mit insolvenzrechtlichen Regelungen und trifft keine Aussage zur Anwendbarkeit anderer Vorschriften, wenn das Insolvenzverfahren nach dem Stichtag eröffnet wurde. Die auf §§ 30, 31 GmbHG a.F. beruhenden Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts sind gesellschaftsrechtlicher Natur. Sie wurden stets eigenständig neben § 135 InsO a.F. angewendet. Deswegen bestand im Blick auf die Rückführung von Gesellschafterfinanzierungsleistungen ein **zweistufiges Schutzsystem**, das einmal durch das Eigenkapitalersatzrecht und zum anderen durch § 135 InsO a.F. verkörpert wurde. Das selbständige

---

<sup>105</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>107</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

Eigenkapitalersatzrecht, das unabhängig von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft und einer späteren Wiederherstellung des Stammkapitals anwendbar ist, wurde seiner Eigenart entsprechend durch die nicht insolvenzrechtliche Regelung des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG abgeschafft.<sup>109</sup>

Ein **Wille** des **Gesetzgebers**, die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts zu regeln, wenn das Insolvenzverfahren nach dem Stichtag eröffnet wurde, hat in Art. 103d EGIInsO **keinen Ausdruck gefunden**. Dabei handelt es sich um kein bloßes „Wortlautargument“, weil das MoMiG in § 3 EGGmbHG ausdrücklich eigenständige Übergangsregelungen zum GmbH-Recht vorsieht, zur Geltung des in §§ 30, 31 GmbHG a.F. verankerten Eigenkapitalersatzrechts, das die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht voraussetzt, aber schweigt. Die Fortgeltung der Rechtsprechungsgrundsätze in solchen Altfällen richtet sich nach den **Grundsätzen des intertemporalen Rechts**. Danach untersteht ein Schuldverhältnis dem Recht, das zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestands galt (vgl. Art. 170, Art. 229 § 5, Art. 232 § 1 EGBGB).<sup>110</sup>

**i)**

Wird eine **GmbH** durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen **aufgelöst**, kann sie nur in den in **§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG** genannten Fällen **fortgesetzt** werden. Dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH nach §§ 212, 213 InsO eingestellt oder nach § 258 Abs. 1 InsO aufgehoben wurde und der bestätigte Insolvenzplan den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, gehört zu den Voraussetzungen für die Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft, die das Registergericht prüfen darf.<sup>111</sup> Es kommt es nicht darauf an, ob das Registergericht zur Prüfung der Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen in Insolvenzplänen berufen ist, oder ob die Kompetenzverteilung zwischen Insolvenzgericht und Registergericht letzteres an die Bestätigungsent-

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 31 unter Verweis auf BT-Drucks. 16/6140, S. 42.

<sup>110</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>111</sup> Beschluss vom 08. April 2020 – [II ZB 3/19](#) – juris, Rn. 14.

scheidung des Insolvenzgerichts bindet. Denn die **registerrechtliche Prüfung**, ob der Insolvenzplan den Fortbestand der Gesellschaft i.S.d. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG vorsieht, betrifft keine gesellschaftsrechtliche Maßnahme im Insolvenzplan. Das Insolvenzgericht trifft auch keine bindende Feststellung dazu.<sup>112</sup>

Aus der **Bestätigungsentscheidung** des **Insolvenzgerichts** kann auch nicht auf eine beabsichtigte Fortsetzung der Schuldnerin geschlossen werden. Ein **Insolvenzplan** setzt **keine Sanierungsabsicht** des Unternehmens voraus, sondern kann auch eine abweichende Art der Liquidation und Verteilung der Masse vorsehen. Der Plan soll nach der Gesetzesbegründung zur Insolvenzordnung ausdrücklich für alle Verwertungsarten des Schuldnervermögens zur Verfügung stehen.<sup>113</sup> Ebenso wenig kann aus dem Durchlaufen eines sog. **Schutzschirmverfahrens** gemäß § 270b InsO eine zwingende Ausrichtung des Insolvenzplans auf die Sanierung entnommen werden. Aus der Eröffnung eines **Insolvenzverfahrens** in **Eigenverwaltung** gemäß § 270 InsO lässt sich gleichfalls nicht zwingend eine Sanierungsabsicht ableiten.<sup>114</sup>

Die mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 07. Dezember 2011 in die Insolvenzordnung eingefügten Bestimmungen der **§§ 270a, 270b** verfolgen das **Ziel**, dem Schuldner den **Zugang** zum Verfahren der **Eigenverwaltung** nach § 270 InsO zu **erleichtern** und dadurch die Sanierungschancen zu verbessern. Für Schuldner, die noch nicht zahlungsunfähig sind, stellt § 270b InsO mit dem so genannten Schutzschirmverfahren ein eigenständiges Verfahren zur Vorbereitung einer Sanierung zur Verfügung, in dem für einen begrenzten Zeitraum das Vermögen des Schuldners dem unbegrenzten Zugriff seiner Gläubiger entzogen ist. Auch wenn das Schutzschirmverfahren mithin auf eine Sanierung des Schuldners ausgerichtet ist, findet es

---

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 16 unter Verweis auf RegE zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 91.

<sup>114</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

spätestens mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sein Ende. Dass danach von den Beteiligten eine Sanierung weiterhin angestrebt wird, ist nicht zwingend.<sup>115</sup> Die Eigenverwaltung soll zwar nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Insolvenzordnung hauptsächlich für Verfahren in Betracht kommen, die auf eine Betriebsfortführung mit Sanierung ausgerichtet sind. Die Ausrichtung auf eine Sanierung ist indes nicht zwingend, so dass eine Eigenverwaltung auch angeordnet werden kann, wenn eine Liquidation beabsichtigt ist.<sup>116</sup>

Selbst wenn man aus der Anordnung einer Eigenverwaltung nach Durchführung eines Schutzschirmverfahrens darauf schließen könnte, dass der Schuldner ursprünglich eine Sanierung beabsichtigt hat, die zu seinem Fortbestand nach Abschluss des Insolvenzverfahrens führt, kann sich das anfänglich verfolgte **Ziel** im laufenden Verfahren **geändert haben**, zumal die **Entscheidungskompetenz** im eröffneten Verfahren auf die **Gläubiger** übergeht. Entsprechend dem das Insolvenzverfahren beherrschenden Grundsatz der Gläubigerautonomie hat in erster Linie die Gläubigerversammlung über die angestrebte Verwertungsart zu befinden, nicht der Schuldner (§ 157 InsO).<sup>117</sup>

Im **Insolvenzplan** muss im Blick auf die **inhaltlichen Anforderungen** an die Regelung des **Fortbestands** der **Gesellschaft** i.S.v. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG **nicht konkret** dargelegt werden, in welcher Art und Weise die Fortsetzung der Gesellschaft erfolgen soll. Ein Insolvenzplan sieht den Fortbestand der Gesellschaft i.S.v. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG bereits dann vor, wenn er die Fortführung der Gesellschaft als eine Möglichkeit darstellt, die nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens im Ermessen der Gesellschafter steht.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 19 unter Verweis auf RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 226.

