

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2021

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 2021 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.¹ Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.²

1.

Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Im Fall der **Herabsetzung** der **Haftsumme** ist die **Außenhaftung** des **Kommanditisten** für **Altverbindlichkeiten** im Umfang des die neue Haftsumme **übersteigenden Betrags** entsprechend § 160 Abs. 1 und 2, § 161 Abs. 2

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

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

HGB **zeitlich begrenzt**. Nach Ablauf der **Nachhaftungsfrist** von **fünf Jahren** haftet der Kommanditist auch gegenüber Altgläubigern nur noch bis zur Höhe der neuen verminderten Hafteinlage.³ Die zeitliche Begrenzung der Nachhaftung findet auch bei einer Herabsetzung der Hafteinlage Anwendung. Die **Herabsetzung der Hafteinlage** wirkt aus Sicht der Gläubiger wie ein **teilweises Ausscheiden** des Kommanditisten. Wer teilweise ausscheidet, haftet im Umfang seines Ausscheidens nicht strenger als ein Gesellschafter, der vollständig ausscheidet. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, dass bei grundsätzlicher Eröffnung der Möglichkeit zur Enthftung derjenige, der in Zukunft als Kommanditist nur noch in geringerem Umfang haften will, schlechter stehen soll als derjenige, der künftig überhaupt nicht mehr haften will. Der in § 174 Halbsatz 2 HGB niedergelegte Grundsatz der Unwirksamkeit der Herabsetzung der Hafteinlage gegenüber Altgläubigern wird deshalb durch die entsprechende Anwendung von § 160 Abs. 1 und 2, § 161 Abs. 2 HGB zeitlich begrenzt.⁴

Bei der entsprechenden Anwendung der § 160 Abs. 1 und 2, § 161 Abs. 2 HGB auf die Herabsetzung der Hafteinlage eines Kommanditisten **beginnt** die **fünfjährige Nachhaftungsfrist** unabhängig von der Eintragung der Kapitalherabsetzung in das Handelsregister bereits mit dem Ende des Tages, an dem der Gesellschaftsgläubiger positive **Kenntnis** von dem **Herabsetzungsbeschluss** erlangt. Die Registereintragung markiert nur den letzten Tag des Fristbeginns.⁵ Eine Ungleichbehandlung der Statusveränderungen im Hinblick auf den Beginn der Nachhaftung lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass die Eintragung in das Handelsregister im Außenverhältnis konstitutive Wirkung für die Kapitalherabsetzung hat.⁶

Bei der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** **beginnt** die **Fünfjahresfrist** bei der in § 736 Abs. 2 BGB bestimmten sinngemäßen Anwendung des § 160 Abs. 1 HGB mit der **positiven Kenntnis** des jeweiligen Gläubigers

³ Urteil vom 04. Mai 2021 - [II ZR 38/20](#) – juris, Rn. 13.

⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 17.

von dem Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft, da man insoweit, anders als bei einer Personenhandelsgesellschaft, schon nicht an die Publizität durch Registereintragung des Ausscheidens anknüpfen kann. Die **Beweislast** für die fristauslösende positive Kenntnis trägt der ausgeschiedene Gesellschafter.⁷

Bei der **offenen Handelsgesellschaft** und bei der **Kommanditgesellschaft** beginnt die Nachhaftungsfrist **ebenfalls** mit **positiver Kenntnis** des Gläubigers vom Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft zu laufen, obwohl das Ausscheiden bei den Personenhandelsgesellschaften anmelde- und eintragungspflichtig ist (§ 143 Abs. 2, § 162 Abs. 3 HGB).⁸

Der II. Zivilsenat hat für die offene Handelsgesellschaft bereits entschieden, dass die **Eintragung** des Ausscheidens im Handelsregister für den Beginn der fünfjährigen Enthaltungsfrist des § 160 Abs. 1 HGB **nicht konstitutiv** ist. Der Lauf der Frist beginnt bereits mit der positiven Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, wenn das Ausscheiden nicht oder später in das Handelsregister eingetragen wird.⁹ Für den ausscheidenden Kommanditisten gilt wegen der identischen Interessenlage nichts anderes. Die Nachhaftungsbegrenzung kommt auch dem Kommanditisten im Fall seines Ausscheidens über § 161 Abs. 2 HGB zugute.¹⁰ Wird die **Haftelinlage** eines Kommanditisten **herabgesetzt**, beginnt die Nachhaftungsfrist entsprechend § 160 Abs. 1 HGB ebenfalls nicht erst mit der Eintragung der Kapitalherabsetzung in das Handelsregister, sondern bereits mit der positiven Kenntnis des Altgläubigers von dem Herabsetzungsbeschluss.¹¹

⁷ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁸ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁹ a.a.O., juris, Rn. 20.

¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 21 unter Verweis auf Regierungsentwurf eines Gesetzes zur zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung von Gesellschaftern (Nachhaftungsbegrenzungsgesetz – NachhBG), BT-Drucks. 12/1868, S. 8.

¹¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

Der Gesetzgeber hat mit der konzeptionellen Neuregelung des Enthaf-
tungsrechts der Personengesellschaften durch das Nachhaftungsbegren-
zungsgesetz vom 18. März 1994 in § 736 Abs. 2 BGB einerseits und in
§ 160 Abs. 1 Satz 2 HGB andererseits den Zweck verfolgt, eine **einheitli-
che Haftungsbegrenzung** im gesamten Personengesellschaftsrecht her-
zustellen.¹² Dieses Regelungsziel verlangt es, den teilweisen Rückzug des
Kommanditisten aus der Gesellschaft durch Verminderung seiner Haftungs-
summe und den vollständigen Rückzug des ausscheidenden Kommanditisten
aus der Gesellschaft im Hinblick auf die Nachhaftungsbegrenzung
gleich zu behandeln. Zu den vom Regelungsziel erfassten Personengesell-
schaften gehört auch die Kommanditgesellschaft und dabei nicht nur der
persönlich haftende Gesellschafter, sondern auch die Kommanditisten,
etwa beim Ausscheiden eines Kommanditisten unter Rückgewähr der Ein-
lagen.¹³

Im **Innenverhältnis** der Gesellschaft wird eine **Haftsummenherabsetzung**
bereits mit der **Änderung** des **Gesellschaftsvertrags wirksam**. Die **Ein-
tragung** der Herabsetzung der Hafteinlage entfaltet **konstitutive Wirkung**
nur im **Außenverhältnis**. Gerade für die **Altgläubiger**, um deren Ansprü-
che es bei der hier zu beantwortenden Frage geht, hat die **Eintragung** der
Kapitalherabsetzung aber auch im Außenverhältnis **keine konstitutive**
Wirkung. Für die Altgläubiger ändert sich allein durch die Eintragung nichts.
Nach § 174 Halbsatz 2 HGB müssen Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit
der Eintragung begründet waren, die Herabsetzung nicht gegen sich gelten
lassen. Bildet die konstitutive Wirkung der Eintragung der Haftkapitalherab-
setzung keine Haftungszäsur gegenüber den Altgläubigern, spricht dies
dafür, die Eintragung auch nicht notwendig als Anknüpfungspunkt für den
Beginn der Nachhaftungsfrist heranzuziehen, sondern den Zeitpunkt des
Beginns der Nachhaftungsfrist auch im Fall der Herabsetzung der

¹² BGBl. 1994 I 560 ff.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 23 unter Verweis auf RegE BT-Drucks. 12/1868, S. 8.

Haftsumme unabhängig von der in § 174 Halbsatz 1 HGB festgelegten konstitutiven Wirkung der Eintragung zu bestimmen.¹⁴

Entsprechend der gesetzgeberischen Wertung des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB ist es gerechtfertigt, dass bei **Kenntnis des Altgläubigers** von der im Innenverhältnis beschlossenen Haftsummenherabsetzung diese schon mit dem Zeitpunkt der Kenntnis dem Altgläubiger gegenüber Wirkung entfaltet und nicht erst mit deren späteren Eintragung im Handelsregister. Die **Eintragung** der Herabsetzung der Haftsumme ist danach **nur** wie bei der offenen Handelsgesellschaft der **späteste Zeitpunkt** für den Beginn der Nachhaftung, wenn keine positive Kenntnis vorliegt. So wird dem Anliegen des Gesetzgebers, eine einheitliche Haftungsbegrenzung im gesamten Personengesellschaftsrecht herzustellen, weitestgehend Rechnung getragen. Bei diesem Verständnis steht der Wortlaut des § 174 Halbsatz 1 HGB der hier vorgenommenen Gesetzesauslegung nicht entgegen.¹⁵

Der im **Handelsregister nicht eingetragene Kommanditist haftet** gemäß § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB denjenigen Gläubigern, die seine Beteiligung als Kommanditist kannten, **nur in Höhe der vereinbarten Haftsumme**. Diese gesetzgeberische Wertung wird auf § 174 HGB übertragen. Soweit die Haftsumme durch Änderung des Gesellschaftsvertrags herabgesetzt, aber diese Herabsetzung noch nicht im Handelsregister eingetragen ist, muss sich ein Gläubiger, der von der nicht eingetragenen Herabsetzung der Haftsumme bei Begründung seiner Forderung positive Kenntnis hat, diese trotz der Konstitutivwirkung der Eintragung entgegenhalten lassen.¹⁶

Der Umstand, dass die Eintragung nach der gesetzlichen Konstruktion zwar die Neu- von den Altgläubigern scheidet, dies aber nach einhelliger Auffassung dann nicht gilt, wenn der Gläubiger die Kapitalherabsetzung kennt, spricht dafür, dies bei der Nachhaftung zur Vermeidung von

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 27.

¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 28.

Wertungswidersprüchen genauso zu handhaben. **Entscheidend** ist nicht die Frage der konstitutiven oder deklaratorischen Wirkung der Handelsregistereintragung, sondern die mit der Eintragung verbundene und bezweckte **Publizitätswirkung**. Hinter der gesetzlichen Regelung zum Fristbeginn bei der Nachhaftung steht der Gedanke der Kenntnisnahmemöglichkeit des Gesellschaftsgläubigers. Sinn des Abstellens des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Eintragung für den Fristbeginn ist es, den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft der Notwendigkeit zu entheben, alle Gläubiger einzeln von seinem Ausscheiden in Kenntnis zu setzen. Stattdessen lässt es der Gesetzgeber für den Fristbeginn ausreichen, dass die Gläubiger von dem Ausscheiden durch Einsichtnahme in das Handelsregister und die dortige Eintragung Kenntnis erlangen können. Hat ein Gläubiger allerdings auf andere Weise als durch die Handelsregistereintragung schon Kenntnis vom Ausscheiden eines Gesellschafters oder von einem vergleichbaren, dessen Haftung beschränkenden Umstand erlangt, so ist der Zweck des § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB bereits ohne eine solche Eintragung erreicht. Zum Schutz des betreffenden Gläubigers ist eine zusätzliche Eintragung nicht mehr erforderlich.¹⁷

Zuzugeben ist, dass der **Neugläubiger**, anders als der Altgläubiger, bei positiver Kenntnis von der im Handelsregister noch nicht eingetragenen, im Innenverhältnis aber bereits wirksamen Haftungsreduzierung bewusst ein **Risiko** in Kauf nimmt. Auf der anderen Seite erlangt der Altgläubiger mit der positiven Kenntnis von der Kapitalherabsetzung auch positive Kenntnis von der im Innenverhältnis wirksamen Haftungsreduzierung und hat fünf Jahre Zeit, auf die veränderte Haftungslage zu reagieren. Eine **unangemessene Gläubigerbenachteiligung** steht mithin **nicht zu besorgen**. Demgegenüber wäre es nicht sachgerecht, das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft und das Teilausscheiden eines ohnehin nur beschränkt persönlich haftenden Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft unter Nachhaftungs-

¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 29.

gesichtspunkten unterschiedlich zu behandeln. Darin läge, weil mit dem Erlangen der positiven Kenntnis von der im Innenverhältnis wirksamen teilweisen Enthaltung die fristgebundene Möglichkeit der Anspruchsverfolgung eröffnet ist und der gebotene Interessenausgleich hergestellt werden kann, eine vor dem Hintergrund der mit dem Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz beabsichtigten Einheitlichkeit der Haftungsbegrenzung im Personengesellschaftsrecht nicht vertretbare Besserstellung der Gläubiger einer Kommanditgesellschaft, bei der das Haftkapital herabgesetzt wird, gegenüber den Gläubigern einer Personengesellschaft, bei denen ein haftender Gesellschafter ganz ausscheidet.¹⁸

Ob eine **Forderung** eine „bis dahin begründete Verbindlichkeit“ i.S.v. § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB, also einen **Altverbindlichkeit**, darstellt, hängt weder von dem Zeitpunkt ihres Entstehens noch von dem Eintritt ihrer Fälligkeit ab. Altverbindlichkeiten in diesem Sinn sind vielmehr alle Schuldverpflichtungen, deren Rechtsgrundlage bis zum Ausscheiden des Gesellschafters gelegt worden ist, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später entstehen und fällig werden.¹⁹ Stellt man für den Beginn der Nachhaftungsfrist bei der entsprechenden Anwendung des **§ 160 Abs. 1 HGB** auf die Herabsetzung der Hafteinlage eines Kommanditisten auf einen vor der Eintragung der Herabsetzung in das Handelsregister liegenden Zeitpunkt der positiven Kenntnis eines Gläubigers von dem Beschluss über die Haftkapitalherabsetzung ab, kommt es für die Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern darauf an, ob die Rechtsgrundlage für die Verbindlichkeit bis zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung gelegt wurde. Wird die Forderung nach Kenntnis von der Kapitalherabsetzung begründet, ist der Gläubiger ohnehin Neugläubiger i.S.d. § 174 HGB und muss die Herabsetzung gegen sich gelten lassen. Dann kommt es auf § 160 HGB nicht an.²⁰

¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 32.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 33.