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

Der **Wortlaut** des **§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG** ist **nicht eindeutig**. Die Verwendung des Wortes „vorsehen“ lässt sowohl die Deutung als konkrete Festlegung des Fortbestands, als auch diejenige einer bloßen Möglichkeit zu.<sup>119</sup> Aus der **Gesetzgebungsgeschichte** ergibt sich, dass der Insolvenzplan nur die Möglichkeit eines Fortbestands der Gesellschaft einräumen muss.<sup>120</sup> Dieses Auslegungsergebnis stützen auch **systematische Erwägungen**. Selbst wenn der Insolvenzplan einen Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, bleibt die Entscheidung über eine Fortsetzung der Schuldnerin nach der gesetzlichen Konzeption der Gesellschafterversammlung vorbehalten, es sei denn sie ist nach § 225a Abs. 3 InsO selbst Gegenstand des Insolvenzplans. Der Plan kann zwar Gründe, die für eine Fortsetzung der Gesellschaft sprechen, benennen und konkrete Darlegungen zur Art und Weise der Fortführung der werbenden Tätigkeit enthalten, zwingend ist dies aber nicht. Die Gesellschafterversammlung ist in ihrer Entscheidung über die Fortsetzung der Schuldnerin ohnehin nicht an derartige Erwägungen im Plan gebunden.<sup>121</sup> Das mit § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG verfolgte **Regelungsziel** spricht ebenfalls dafür, eine Fortsetzung der Gesellschaft zu erlauben, wenn der Insolvenzplan die Möglichkeit eines Fortbestands einräumt.<sup>122</sup> Die Beschränkung der Fortsetzungsmöglichkeit der GmbH in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG dient dem **Gläubigerschutz**, da im Regelfall nicht zu erwarten ist, dass die Gesellschaft in den nicht in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG genannten Fällen nach Abschluss des Insolvenzverfahrens noch über maßgebliches Gesellschaftsvermögen verfügt, welches eine Fortsetzung ohne Gefährdung der Gläubiger rechtfertigen könnte.<sup>123</sup>

Der **Schutz** der **Gläubiger** gebietet es indes nicht, Gesellschaften die Fortsetzungsmöglichkeit zu versagen, deren Insolvenzplan lediglich die abstrakte Möglichkeit eines Fortbestands vorsieht. Andernfalls würde die

---

<sup>119</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>120</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>122</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>123</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

privatautonome Bewältigung der Insolvenz, die das erklärte Ziel der Einführung des Insolvenzplans war, ohne rechtfertigenden Grund beschnitten. Bei der Beendigung des Insolvenzverfahrens durch einen Insolvenzplan, der nicht auf die Liquidation der Gesellschaft ausgerichtet ist, kann davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen unter Mitwirkung seiner Gläubiger die zur Insolvenz führende unternehmerische Krise beseitigt und grundsätzlich für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar als wirtschaftliche Einheit aus Sach- und Personalmitteln am Markt erhalten bleibt.<sup>124</sup>

Eine darüber hinausgehende **Prüfung** der **materiellen Fortführungsfähigkeit** der Gesellschaft begegnet durchgreifenden **systematischen Bedenken**. Die Prüfung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht findet jedenfalls dort ihre **Grenzen**, wo sie die **Entscheidungskompetenz** der **Gläubigerversammlung** beschneidet. Deswegen ist dem Insolvenzgericht eine **Prüfung**, ob der Plan **wirtschaftlich zweckmäßig** gestaltet ist und ob er **voraussichtlich Erfolg** haben wird, **verwehrt**. Nichts anderes kann für die **Prüfung** des **Registergerichts** im Hinblick auf die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung gelten, zumal es bei der Bewertung der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft nicht um die Prüfung der Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Regelungen geht.<sup>125</sup>

Die **Fortsetzung** der Gesellschaft nach § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG setzt voraus, dass **noch nicht** mit der **Verteilung** des **Gesellschaftsvermögens** unter die Gesellschafter **begonnen** worden ist. Das Registergericht kann eine entsprechende Versicherung verlangen.<sup>126</sup>

Bei der **Fortsetzung** einer **AG** sieht **§ 274 Abs. 1 Satz 1 AktG** ausdrücklich vor, dass mit der **Vermögensverteilung** noch **nicht begonnen** worden sein darf. Dies gilt auch im Fall einer Fortsetzung nach Aufhebung

---

<sup>124</sup> a.a.O., juris, Rn. 28 unter Verweis auf RegE zur Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 90.

<sup>125</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 33, 37.

des Insolvenzverfahrens gemäß § 274 Abs. 2 AktG. Im Gegensatz zum Aktienrecht lässt sich für die **GmbH** dem Wortlaut des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG keine ausdrückliche Einschränkung der Fortsetzung auf Fälle, in denen noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen worden ist, entnehmen. Insoweit kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Auslassung im GmbHG eine bewusste Ablehnung der Notwendigkeit dieser Voraussetzung durch den Gesetzgeber verbunden wäre.<sup>127</sup> Beschließen die Gesellschafter nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens, mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens zu beginnen, geben sie damit zu erkennen, dass eine **Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt** ist. Vor diesem Hintergrund ist das Verbot der Vermögensverteilung bei der GmbH ebenso wie bei der AG ein notwendiger Ersatz für die sonst fehlende Fortsetzungskontrolle durch das Registergericht. Es sichert die Kapitalerhaltung, da das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht gilt. Die Gesellschafter könnten ansonsten einen scheinbar auf Fortführung ausgerichteten Insolvenzplan benutzen, um in den Genuss der Auszahlung von Vermögen zu gelangen, ohne den Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG auszulösen.<sup>128</sup>

Ein darüber hinausgehender **Schutz des Gesellschaftskapitals** durch Prüfung der **konkreten Kapitalausstattung** ist, vorbehaltlich des Vorliegens einer wirtschaftlichen Neugründung, **nicht erforderlich**. Eine mit der Gründungskontrolle der Kapitalausstattung vergleichbare Prüfung bei der Eintragung der Fortsetzung findet im Gesetz keine Stütze und steht im Widerspruch zum lediglich deklaratorischen Charakter der Eintragung im Handelsregister. Sie würde das Registergericht überfordern und die Fortsetzung erschweren. Die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH ist nicht mit ihrer Neugründung vergleichbar, daher können die Gläubiger nicht mit der Unversehrtheit des Stammkapitals oder des gesetzlichen Mindestkapitals rechnen.<sup>129</sup> Dies gilt jedenfalls bei einer Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens. Im Nachgang der Aufhebung des

---

<sup>127</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

<sup>128</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>129</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.



Insolvenzverfahrens setzt eine Fortsetzung voraus, dass der Zustand wiederhergestellt wird, der vor Eintritt der Insolvenzreife bestanden hat, mithin dürfen **keine Insolvenzgründe** mehr vorliegen. Die Gesellschaft musste vor dem Eintritt in das Insolvenzverfahren nicht über eine bestimmte Kapitalausstattung verfügen, weshalb eine solche nach dessen Aufhebung auch nicht zu fordern ist. Es ist nicht einsehbar, warum bei Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens höhere Anforderungen an die Kapitalausstattung gestellt werden sollten, zumal das Insolvenzplanverfahren einer privatautonomen Insolvenzbewältigung dient, die nicht durch gesetzlich nicht vorgesehene Anforderungen erschwert werden darf. Die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH nach Aufhebung eines Insolvenzverfahrens ist **nicht mit ihrer Neugründung vergleichbar**.<sup>130</sup>

Das Vorliegen von **Insolvenzgründen** hat das Registergericht allenfalls dann zu prüfen, wenn **begründete Zweifel** im Hinblick auf eine Insolvenzreife bestehen.<sup>131</sup> Die Gesellschafter einer GmbH dürfen deren Fortsetzung nur beschließen, wenn der ursprüngliche Grund für die Auflösung entfallen ist, mithin jedenfalls im Fall der Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens keine Insolvenzreife mehr besteht. Auch wenn man als ursprünglichen Grund für die Auflösung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ansieht und daher der Auflösungsgrund mit dessen Aufhebung entfallen ist, kommt die Fortsetzung einer insolvenzreifen Gesellschaft nicht in Betracht.<sup>132</sup>

Die **Grundsätze** der **wirtschaftlichen Neugründung** können bei der Fortsetzung einer GmbH nach Einstellung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG **Anwendung** finden. Die mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Probleme eines wirksamen Gläubigerschutzes bestehen sowohl bei der „Wiederbelebung“ eines durch Einschlafenlassen des Geschäftsbetriebs zur **leeren Hülse** gewor-

---

<sup>130</sup> a.a.O., juris, Rn. 41.

<sup>131</sup> a.a.O., juris, Rn. 42, 44.