§ 217 BGB findet auf die fünfjährige Nachhaftungsfrist des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB **entsprechende Anwendung**.²¹ Bei der Nachhaftungsfrist des **§ 160 Abs. 1 Satz 1 HGB** handelt es sich um **keine Verjährungsvorschrift**, sondern um eine **Ausschlussfrist** (RegE BT-Drucks. 12/1868, S. 2).²² Einzelne Verjährungsvorschriften können auf Ausschlussfristen entsprechend angewendet werden, auch wenn nicht ausdrücklich auf sie verwiesen wird. Das ist im Einzelfall nach Sinn und Zweck der jeweiligen einzelnen Bestimmung zu entscheiden. Anders als für Verjährungsfristen gibt es für gesetzliche Ausschlussfristen keine allgemein geltenden Bestimmungen. Die getroffenen Regelungen sind verschieden je nach der Art und dem Inhalt des Rechts, das nach Fristablauf erlöschen soll. Hiernach richtet sich, welcher Zweck mit einer Ausschlussfrist verfolgt wird und welche Interessen dabei zu berücksichtigen sind.²³

Ob die für Verjährungsfristen geltende Koppelung der Verjährung der von dem Hauptanspruch abhängenden Nebenleistungen an die Verjährung des Hauptanspruchs in § 217 BGB auf die Ausschlussfrist des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB entsprechend anzuwenden ist, hängt mithin vom Sinn dieser Vorschrift ab.²⁴ Der Gesetzgeber hat mit § 160 HGB nicht lediglich eine zeitliche Obergrenze festgelegt. Er hat vielmehr eine umfassende Regelung des Problems der Nachhaftungsbegrenzung vorgenommen und im Interesse der Rechtssicherheit für alle Verbindlichkeiten einheitlich den Weg einer klar festgelegten Ausschlussfrist gewählt. Sinn dieser Regelung ist es in erster Linie zu vermeiden, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter zu lange Zeit mit einer Haftung für Verbindlichkeiten belastet wird, obwohl er wegen seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch von den Gegenleistungen und sonstigen Erträgen profitieren kann. Dieses Regelungsziel würde verfehlt, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter zwar nicht mehr für die Altgläubigerforderung, aber für von ihr abhängige Verzugszinsen oder Schadensersatzansprüche wegen

²¹ a.a.O., juris, Rn. 38.

²² a.a.O., juris, Rn. 39.

²³ a.a.O., juris, Rn. 40.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 41.

Verzögerung der Leistung nach § 280 Abs. 2, § 286 BGB, insbesondere für die vom Kläger verlangten vorgerichtlichen Anwaltskosten weiterhaften müsste. Dass diese Verzögerungsschäden nicht wegen der Verfolgung der Altforderung gegen die Gesellschaft, sondern aus der Geltendmachung der Außenhaftung gegenüber dem Gesellschafter entstanden sind, rechtfertigt im Hinblick auf das Ziel der umfänglichen Enthftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für alle Ansprüche zu einem klar festgelegten Zeitpunkt keine andere Wertung. Es wäre widersinnig, den ausgeschiedenen Gesellschafter einerseits davor zu schützen, sich nach Ablauf der Ausschlussfrist inhaltlich gegen den Hauptanspruch verteidigen zu müssen, ihm aber genau dies aufzuerlegen, um einen fortbestehenden Anspruch auf Ersatz eines Verzögerungsschadens abzuwehren.²⁵

Der entsprechenden Anwendung des § 217 BGB steht nicht entgegen, dass § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB zwar auf einige Verjährungsvorschriften, nicht aber auf § 217 BGB verweist. § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB befasst sich lediglich mit der Hemmung der Ausschlussfrist. Dies schließt die entsprechende Anwendung weiterer, in den §§ 214 ff. BGB geregelter Vorschriften über die Rechtsfolgen der Verjährung nicht aus.²⁶

b)

Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften sind nach ihrem **objektiven Erklärungsbefund** nur anhand des schriftlichen Vertrags **auszulegen**. **§ 167 Abs. 3 HGB**, wonach an dem Verlust der Gesellschaft der Kommanditist nur bis zum Betrage seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teilnimmt, ist **dispositiv**.²⁷ Sollen Kommanditisten darüber hinaus verpflichtet sein, ein aufgrund von (gesellschaftsvertraglich vorgesehenen) Verlustzuschreibungen **negatives Kapitalkonto** durch Nachzahlungen während der bestehenden Gesellschaft oder nach ihrer Beendigung auszugleichen, bedarf eine solche Nachschussverpflichtung

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 42 unter Verweis auf RegE BT-Drucks. 12/1868, S. 2.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 43.

²⁷ Urteil vom 23. Februar 2021 – [II ZR 200/19](#) – juris, Rn. 17, ebenso Urteile vom 23. Februar 2021 – [II ZR 201/19](#) –, – [II ZR 255/19](#) – und – [II ZR 48/20](#) –.

einer klaren und eindeutigen Regelung, um nicht gegen § 707 BGB zu verstoßen. Eine bloße Verlustbeteiligungsklausel entsprechend fester Kapitalkonten reicht dafür nicht aus.²⁸

Eine im Zeitpunkt des **Ausscheidens** des Gesellschafters noch **offene Einlageverpflichtung** stellt grundsätzlich unabhängig von ihrer Fälligkeit eine „rückständige Einlage“ i.S.v. § 167 Abs. 3 HGB dar.²⁹

Wird die **Fälligkeit** von einer entsprechenden **Beschlussfassung** der Gesellschafter über die **Einforderung** der restlichen Einlageforderung **abhängig gemacht**, kann damit ein Schutz der Gesellschafter bezweckt sein. Diese sollen dann nicht allein aufgrund einer weiteren Zahlungsaufforderung durch die Geschäftsführung auf Leistung ihrer restlichen Pflichteinlage in Anspruch genommen werden können, sondern nur dann, wenn die Gesellschafter dies zuvor durch einen Beschluss für notwendig erachtet hatten. Dieser Schutz kommt zwar bei einem ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr zum Tragen, wenn seine gesamte noch offene Pflichteinlage auch ohne entsprechenden Gesellschafterbeschluss in die Berechnung seines Abfindungsguthabens zu Gunsten der Gesellschaft eingestellt werden kann und er bis zur Höhe dieser noch offenen Einlageforderung nach § 167 Abs. 3 HGB haftet, obwohl sie durch die Gesellschafter noch nicht eingefordert worden ist.³⁰

Den Interessen der Gesellschaft und der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter widerspräche es aber, wenn der Ausscheidende durch eine Einschränkung von § 167 Abs. 3 HGB mit dem Zeitpunkt seines Ausscheidens von seiner gesamten restlichen, noch nicht durch Gesellschafterbeschluss fällig gestellten Einlageverpflichtung befreit würde. Weshalb ihn die verbleibenden Gesellschafter derart von seiner ursprünglichen Leistungszusage entbinden sollten, ist nicht ersichtlich, zumal der Ausscheidende

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 18.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 28.

³⁰ a.a.O., juris, Rn. 37.

sich selbst dafür entschieden hat, am weiteren Schicksal der Gesellschaft nicht teilzunehmen und stattdessen eine Abrechnung zum Zeitpunkt seines Ausscheidens zu verlangen. Dies führt auch zu keiner Schlechterstellung des Ausscheidenden gegenüber den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern, da diese ebenfalls grundsätzlich weiterhin zur Leistung der restlichen Einlage verpflichtet sind und der entsprechende Betrag auch bei ihnen im Fall der Liquidation der Gesellschaft oder bei ihrem Ausscheiden ohne vorherige Beschlussfassung in der noch offenen Höhe zu ihren Lasten in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen ist.³¹

Enthält eine **Schiedsgutachterklausel keine** ausdrückliche **Regelung** dazu, wer bei Streit über die **Abfindungshöhe** zur **Einholung** des **Gutachtens** verpflichtet sein soll, ist mangels anderweitiger vertraglicher Regelung in ergänzender Vertragsauslegung davon auszugehen, dass in diesem Fall grundsätzlich beide Seiten gleichermaßen verpflichtet sind, die zur Einholung eines Schiedsgutachtens erforderlichen Schritte einzuleiten bzw. daran mitzuwirken. Aus dieser **beiderseitigen Mitwirkungsverpflichtung** folgt aber auch, dass derjenige, der sich eines Anspruchs aus dem zu ermittelnden Abfindungsguthaben berühmte und diesen Anspruch geltend machen wollte, bei Streit über dessen Höhe die Initiative zur gemeinsamen Einholung eines Schiedsgutachtens zu ergreifen hat und nicht einer später erhobenen Schiedsgutachtereinrede der anderen Seite entgegen halten kann, diese sei treuwidrig (§ 242 BGB), weil diese vorgerichtlich weder selbst Anstrengungen zur Einholung eines Gutachtens unternommen noch die Einholung eines Gutachtens gefordert, sondern sich erst lange nach Klageerhebung auf die Schiedsgutachtereinrede berufen habe.³²

c)