<sup>132</sup> a.a.O., juris, Rn. 43.

denen Mantels durch Ausstattung mit einem (neuen) Unternehmen als auch im Zusammenhang mit der Verwendung des leeren Mantels einer aus dem Insolvenzverfahren entlassenen Gesellschaft, die nicht fortgeführt wurde.<sup>133</sup>

Allein die mit der Fortführung beabsichtigte **Zweckänderung** von einer Abwicklungs- hin zu einer werbenden Gesellschaft ist als solche **keine wirtschaftliche Neugründung**, weil die aufgelöste Gesellschaft nicht per se ein unternehmensleerer Mantel ist.<sup>134</sup> Dass zwischen der Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens und dem Fortsetzungsbeschluss **geraume Zeit** verging, lässt für sich genommen auch **keine Rückschlüsse** auf eine wirtschaftliche Neugründung zu. Für die Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung durch eine Mantelverwendung von der (bloßen) Umorganisation oder Sanierung einer (noch) aktiven GmbH ist entscheidend, ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpft, oder ob es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen neuen oder alten Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleistenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit ggf. wieder aufzunehmen.<sup>135</sup> Auf die **Finanzausstattung** der Gesellschaft kommt es für die Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von der Sanierung jedenfalls **nicht** an, wenn erkennbar ist, dass sie noch ein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> a.a.O., juris, Rn. 47.

<sup>134</sup> a.a.O., juris, Rn. 49.

<sup>135</sup> a.a.O., juris, Rn. 50.

<sup>136</sup> a.a.O., juris, Rn. 51.

#### 4. Recht der Aktiengesellschaft

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

##### a)

Eine **Nichtigkeitsfeststellungsklage** nach § 256 Abs. 7 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG kann in Abgrenzung zur allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO von den Kommanditaktionären, dem persönlich haftenden Gesellschafter (§ 283 Nr. 13 AktG) und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern erhoben werden. Nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft ist aber auch der Insolvenzverwalter klagebefugt, soweit die angestrebte Nichtigkeitsfeststellung des Jahresabschlusses die Insolvenzmasse betrifft. Insoweit gilt für die **Kommanditgesellschaft auf Aktien** nichts Anderes als für die AG, bei der die **Klagebefugnis** des **Insolvenzverwalters** allgemein bejaht wird.<sup>137</sup>

Die **Befugnis** zur Erhebung einer **Nichtigkeitsklage** folgt aus der **Rechtsstellung** des **Insolvenzverwalters**. Er hat für die Rechtmäßigkeit des Korporationshandelns zu sorgen, soweit er den hierzu grundsätzlich berufenen persönlich haftenden Gesellschafter aus dessen Aufgabenbereich verdrängt. Die Nichtigkeitsklage des § 256 Abs. 7 AktG dient nicht in erster Linie der Durchsetzung persönlicher Vorteile, sondern der Rechtskontrolle der Rechnungslegung im übergreifenden Interesse an einem zutreffenden Jahresabschluss. Im Rahmen seines Aufgabenbereichs übernimmt der Insolvenzverwalter auch die grundsätzlich dem persönlich haftenden Gesellschafter obliegende Legalitätskontrolle.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> Urteil vom 21. April 2020 – [II ZR 56/18](#) – juris, Rn. 18.

<sup>138</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

Zu den **Pflichten** des **Insolvenzverwalters** gehört es, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu bewahren und ordnungsgemäß zu verwalten. Diese Pflicht hat sich am gesetzlichen Leitbild des ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters auszurichten, das an die handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen angelehnt ist (§ 347 Abs. 1 HGB, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 34 Abs. 1 Satz 1 GenG, § 43 Abs. 1 GmbHG), aber den Besonderheiten des Insolvenzverfahrens Rechnung zu tragen hat. Mithin ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, die rechtlichen Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung wie ein Gesellschaftsorgan einzuhalten, soweit ein Bezug zur Insolvenzmasse besteht. Ohnehin hat er dafür zu sorgen, dass die Bücher über die in seine Amtszeit fallenden Vorgänge richtig geführt werden.<sup>139</sup>

Da sich der **Jahresabschluss** auf eine **Vielzahl** von **Personen** auswirkt, besteht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse des Insolvenzverwalters an einer gerichtlichen Feststellung, die gegenüber allen Betroffenen wirkt. Soweit einer Nichtigkeitsfeststellungsklage stattgegeben wird, wirkt das rechtskräftige Urteil gegen alle Kommanditaktionäre, den persönlich haftenden Gesellschafter und die Mitglieder des Aufsichtsrats (§§ 256 Abs. 7 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1, 248 Abs. 1 Satz 1 AktG i.V.m. §§ 278 Abs. 3, 283 Nr. 13 AktG) sowie weitergehend gegen jedermann. Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters beinhaltet die Aufgabe, die Interessen der insolventen Gesellschaft gegenüber sämtlichen Schuldnern und Gläubigern zu vertreten und erfordert daher eine Klagebefugnis für eine Nichtigkeitsklage.<sup>140</sup>

Die **Klagebefugnis** des Insolvenzverwalters besteht allerdings **nur**, soweit die **Fehlerhaftigkeit** des **Jahresabschlusses** die **Insolvenzmasse betrifft**. Dies folgt aus der Ableitung der Klagebefugnis des Verwalters aus seiner auf die Insolvenzmasse bezogenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Die Organe einer juristischen Person bleiben nach

---

<sup>139</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>140</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen und nehmen weiterhin die Kompetenzen wahr, die nicht die Insolvenzmasse betreffen.<sup>141</sup>

Die derart eingegrenzte Klagebefugnis des Insolvenzverwalters entspricht spiegelbildlich der **Passivlegitimation** des **Insolvenzverwalters** gemäß den Grundsätzen zur Unterbrechungswirkung einer Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Gesellschaft bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen. Eine Unterbrechung nach § 240 Satz 1 ZPO tritt nur ein, wenn der Insolvenzverwalter zur Rechtsverteidigung berufen ist, weil durch den angegriffenen Beschluss Ansprüche der Masse begründet werden oder Verbindlichkeiten wegfallen. Der Insolvenzverwalter darf hingegen nicht gezwungen werden, im Prozess einen für die Masse nachteiligen Beschluss zu verteidigen.<sup>142</sup>

In Entsprechung hierzu ist eine zur Klagebefugnis des Insolvenzverwalters im Rahmen einer Nichtigkeitsklage nach § 256 Abs. 7 AktG führende **Betroffenheit** der **Insolvenzmasse** anzunehmen, wenn die beanstandeten Mängel des Jahresabschlusses nachteilige Auswirkungen auf die Insolvenzmasse haben, der klagende Insolvenzverwalter mithin den angegriffenen Jahresabschluss durch einen für die Masse günstigeren Jahresabschluss ersetzen möchte. Eine ausreichende Massebetroffenheit ist jedenfalls dann gegeben, wenn auf dem angegriffenen Jahresabschluss zivilrechtliche oder steuerrechtliche Verbindlichkeiten beruhen, die zu einer Verringerung der Masse führen und die Klage der dauerhaften Beseitigung oder Verminderung dieser Verbindlichkeiten dient.<sup>143</sup>

Nach diesen Maßgaben ist der für die Klagebefugnis erforderliche Massebezug auch dann gegeben, wenn der Insolvenzverwalter als Kläger den „neutralen“ Nichtigkeitsgrund der Verletzung einer gesetzlichen Prüfungspflicht geltend macht. Denn sein Klagebegehren richtet sich dann in diesem Fall auf die allgemein verbindliche Feststellung, dass die vorge-

---

<sup>141</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>142</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>143</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

nommenen Gewinnzuweisungen keine Grundlage haben. Er strebt damit die Ersetzung des angegriffenen Jahresabschlusses durch einen für die Masse günstigeren Abschluss an.<sup>144</sup> Der Einwand, eine Bilanznichtigkeitsklage könne sich auf die Insolvenzmasse nicht auswirken, wenn der beanstandete Jahresabschluss ohnehin nichtig sei, ist dabei unberechtigt. Es entspricht dem Wesen der Nichtigkeitsfeststellungsklage, dass sich ein zusprechendes Urteil nicht gestaltend auf die bestehende Rechtslage auswirkt; gleichwohl erkennt der Gesetzgeber ein Bedürfnis an einer gerichtlichen Nichtigkeitsfeststellung an. Für die Klagebefugnis des Insolvenzverwalters genügt es daher, dass die gegenüber jedermann verbindlich festzustellende Nichtigkeit des Jahresabschlusses für die Insolvenzmasse günstig ist.<sup>145</sup>

Ein besonderes Rechtsschutzinteresse oder Feststellungsinteresse für die Erhebung einer Nichtigkeitsklage nach § 256 Abs. 7 AktG ist nicht erforderlich.<sup>146</sup> Für die persönlich haftenden Gesellschafter, die Aufsichtsratsmitglieder und die Kommanditaktionäre ergibt sich ein ausreichendes Nichtigkeitsfeststellungsinteresse schon aus der korporationsrechtlichen Beziehung bzw. Mitgliedschaft in der Gesellschaft. Klagt ein Insolvenzverwalter auf Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, über deren zur Masse gehörendes Vermögen er verwaltungs- und verfügungsbefugt ist, ergibt sich sein Feststellungsinteresse aus der ihm eingeräumten Rechtsstellung. Er verdrängt den persönlich haftenden Gesellschafter insbesondere hinsichtlich der Aufstellung, Vorlegung und Prüfung des Jahresabschlusses sowie der diesbezüglichen Legalitätskontrolle. Soweit seine gesellschaftsrechtlichen Befugnisse reichen, steht er kraft seines Amtes in einer gleichsam korporationsrechtlichen Beziehung zur Gesellschaft.<sup>147</sup> Bei einer AG tritt der Insolvenzverwalter in Ansehung seiner Klagebefugnis für Beschlussmängelklagen und Klagen nach § 256 Abs. 7 AktG an die Stelle des

---

<sup>144</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>145</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>146</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>147</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

Vorstandes und hat ebenso wenig wie dieser ein besonderes Nichtigkeitsfeststellungsinteresse nachzuweisen. Bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien tritt er in gleicher Weise an die Stelle des persönlich haftenden Gesellschafters.<sup>148</sup>

Das **Rechtsschutzinteresse entfällt** auch **nicht** mit der **Erstellung** eines **neuen Jahresabschlusses**.<sup>149</sup> Nach verbreiteter Ansicht können Fehler eines bereits festgestellten Jahresabschlusses nachträglich gegebenenfalls auch im Wege einer **Rückwärtsberichtigung** berichtigt werden. Die Zuständigkeit hierfür geht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 155 Abs. 1 Satz 2 InsO auf den Insolvenzverwalter über.<sup>150</sup> Eine Rückwärtsberichtigung kann das Rechtsschutzinteresse an einer Nichtigkeitsfeststellungsklage aber schon deshalb nicht beseitigen, weil der festgestellte Jahresabschluss im Falle seiner Nichtigkeit rechtlich nicht existent ist und dies die Erstellung eines neuen Abschlusses ermöglicht, der sich nicht auf eine bloße Fehlerkorrektur beschränken muss.<sup>151</sup> Zudem kann durch eine Rückwärtsberichtigung ohne Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bzw. Kommanditaktionäre **nicht in Dividendenansprüche eingegriffen** werden, die durch einen rechtswirksamen Gewinnverwendungsbeschluss bereits als Gläubigerrechte begründet wurden.<sup>152</sup>

Die **Nichtigkeit** eines **Jahresabschlusses** erfasst hingegen auch den **Gewinnverwendungsbeschluss**, der auf ihm beruht (§ 253 Abs. 1 Satz 1 AktG). Auf den Gewinnverwendungsbeschluss gestützte **Gewinnauszahlungsansprüche verlieren** damit ihre **Grundlage** und bereits ausbezahlte Dividenden können nach Maßgabe von § 62 Abs. 1 AktG **zurückgefordert** werden. Im Falle einer erfolgreichen Nichtigkeitsfeststellungsklage stehen diese Rechtswirkungen gegenüber jedermann verbindlich fest. Angesichts dessen hat der Insolvenzverwalter an der angestrebten

---

<sup>148</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>149</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>150</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>151</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>152</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

Feststellung auch dann weiterhin ein Rechtsschutzinteresse, wenn er eine Rückwärtskorrektur vorgenommen hat.<sup>153</sup>

Sofern in der **Erstellung** des **neuen Jahresabschlusses** eine umfassende **Ersetzung** des **beanstandeten Abschlusses** in der Annahme seiner Nichtigkeit zu sehen sein sollte, gilt im Ergebnis nichts Anderes.<sup>154</sup>

Allerdings wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, die Gesellschaftsorgane seien zu einer Neuvernahme des Jahresabschlusses nicht nur im Falle einer verbindlich festgestellten oder objektiv gegebenen Nichtigkeit des Abschlusses berechtigt, sondern auch dann, wenn die Nichtigkeit lediglich als zweifelhaft erscheine.<sup>155</sup>

Ob dieser Einschätzung gefolgt und eine solche Befugnis ggf. auch dem Insolvenzverwalter zugestanden werden kann, muss hier nicht entschieden werden. Denn einer derartigen Neuvernahme käme jedenfalls keine Rückwirkung zu. Damit kann sie den früher festgestellten Jahresabschluss, sofern dieser ungeachtet bestehender Zweifel in Wahrheit nicht nichtig sein sollte, auch nicht rückwirkend beseitigen. Gleiches gilt für den Gewinnverwendungsbeschluss als Grundlage der Gewinnauszahlungsansprüche der Aktionäre bzw. Kommanditaktionäre. Das Rechtsschutzinteresse für die Nichtigkeitsfeststellungsklage bleibt bestehen, da diese Klage darauf gerichtet ist, dem Insolvenzverwalter insbesondere gegenüber den Kommanditaktionären eine gesicherte Rechtsposition zu verschaffen, die er mit einer Neuvernahme des Abschlusses nicht gleichwertig erreichen kann.<sup>156</sup>

Die **Nichtigkeitsklage** ist gemäß §§ 256 Abs. 7 Satz 1, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG im Ausgangspunkt **gegen** die **Gesellschaft** zu **richten**. Daran **ändert** sich durch die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** über das

---

<sup>153</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>154</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>155</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

<sup>156</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.



Vermögen der Gesellschaft grundsätzlich **nichts**, da sie die **Partei- und Prozessfähigkeit** der Schuldnerin **unberührt** lässt. Nur soweit der Gegenstand der Klage die der **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** des **Insolvenzverwalters** unterliegende Insolvenzmasse betrifft, ist die **Nichtigkeitsklage gegen** den Verwalter als **Partei kraft Amtes** zu erheben. Daraus folgt, dass die Gesellschaft gegenüber Klagen passivlegitimiert bleibt, die im Erfolgsfall zu Vorteilen für die Masse führen oder masseneutral sind. Der Insolvenzverwalter darf nicht zu einer für die Masse nachteiligen Rechtsverteidigung gezwungen werden.<sup>157</sup>

Danach ergibt sich im Streitfall die **Passivlegitimation** der Beklagten aus den gleichen Gründen, aus denen der Kläger als Insolvenzverwalter klagebefugt ist. Da die Klage auf eine Mehrung der Masse abzielt, ist die Verteidigung gegen diese Klage Sache der Gesellschaft. Der Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters zur Rechtsverteidigung gegen die vom Insolvenzverwalter erhobene Klage bedarf es nicht.<sup>158</sup>

Der **Einwand**, dass die durch die Klage verursachten **Kosten** die **Masse** belasten und die Beklagte dem schutzlos ausgeliefert sei, **ändert** an der Passivlegitimation der Beklagten **nichts** und führt auch nicht zur Annahme eines **rechtsmissbräuchlichen Verhaltens** des Klägers. Die Beklagte kann als juristische Person grundsätzlich **Prozesskostenhilfe** beanspruchen. Dass dies nur unter den engen Voraussetzungen des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO möglich ist, ist als verfassungskonforme Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen.<sup>159</sup>

Die **Nichtigkeit** eines Jahresabschlusses gemäß § 256 Abs. 6 Satz 1 AktG kann nach **Ablauf** einer **Frist** von **drei Jahren** seit der in § 325 HGB vorgeschriebenen **Bekanntmachung** im **Bundesanzeiger** nicht mehr geltend gemacht werden, soweit sie auf Nichtigkeitsgründe gemäß § 256

---

<sup>157</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>158</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

<sup>159</sup> a.a.O., juris, Rn. 41 unter Verweis auf BVerfGE 35, 348 (355).