Dem **Kommanditisten** steht gegenüber dem **Insolvenzverwalter** der **Einwand** zu, dass das von ihm Geforderte zur **Tilgung** der Gesellschaftsschulden, für die er haftet, **nicht erforderlich** ist. Die **Darlegungs- und**

³¹ a.a.O., juris, Rn. 38.

³² a.a.O., juris, Rn. 44.

Beweislast hierfür hat der in Anspruch genommene Gesellschafter; jedoch hat der Insolvenzverwalter die für die Befriedigung der Gläubiger bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschafter darzulegen, sofern nur er dazu imstande ist.³³ Die **Erforderlichkeit** der **Inanspruchnahme** des Kommanditisten ist nicht allein davon abhängig, ob die von der Haftung erfassten Gesellschaftsschulden aus der aktuell zur Verfügung stehenden **Insolvenzmasse gedeckt** werden können. Vielmehr kann der Kommanditist gegen seine Inanspruchnahme entsprechend **§ 422 Abs. 1 Satz 1, § 362 Abs. 1 BGB** einwenden, dass durch **Zahlungen anderer Kommanditisten** der zur Deckung dieser Gesellschaftsschulden nötige Betrag bereits ganz oder teilweise aufgebracht wurde. Die Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Kommanditisten hängt damit zum einen davon ab, in welchem Umfang die Forderungen, für die er haftet, bereits durch Zahlungen anderer Gesellschafter auf ihre Haftungsschuld gedeckt sind, und zum anderen, ob die zur Verfügung stehende Insolvenzmasse voraussichtlich genügt, einen danach verbleibenden Restbetrag zu decken. Dabei ist die **Höhe** der bis zur **letzten mündlichen Verhandlung** eingegangenen **Rückzahlungen** der Kommanditisten ein für die Gläubigerbefriedigung bedeutsamer Umstand, dessen **Darlegung** typischerweise nur dem **Insolvenzverwalter** möglich ist.³⁴

Die Frage, ob der Insolvenzverwalter berechtigt war, mit den von den Kommanditisten eingezogenen Geldern **Masseverbindlichkeiten** und **-kosten zu tilgen**, betrifft dagegen nicht den Einwand des Kommanditisten, der Betrag der von seiner Haftung umfassten Gesellschaftsschulden sei bereits durch Zahlungen anderer Kommanditisten gedeckt, sondern die davon zu unterscheidende Frage der **Verwendung** der **eingezogenen Gelder**.³⁵

d)

Wird vom **Insolvenzverwalter** über das Vermögen einer KG (im Streitfall: Publikumsfondsgesellschaft) eine **Zahlungsklage** gegen einen

³³ Beschluss vom 17. November 2020 - [II ZR 182/19](#) – juris, Rn. 13.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 14.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 15.

Kommanditisten sowohl auf dessen **Außenhaftung** nach **§§ 171, 172 HGB** als auch auf eine Zahlungspflicht zum Zweck des **Ausgleichs** unter **den Gesellschaftern** gestützt, werden **prozessual zwei** verschiedene **Streitgegenstände** geltend gemacht.³⁶ Eine solche Klage ist zulässig, wenn der Kläger die zwei Streitgegenstände nicht in **unzulässiger alternativer**, sondern in **zulässiger eventueller Klagehäufung** geltend macht.³⁷

Eine ursprünglich durch die **Leistung** der **Einlage** gemäß § 171 Abs. 1 HGB **erloschene Außenhaftung** lebt durch **Ausschüttungen wieder auf**.³⁸ Der Insolvenzverwalter kann die wiederaufgelebte Haftung nach § 172 Abs. 2 HGB nur insoweit geltend machen, als die **Inanspruchnahme** des verklagten Kommanditisten zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, denen er nach §§ 171, 172 HGB haftet, **erforderlich** ist.³⁹ Der Beklagte kann dagegen entsprechend § 422 Abs. 1 Satz 1, § 362 Abs. 1 BGB **einwenden**, dass der zur Befriedigung dieser Gläubiger erforderliche Betrag bereits durch **Zahlungen anderer Kommanditisten** aufgebracht wurde.⁴⁰

Der **Kommanditist haftet nicht** für die im Insolvenzverfahren angemeldeten **Forderungen anderer Kommanditisten** auf **Auszahlung** ihrer **Einlage** oder **Rückzahlung** von vor der Insolvenz zurückgezahlter Ausschüttungen. Diese Ansprüche sind entweder unmittelbar oder der Sache nach auf Rückzahlung der Kommanditeinlage gerichtet, die im Insolvenzfall jedoch zur Befriedigung der Gläubiger als Haftungsmasse zur Verfügung stehen muss. Die diesbezüglichen Forderungen sind daher **keine Insolvenzforderungen** i.S.v. § 38 InsO, sondern erst im Rahmen des sich an die **Schlussverteilung** anschließenden Innenausgleichs der Gesellschafter zu berücksichtigen.⁴¹ **Entsprechendes** gilt für die von **Kommanditisten** angemeldeten **Schadensersatz- und Zinsforderungen** aufgrund der

³⁶ Urteil vom 15. Dezember 2020 – [II ZR 108/19](#) – juris, Rn. 11 ff.; Beschluss vom 16. März 2021 – [II ZB 17/19](#) – juris, Rn. 7.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 15.

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 55.

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

Verfolgung ihrer Ansprüche auf Rückgewähr der geleisteten Einlage oder von ihnen zurückgezahlter Ausschüttungen. Aus dem **Rechtsgedanken** von **§ 39 Abs. 3 InsO** folgt, dass die mit solchen Forderungen zusammenhängenden Zinsen und Kosten den **gleichen Rang** teilen wie die Forderung selbst. Dies lässt sich auf den Fall, dass die Hauptforderung nicht als Insolvenzforderung im Verfahren angemeldet werden kann, übertragen. Die auf die wiederaufgefüllte Einlage entfallenden Zinsen sind ebenso wie die Rechtsverfolgungskosten, die aus Streitigkeiten über die Einlagepflicht entstanden sind, der Einlage und dem Innenverhältnis der Gesellschaft zuzuordnen.⁴²

Der **Kommanditist haftet** nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB für **Gewerbsteuerforderungen** jedenfalls insoweit, als sie auf der **Hinzurechnung** des **Unterschiedsbetrags** nach **§ 5a Abs. 4 EStG** zum Gewinn der Schuldnerin beruht. Die **insolvenzrechtliche Einordnung** dieser Forderung als Masseverbindlichkeit i.S.v. **§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO** steht dem nicht entgegen.⁴³ Die **Gewerbsteuerforderung** ist eine **Verbindlichkeit der Gesellschaft**. Bei der Gewerbesteuer handelt es sich – anders als bei der gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 EStG durch Abzug auf Kapitalerträge des Gesellschafters erhobenen Kapitalertragsteuer – nicht um eine Steuerschuld der Gesellschafter, sondern der Gesellschaft.⁴⁴ Die **Gesellschafter** sind lediglich **Haftungsschuldner** (§ 191 Abs. 1 und Abs. 4 AO) für die Steuerschuld der Gesellschaft.⁴⁵ Eine Steuerpflicht der KG ergibt sich zudem auch aus dem gegen sie ergangenen **Steuerbescheid**, der, solange er nicht aufgehoben ist, im Zivilprozess grundsätzlich ohne eigenständige Überprüfung als verbindlich zu berücksichtigen ist.⁴⁶

Ein **Kommanditist haftet** im Rahmen der § 171 Abs. 1 Halbsatz 1, § 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB **grundsätzlich persönlich unbeschränkt**

42 a.a.O., juris, Rn. 23.

43 a.a.O., juris, Rn. 24.

44 a.a.O., juris, Rn. 25.

45 a.a.O., juris, Rn. 26.

46 a.a.O., juris, Rn. 27.

für die **Verbindlichkeiten** der **Gesellschaft**. In der **Insolvenz** der Gesellschaft ist der Umfang dieser Haftung jedoch aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen zu beschränken. Insoweit ist eine **teleologische Reduktion** der Haftung aus § 128 HGB geboten.⁴⁷