Abs. 4 und Abs. 5 AktG gestützt wird.<sup>160</sup> Eine **Fristverlängerung** tritt infolge **rechtzeitiger Klageerhebung** ein, wenn die Nichtigkeitsfeststellungsklage bereits vor Fristablauf anhängig gemacht und einem **Mitglied** des **Aufsichtsrats** „demnächst“ **zugestellt** worden ist.<sup>161</sup>

Grundsätzlich ist die gegen eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gerichtete Bilanznichtigkeitsklage, auch wenn sie vom Insolvenzverwalter geführt wird, an den oder die persönlich haftenden Gesellschafter und den Aufsichtsrat zuzustellen. Gemäß § 170 Abs. 3 ZPO genügt die Zustellung an einen Komplementär und ein Aufsichtsratsmitglied.<sup>162</sup>

Insoweit ist der **Grundsatz** der **Doppelvertretung** auf Klagen zur Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses anwendbar.<sup>163</sup>

Nach §§ 246 Abs. 2 Satz 2, 249 Abs. 1 AktG wird eine AG sowohl bei Anfechtungsklagen als auch bei Nichtigkeitsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse durch **Vorstand und Aufsichtsrat** vertreten. Dies gilt auch für eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses, da § 256 Abs. 7 Satz 1 AktG auf § 249 AktG verweist. Die gleichen Regeln gelten gemäß § 278 Abs. 3, § 283 Nr. 13 AktG für eine Kommanditgesellschaft auf Aktien mit der Maßgabe, dass der persönlich haftende Gesellschafter an die Stelle des Vorstands tritt.<sup>164</sup>

Die in § 246 Abs. 2 AktG niedergelegten Vertretungsgrundsätze, die im Regelfall Doppelvertretung vorsehen, gelten auch für eine **Klage des Insolvenzverwalters** auf Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses. Die Klagebefugnis des Insolvenzverwalters ändert nichts an der gesetzlichen Ausgestaltung der Nichtigkeitsfeststellungsklage im

---

<sup>160</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

<sup>161</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

<sup>162</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

<sup>163</sup> a.a.O., juris, Rn. 47.

<sup>164</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.

Übrigen. Insbesondere bleiben die besonderen Vertretungsregeln für die beklagte Gesellschaft unberührt.<sup>165</sup>

Die Beklagte wird **nicht** in entsprechender Anwendung der für eine Vorstandsklage geltenden Vorschriften (§§ 246 Abs. 2 Satz 3, 249 Abs. 1 Satz 1 AktG i.V.m. §§ 278 Abs. 3, 283 Nr. 13 AktG) vom **Aufsichtsrat allein** vertreten.<sup>166</sup>

Zwar gründet sich die Annahme einer **massebezogenen Klagebefugnis** des **Insolvenzverwalters** im Wesentlichen darauf, dass er den Vorstand bzw. den persönlich haftenden Gesellschafter im Rahmen seiner insolvenzrechtlichen Befugnisse aus dessen Aufgabenbereich verdrängt. Die dem Insolvenzverwalter deshalb einzuräumenden prozessualen Befugnisse erfordern aber keine Ausnahme von der Doppelvertretung gemäß § 246 Abs. 2 Satz 3 AktG. Die Vorschrift dient der Vermeidung von Interessenkollisionen. Die Gefahr einer Interessenkollision besteht bei einer Klage des Insolvenzverwalters nicht, da der Verwalter zwar funktional in der Rolle des Vorstands bzw. des persönlich haftenden Gesellschafters handelt, aber nicht notwendig dessen Interessen teilt.<sup>167</sup>

Die **Zustellung** der **Klageschrift** an ein **Mitglied** des **Aufsichtsrats genügt**, wenn die Beklagte durch das Ausscheiden ihres einzigen persönlich haftenden **Gesellschafters führungslos** geworden ist (§ 78 Abs. 1 Satz 2, § 278 Abs. 3 AktG).<sup>168</sup> Unabhängig von der Frage, ob eine Kommanditgesellschaft auf Aktien durch das Ausscheiden ihres einzigen persönlich haftenden Gesellschafters aufgelöst wird oder sich automatisch in eine AG umwandelt, ist die Beklagte durch das Ausscheiden ihres Komplementärs führungslos geworden.<sup>169</sup> Die Vorschrift des § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG, die bei Führungslosigkeit der AG eine **Empfangsvertretung**

---

<sup>165</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.

<sup>166</sup> a.a.O., juris, Rn. 49.

<sup>167</sup> a.a.O., juris, Rn. 50.

<sup>168</sup> a.a.O., juris, Rn. 51.

<sup>169</sup> a.a.O., juris, Rn. 52.

durch den **Aufsichtsrat** vorsieht, ist auch auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien anwendbar.<sup>170</sup>

Seite 52 von 64

Zwar bestimmen sich die **Vertretungsbefugnisse** der persönlich haftenden Gesellschafter nach den Vorschriften des HGB über die Kommanditgesellschaft (§ 278 Abs. 2 AktG). § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG regelt aber eine Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat für eine Fallgestaltung, in der es an einem persönlich haftenden Gesellschafter gerade fehlt. Die Bestimmung unterfällt daher der grundsätzlichen Verweisung auf das Aktienrecht in § 278 Abs. 3 AktG, wo ohne Ausnahme einzelner Abschnitte, wie etwa der Regelungen über den Vorstand (§§ 76 ff. AktG), die Vorschriften des ersten Buches des Aktiengesetzes (§§ 1-277 AktG) für sinngemäß anwendbar erklärt werden.<sup>171</sup>

Der **Zweck** der **Vorschrift** steht ihrer Anwendung auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht entgegen.<sup>172</sup> Die mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 eingeführte Regelung zielt auf Missbrauchsvermeidung. Sie soll insbesondere verhindern, dass durch die absichtliche Herbeiführung der Führungslosigkeit der Gesellschaft der Zugang von Willenserklärungen und Zustellungen vereitelt und eine Durchsetzung von Ansprüchen behindert werden können. Bei einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mag die angesprochene Missbrauchsfahr auch im Vergleich zur AG geringer sein. Ein gleichsam rechtsformspezifischer Missbrauchsschutz, der die Vertretungsregelung entbehrlich machte, besteht aber nicht.<sup>173</sup>

Nach der gesetzlichen Regelung kann der persönlich haftende Gesellschafter zwar nicht ohne weiteres sein Amt niederlegen oder von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden; es bedarf eines wichtigen

---

<sup>170</sup> a.a.O., juris, Rn. 53.

<sup>171</sup> a.a.O., juris, Rn. 54.

<sup>172</sup> a.a.O., juris, Rn. 55.

<sup>173</sup> a.a.O., juris, Rn. 56 unter Verweis auf RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 52.

Grundes (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, § 712 Abs. 2 BGB; § 117 HGB). Er kann auch nicht ohne weiteres mit sofortiger Wirkung aus der Gesellschaft ausscheiden (§ 161 Abs. 2, § 131 Abs. 3 HGB). Aber abgesehen davon, dass das Erfordernis eines wichtigen Grundes, dessen Vorliegen auch auf dem Verhalten der Beteiligten beruhen kann, keinen unüberwindbaren Schutz vor missbräuchlichem Verhalten bietet, ist zu berücksichtigen, dass die Voraussetzungen für das Ausscheiden der persönlich haftenden Gesellschafter in der Satzung abweichend vom Gesetz geregelt werden können, wobei ein erheblicher Spielraum besteht. Schon deshalb verbleiben Missbrauchsmöglichkeiten.<sup>174</sup>

Auch die weiteren Einwendungen rechtfertigen keine andere Einschätzung. Die Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG, die dem Aufsichtsrat lediglich eine Empfangsvertretung im Fall der Führungslosigkeit zuschreibt, gilt unabhängig von dem konkreten Umfang der sonstigen Kompetenzen des Aufsichtsrats. Insbesondere lässt die im Unterschied zur AG fehlende Personalkompetenz des Aufsichtsrats einer Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht dessen Eignung zur Empfangsvertretung entfallen. Des Weiteren beziehen sich dem Aufsichtsrat eingeräumte Vertretungsbefugnisse, wenngleich § 287 Abs. 2 AktG von einer Vertretung der Kommanditaktionäre spricht, anerkanntermaßen auf die Gesellschaft als solche. Die Anwendung des § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG fügt sich in dieses Regelungskonzept ein.<sup>175</sup>

Der Vertretungsregelung in § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG unterliegen auch die Fälle, in denen eine **Doppelvertretung** der Gesellschaft durch Vorstand und Aufsichtsrat vorgeschrieben ist.<sup>176</sup> Die Bestimmung knüpft zwar an die allgemeine Vertretungsregelung des § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG an, die den Vorstand als reguläres Vertretungsorgan festlegt. Ist der Vorstand unbesetzt, tritt der Aufsichtsrat für die Empfangsvertretung an seine Stelle. Die dem Aufsichtsrat damit eingeräumte Befugnis kann aber nicht deshalb

---

<sup>174</sup> a.a.O., juris, Rn. 57.

<sup>175</sup> a.a.O., juris, Rn. 58.

<sup>176</sup> a.a.O., juris, Rn. 59.

entfallen, weil der Aufsichtsrat auch schon bei störungsfreiem Zustand infolge vorgeschriebener Doppelvertretung an der gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft teilhat. Vielmehr wird diese Konstellation von § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG erst recht erfasst. Soweit in diesem Fall die Bestellung eines Prozesspflegers für notwendig gehalten wird, spricht dies nicht gegen die Anwendbarkeit des § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG, sondern trägt nur dem Umstand Rechnung, dass die Möglichkeit der Zustellung an den Aufsichtsrat nicht mit der Herstellung einer umfassenden gesetzlichen Vertretung einhergeht.<sup>177</sup>

Diesem Verständnis steht Sinn und Zweck des § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG im Ergebnis nicht entgegen. Die Vorschrift dient allerdings der Bekämpfung von Missbräuchen. Diese Intention des Gesetzgebers ist im Wortlaut der Norm aber nicht zu einer den Anwendungsbereich einschränkenden Tatbestandsvoraussetzung erhoben worden. Die Vorschrift gilt unabhängig davon, ob die Umstände einen Missbrauch nahelegen. Sie betrifft u.a. die Wirksamkeit von Zustellungen und bedarf daher im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit möglichst eindeutiger Anwendungsvoraussetzungen. Dem ist Rechnung zu tragen, indem allein darauf abgestellt wird, ob das zur Vertretung der Gesellschaft (mit)berufene Leitungsorgan fehlt bzw. unbesetzt ist.<sup>178</sup>

Auch die mit der Doppelvertretung gemäß § 246 Abs. 2 AktG verbundene Zielsetzung rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Vertretung der AG durch Vorstand und Aufsichtsrat bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen dient dazu, Vorstand und Aufsichtsrat unabhängig voneinander Kenntnis von der gegen die Gesellschaft gerichteten Klage zu verschaffen. Beide Organe sollen jeweils eigenständig die Interessen der Gesellschaft wahren können. Diese Intention wird durch die Anwendung des § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht unterlaufen.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> a.a.O., juris, Rn. 60.

<sup>178</sup> a.a.O., juris, Rn. 61.

<sup>179</sup> a.a.O., juris, Rn. 62.

Ist der **Vorstand unbesetzt** oder **fehlt** im Fall der Kommanditgesellschaft auf Aktien der **persönlich haftende Gesellschafter**, erleichtert § 78 Abs. 1 Satz 2 AktG lediglich die rechtswirksame Zustellung der Klageschrift, ermöglicht aber keine Prozessführung gegen eine unzureichend vertretene Gesellschaft. Die Gesellschaft bleibt bis zur Bestellung eines neuen Vorstandes bzw. der Aufnahme eines neuen persönlich haftenden Gesellschafters oder der Bestellung eines Prozesspflegers prozessunfähig, so dass bis dahin kein Sachurteil gegen sie ergehen kann.<sup>180</sup>

**b)**

Hat sich ein **Anleger** im Form einer **stillen Beteiligung** an **AG** beteiligt und ist nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags im Falle seines **Ausscheidens** Voraussetzung für die Fälligkeit eines **Auseinandersetzungsanspruchs**, dass ein seitens der AG zu bestellender **Wirtschaftsprüfer** das Abfindungsguthaben zu ermittelt hat, steht dem die Prüfung einer Berechnung des Abfindungsguthabens durch die AG nicht gleich. Dies gilt insbesondere auch für den Fall, dass die Prüfung eines Wirtschaftsprüfers sich auf eine Plausibilität und die stichprobenartige Überprüfung einzelner Positionen aus der von der AG erstellten Abrechnung beschränkt. Denn der Wirtschaftsprüfer übernimmt dann haftungsrechtlich insoweit eine geringere Verantwortlichkeit, da er nur für den von ihm nach außen dokumentierten Umfang seiner Tätigkeit einzustehen hat.<sup>181</sup>

Der **Gesellschaftsvertrag** einer **Publikumsgesellschaft** ist **objektiv auszulegen**. Diese Auslegung kann der Bundesgerichtshof selbständig vornehmen. Die Regelungen in Gesellschaftsverträgen von Publikumsgesellschaften unterliegen unabhängig davon, ob die **Bereichsaufnahme** nach **§ 310 Abs. 4 BGB n.F.** eingreift, einer ähnlichen **Auslegung** und **Inhaltskontrolle** wie **Allgemeine Geschäftsbedingungen**. Eine erweiternde Auslegung Gesellschaftsvertrags zu Lasten der Anleger würde dem Grundsatz nicht entsprechen, dass in Anlehnung an § 305c Abs. 2 BGB

---

<sup>180</sup> a.a.O., juris, Rn. 63.

<sup>181</sup> Beschluss vom 03. März 2020 – [II ZR 339/18](#) – juris, Rn. 14.

Zweifel bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages einer Publikumsge-  
sellschaft zu Lasten des Verwenders gehen.<sup>182</sup>

Seite 56 von 64

Sinn und Zweck einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, wonach ein  
Wirtschaftsprüfer das Abfindungsguthaben zu ermitteln hat, liegt auch  
darin, ein besonderes Vertrauen des Anlegers und atypisch stillen Gesell-  
schafters hervorzurufen, dass er im Falle des Ausscheidens ein zutreffend  
ermitteltes Abfindungsguthaben erhält. Die Ermittlung ist deshalb auf eine  
neutrale dritte Stelle übertragen worden, die aufgrund ihrer beruflichen  
Stellung ein besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt.<sup>183</sup> Einer  
solchen Ermittlung steht es nicht gleich, wenn sich die Prüfung des  
Wirtschaftsprüfers auf eine Kontrolle der von der AG selbst erstellten  
Aufstellungen der „Abfindungsguthaben der atypisch stillen Gesellschaf-  
ter“ beschränkt und hierbei lediglich eine Kontrolle der Plausibilität  
vorgenommen und in Stichproben die erfassten Vertragsdaten auf  
Übereinstimmung mit den tatsächlichen Geschäftsvorfällen überprüft  
werden.<sup>184</sup>

Die AG kann auch nicht unter das Zeugnis eines Wirtschaftsprüfers  
stellen, dieser habe den Abfindungssaldo „ermittelt“ oder die Vorausset-  
zungen für die Fälligkeit des Ausgleichsanspruchs (Ausgleich negativer  
Konten) durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens herbei-  
führen. Denn hiermit kann sie sich nicht ihrer vertraglichen Pflichten  
entledigen. Die Einholung des gerichtlichen Sachverständigengutachtens  
hat nicht den Zweck, die vertraglichen Fälligkeitsvoraussetzungen herbei-  
zuführen. Die Beweiserhebungspflicht beginnt vielmehr erst, wenn die  
übrigen vertraglichen Voraussetzungen für die Fälligkeit eines Anspruchs  
aus dem Abrechnungssaldo vorliegen. Entscheidend ist allein, ob die im  
Gesellschaftsvertrag niedergelegten Voraussetzungen vorliegen, wonach  
dem atypisch stillen Gesellschafter eine den gesellschaftsvertraglichen

---

<sup>182</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>183</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>184</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.



Voraussetzungen genügende Ermittlung des Saldos der Gesellschafterkonten vorzulegen sind.<sup>185</sup>

Daher greift auch der Einwand nicht durch, der ausgeschiedene Anleger habe die Unrichtigkeit des Prüfvermerks und damit des Abrechnungssaldos darzulegen und zu beweisen. Der ausscheidende Anleger und atypische Gesellschafter kann vielmehr die mangelnde Fälligkeit des Anspruchs aus dem errechneten Abfindungssaldo geltend machen, weil die formalen Voraussetzungen für seine Ermittlung nicht vorliegen, ohne darauf beschränkt zu sein, gegen diese schon formal nicht genügende Abrechnung nur mit Angriffen gegen die Richtigkeit einzelner Positionen vorgehen zu können.<sup>186</sup>

**c)**

Der **Firmenwert** der AG ist im Insolvenzverfahren Bestandteil der **Insolvenzmasse** und unterliegt der **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** des **Insolvenzverwalters**. Will der Insolvenzverwalter die Firma verwerthen, kann er das Handelsgeschäft der AG mit der Einwilligung veräußern, die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortzuführen (§§ 22 Abs. 1, 23 HGB, § 80 Abs. 1 InsO).<sup>187</sup>

Nach einer **Veräußerung** des **Handelsgeschäfts** und des Rechts zur Fortführung der Firma im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Kapitalgesellschaft kann die **Änderung** ihrer **Firma** notwendig werden. Ob und ggf. inwieweit eine solche Notwendigkeit auch unter dem Gesichtspunkt einer den Gläubigerinteressen entsprechenden Verwertung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter besteht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>188</sup> Die Frage, ob eine Änderung der Firma stets zu erfolgen hat oder nur im Einzelfall notwendig werden kann, ist

---

<sup>185</sup> a.a.O., juris, Rn. 23 und 25.

<sup>186</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>187</sup> Beschluss vom 26. November 2019 – [II ZB 21/17](#) – juris, Rn. 10.

<sup>188</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

umstritten<sup>189</sup> und richtigerweise dahin gehend zu beantworten, dass die Weiterführung der bisherigen Firma im Insolvenzverfahren der AG für die weitere Abwicklung nach der Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der Firma nicht grundsätzlich unzulässig ist, sondern die Notwendigkeit einer Firmenänderung von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt.<sup>190</sup>

Die Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der bisherigen Firma ändert nichts daran, dass die AG zunächst mit ihrer in der Satzung bestimmten und im Handelsregister eingetragenen Firma fortbesteht. Es handelt sich bei der „ausdrücklichen Willigung“ nach § 22 Abs. 1 HGB nicht um eine Gestattung, das Recht zum weiteren Gebrauch der Firma unter Verzicht auf die eigene Weiterbenutzung einem Dritten einzuräumen, sondern um eine vertragliche Einigung über die Übertragung der Firma als Teil des Vertrags über die Veräußerung des Handelsgeschäfts. Hieraus folgt, dass mit der Veräußerung der Firma das Recht zur Führung derselben auf den Erwerber des Handelsgeschäfts übergeht, §§ 398 Satz 1, 413 BGB. Der Übergang des Rechts zur Führung der Firma ändert nichts daran, dass diese weiterhin die der Satzung der veräußernden AG entsprechende Firma sein, als solche im Handelsregister eingetragen und im Rechtsverkehr verwendet, mithin tatsächlich genutzt werden kann, möglicherweise unter Verletzung der Rechtsposition des Erwerbers und/oder firmenrechtlicher Vorschriften.<sup>191</sup>

Eine sog. **Doppelfirmierung** für die Zeit bis zur endgültigen Abwicklung der Veräußerin ist **nicht grundsätzlich unzulässig**. Die Vorschriften des Firmenrechts die als verkehrsschützende Bestimmungen nicht zur Disposition der an der Veräußerung des Handelsgeschäfts Beteiligten stehen, schließen eine gleichzeitige Verwendung der Firma durch den Erwerber des Handelsgeschäfts und dessen Veräußerer nicht generell

---

<sup>189</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>190</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>191</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

aus.<sup>192</sup> Die Vorschriften §§ 22, 23 HGB schließen, wie sich schon aus deren Wortlaut ergibt, eine Trennung von Handelsgeschäft und Firma nicht grundsätzlich aus, sondern verbieten lediglich die isolierte Veräußerung der Firma („Leerübertragung“) und regeln die Voraussetzungen, unter denen ein Dritter die Firma bei Veräußerung des Handelsgeschäfts fortführen kann.<sup>193</sup> Die doppelte Verwendung der Firmenbezeichnung verstößt auch nicht in jedem Fall gegen § 30 Abs. 1 HGB.<sup>194</sup> Das Irreführungsverbot gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB ist durch die gleichzeitige Verwendung der Firma durch mehrere Unternehmensträger ebenfalls nicht zwingend berührt.<sup>195</sup> Im Übrigen können dem Erwerber der Firma sofern dieser die weitere Nutzung der bisherigen Firma durch die insolvente AG nicht gestattet, ggf. Ansprüche aus materiellem Firmenschutz gemäß § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 MarkenG bzw. § 12 BGB zustehen, wenn die Firma in einer Verwechslungsgefahr begründenden Weise weiter genutzt wird.<sup>196</sup>

Das **Fortbestehen** der **bisherigen Firma** in den Fällen, in denen sich die Anmeldung einer Ersatzfirma als notwendig erweist, kann die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** des **Insolvenzverwalters** berührt. Zwar kann dieser gemäß § 80 Abs. 1 InsO über das Handelsgeschäft und mit diesem auch über die Firma der insolventen AG verfügen und dem Erwerber auf diese Weise das Recht zur weiteren Nutzung der Firma verschaffen. Gegenüber dem Erwerber der Firma würden aber Pflichten aus dem Vertrag über die Veräußerung des Rechts zur Fortführung der Firma verletzt, wenn dieser gemäß § 30 HGB gehindert wäre, die Firma im Hinblick auf die weiter bestehende Eintragung bei der Insolvenzschuldnerin im Handelsregister eintragen zu lassen. Abgesehen davon kann es im Einzelfall auch einer den Gläubigerinteressen dienenden Verwertung der

---

<sup>192</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>193</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>194</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>195</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>196</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

Insolvenzmasse entsprechen, sich gegenüber dem Erwerber ausdrücklich zu verpflichten, die bisherige Firma nicht mehr zu nutzen.<sup>197</sup>

Die **Firma** einer AG kann ungeachtet dessen **auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über ihr Vermögen **nur** durch einen **satzungsändernden Beschluss** der **Hauptversammlung** gemäß §§ 181 Abs. 1 Satz 1, 179 Abs. 1 Satz 1, 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 AktG **geändert** werden, wenn nicht ein **Insolvenzplan** gemäß § 225a Abs. 3 InsO eine entsprechende Satzungsänderung vorsieht.<sup>198</sup>

Die **Firma** ist gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 1 AktG **zwingender Bestandteil** der **Satzung** der AG. Über Änderungen der Satzung, die ihren materiellen Gehalt betreffen, beschließt nach allgemeinen Grundsätzen die Hauptversammlung (§ 179 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die **Befugnis zur Änderung** der Satzung betrifft einen der **Hauptversammlung vorbehaltenen**, unmittelbar mit dem Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre verknüpften Bereich. Die geänderte Satzung ist nach § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG Grundlage für die **Eintragung** der Firmenänderung im **Handelsregister**.<sup>199</sup>

Die **Befugnis zur Änderung** der **Satzung** in Bezug auf die Firma der AG geht für den Fall der Verwertung der Firma im Insolvenzverfahren **nicht** gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den **Insolvenzverwalter** über. Dieser kann eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen.<sup>200</sup> Vielmehr kann auch im Insolvenzverfahren – außerhalb eines Insolvenzplans – eine Änderung der Firma nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung erfolgen.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>198</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>199</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>200</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>201</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

Die Eintragung der Änderung der Firma der Aktiengesellschaft auf eine Entschließung des Insolvenzverwalters hin ist im **Gesetz nicht vorgesehen** und wäre mit den **Grundsätzen** des **Registerrechts** nicht vereinbar.<sup>202</sup> Gründe des **Verkehrsschutzes** und der auch im Insolvenzverfahren geltende Grundsatz der **Registerwahrheit** sprechen gegen die Möglichkeit einer Firmenänderung außerhalb der Satzung. Das **Handelsregister** hat die Aufgabe, als technisches Medium für die Verlautbarung der für den Rechtsverkehr wesentlichen Tatsachen und Rechtsverhältnisse zu sorgen. Es ist das **Publizitätsmittel**, das die offenzulegenden Informationen zu den zentralen Unternehmensdaten für den Rechtsverkehr bereithält und ihm zugänglich macht, sog. Informations- und Publizitätsfunktion. Die einzutragenden Angaben müssen deshalb zuverlässig, vollständig und lückenlos beurkundet werden. Die **Firma** der AG ist gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 1 AktG ein **notwendiger Bestandteil** der **Satzung** und gehört zu den Grundinformationen über die Gesellschaft, die deren eindeutige Identifikation im Rechtsverkehr gewährleistet. Die Satzung ist nach § 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG der Anmeldung der AG beizufügen und auch Grundlage für die Eintragung einer Änderung der Satzung, § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG. Die Eintragung der Firma im Handelsregister nach § 43 Nr. 2 a) HRV verlautbart damit lediglich die in der Satzung festgelegte Firma der AG. Diese Verlautbarungsfunktion würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn außerhalb einer Satzungsänderung eine von der Satzung abweichende Firma im Handelsregister eingetragen würde. Der Einsichtnahme im Handelsregister nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HGB unterlägen sowohl das jeweilige Registerblatt als auch die eingereichte Satzung, die aber eine vom Registerblatt abweichende Firma ausweisen würde. Seinen Informationszweck kann das Handelsregister nur zuverlässig erfüllen, wenn sich die offenzulegenden Informationen aus ihm selbst ergeben. Es ist nicht ausreichend, wenn zur Information Umstände außerhalb des Handelsregisters herangezogen werden müssten, die dem Rechtsverkehr in der Regel nicht zugänglich sind.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>203</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

Aus **§ 80 Abs. 1 InsO** kann weder eine **Befugnis** des **Insolvenzverwalters** zur Änderung der Firma außerhalb der Satzung noch eine Befugnis zur Änderung der Satzung abgeleitet werden. Die Vorschrift verschafft dem Insolvenzverwalter die Rechtsmacht, Massegegenstände unabhängig vom Schuldner bzw. seinen Organen zu verwalten und über diese zu verfügen. Sie ebnet ihm aber weder einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Weg zur Änderung der Firma noch tritt der Insolvenzverwalter mit seinen Befugnissen aus **§ 80 Abs. 1 InsO** an die Stelle der Hauptversammlung als dem zur Änderung der Satzung berufenen Organ der AG.<sup>204</sup>

Der Rechtsprechung zur **Änderung** des **Geschäftsjahres nach Insolvenzeröffnung** kann nicht entnommen werden, dass der Insolvenzverwalter zur Ergänzung der Satzung ohne Beteiligung der Gesellschafter berechtigt ist. Bei der Entscheidung des Insolvenzverwalters, wieder zu dem für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltenden Geschäftsjahresrhythmus zurückzukehren, handelt es sich **nicht** um eine **Satzungsänderung**.<sup>205</sup>

Die AG bleibt trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen als **Rechtsträger** bestehen, auch wenn sie aufgelöst und in ein besonderes insolvenzrechtliches Abwicklungsverfahren überführt wird. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat auf die Struktur der betroffenen Gesellschaft keinen Einfluss. Auch die **Organe** einer juristischen Person behalten ihre Stellung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nehmen aber nur noch solche Aufgaben wahr, die nicht die Insolvenzmasse betreffen. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters verdrängt bzw. überlagert insoweit die Befugnisse der Organe.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>205</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

<sup>206</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

Die **Befugnisse** des **Insolvenzverwalters** erstrecken sich aber **nicht** auf den **innergesellschaftlichen Bereich**, zu dem die Befugnis zur Änderung der Satzung zählt. Der Insolvenzverwalter tritt auch dann nicht an die Stelle der Hauptversammlung als dem zur Änderung der Satzung berufenen Organ der Gesellschaft, wenn eine Satzungsänderung oder deren Unterlassung mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung von Massegegenständen hat, sondern er wird ausschließlich auf Grund des ihm übertragenen Amtes im eigenen Namen tätig. Ebenso wenig wird eine der Regelung in der Satzung vorbehaltene Angelegenheit aus dieser herausgelöst, denn auch der Insolvenzverwalter kann sich für die Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse nur der im Gesetz vorgesehenen Wege bedienen. Der innergesellschaftliche Bereich des Insolvenzschuldners bleibt damit vorbehaltlich der Regelungen über das Insolvenzplanverfahren der Einwirkung des Insolvenzverwalters entzogen und eine Maßnahme, die ungeachtet der Zuordnung zum innergesellschaftlichen Bereich mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung der Insolvenzmasse hat, ist einem sog. Überschneidungs- oder Kooperationsbereich zuzuordnen, in dem der angestrebte Erfolg nur durch ein Zusammenwirken des Insolvenzverwalters mit dem jeweiligen Organ der Gesellschaft erreicht werden kann. Stehen dem Insolvenzverwalter damit die zur Änderung der Satzung erforderlichen Instrumente schon nicht zur Verfügung, kann dieser sich auch **nicht** auf eine **Annexkompetenz** zur Satzungsänderung auf Grundlage seiner Befugnis zur Veräußerung der Firma berufen.<sup>207</sup>

Nach **§ 225a Abs. 1 und 3 InsO** bleiben die **Anteils- und Mitgliedschaftsrechte** der am Schuldner beteiligten Personen vom Insolvenzverfahren unberührt, es sei denn, ein Insolvenzplan sieht eine gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahme vor. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, gelten die in einen Insolvenzplan aufgenommenen Beschlüsse der Anteilshaber nach §§ 254 Abs. 1, 254a Abs. 2 Satz 1 InsO mit der Rechtskraft der Bestätigung des Insolvenzplans als gefasst. Diese Regelungen machen deutlich, dass gesellschaftsrechtliche und register-

---

<sup>207</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

rechtliche Vorgaben im Insolvenzverfahren grundsätzlich fortbestehen und nur nach den das Insolvenzplanverfahren betreffenden Vorschriften ersetzt bzw. modifiziert werden. Mit dem Verweis auf praktische Probleme bei der Annahme einer Zuständigkeit der Hauptversammlung und die Gefahr einer Behinderung der Verwertung der Firma zum Zweck einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung kann angesichts dessen ein hiervon abweichendes Ergebnis nicht begründet werden.<sup>208</sup>

Karlsruhe, den 22. Juli 2020

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

---

<sup>208</sup> a.a.O., juris, Rn. 39 unter Verweis auf RegE zum ESUG, BT-Drucks. 17/5712, S. 36 zu Nummer 39.