Im **Regelinsolvenzverfahren** verliert der **Gesellschafter** mit dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter die Möglichkeit, **Einfluss** auf die weitere Entwicklung der Gesellschaft zu nehmen, an einen Gesellschaftsfremden. Dessen Verwaltung hat zudem vorrangig im **Interesse** der **Gesellschaftsgläubiger** und nicht der Gesellschafter zu erfolgen. Die Stellung des Gesellschafters weist nach der Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens insoweit eine **gewisse Ähnlichkeit** mit derjenigen eines aus der Gesellschaft **ausgeschiedenen Gesellschafters** auf, der ebenfalls keinen weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen und nicht von den Gegenleistungen oder sonstigen Erträgen profitieren kann. Für den ausgeschiedenen Gesellschafter hat der Gesetzgeber mit **§ 160 HGB** aus diesem Grund eine **gesetzliche Haftungsbeschränkung** auf **Altverbindlichkeiten**, zudem noch mit **zeitlicher Beschränkung** auf fünf Jahre, eingeführt. Die insoweit vergleichbare Situation des Gesellschafters bei **Insolvenz** der Gesellschaft spricht dafür, den Umfang seiner Haftung ebenfalls durch eine **teleologische Reduktion** des **§ 128 HGB** zu beschränken. Andernfalls würde man den Gesellschafter unbeschränkt, d.h. möglicherweise auch bei einer jahrelangen Firmenfortführung, für sämtliche durch den Insolvenzverwalter begründete Verbindlichkeiten haf-ten lassen, auf deren Entstehung er keinen Einfluss mehr nehmen konnte und die nicht in seinem, sondern im Gläubigerinteresse eingegangen wurden.⁴⁸

Diese **Einschränkung** der **persönlichen Haftung** nach § 128 HGB ist **nicht** danach vorzunehmen, wie die betreffende **Gläubigerforderung insolvenzrechtlich einzuordnen** ist. Die Einordnung eines Anspruchs als

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 29.

Masseverbindlichkeit folgt keinem einheitlichen Wertungsgedanken, sondern beruht auf unterschiedlichen Gründen.⁴⁹ In welchem Umfang aus gesellschaftsrechtlichen Gründen die Haftung der Gesellschafter im Insolvenzverfahren zu beschränken ist, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls haften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten unabhängig von ihrer insolvenzrechtlichen Einordnung, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden sind. Da die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung in der Regelinsolvenz der Gesellschaft auch auf der einem ausgeschiedenen Gesellschafter ähnlichen Interessenlage beruht, muss die **persönliche Haftung** auch in der Insolvenz jedenfalls die **Verbindlichkeiten umfassen**, für die auch ein **ausgeschiedener Gesellschafter** nach **§ 160 HGB** noch **haften** müsste.⁵⁰ Insoweit können die für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach § 160 HGB entwickelten Kriterien herangezogen werden.⁵¹

Danach ist eine **Gewerbsteuerforderung**, jedenfalls soweit sie auf der Hinzurechnung des Unterschiedsbetrags nach § 5a Abs. 4 EStG beruht, noch von der persönlichen Haftung nach §§ 171, 172, § 161 Abs. 2, § 128 HGB umfasst, wenn der verklagte Kommanditist hierfür auch als ausgeschiedener Gesellschafter nach § 160 HGB persönlich haften müsste. Die Einordnung der Gewerbsteuerforderung als Masseverbindlichkeit i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO und die Verwirklichung des gesetzlichen Besteuerungstatbestands des § 5a Abs. 4 EStG ist insoweit ohne Belang. Die Rechtsprechung des **Bundesfinanzhofs** zur **Abgrenzung** zwischen bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits begründeten Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) und sonstigen Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO) ist hier **nicht anwendbar**.⁵²

Eine "**bis dahin begründete Verbindlichkeit**" i.S.v. § 160 Abs. 1 HGB liegt vor, wenn die **Rechtsgrundlage** der Verpflichtung bis zum Ausscheiden

49 a.a.O., juris, Rn. 36.

50 a.a.O., juris, Rn. 37.

51 a.a.O., juris, Rn. 42.

52 a.a.O., juris, Rn. 38.

des Gesellschafters **gelegt** worden ist, **auch wenn** die daraus resultierenden einzelnen Verpflichtungen **erst später entstehen und fällig** werden. Bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis kommt es für die Abgrenzung von Alt- und Neuverbindlichkeiten darauf an, ob der das Schuldverhältnis begründende Tatbestand bereits vor dem Ausscheiden des Gesellschafters erfüllt war. So liegt etwa bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB grundsätzlich eine Altverbindlichkeit vor, wenn der vermeintliche Rechtsgrund, auf den geleistet wurde, bereits beim Ausscheiden bestand; der Zeitpunkt der Leistungshandlung des Gläubigers dagegen ist ohne Bedeutung.⁵³

Für die hier zu beurteilende **Steuerforderung** folgt daraus, dass gesellschaftsrechtlich für den Zeitpunkt der „Begründung“ der Verbindlichkeit nicht auf die vollständige Verwirklichung des steuerauslösenden gesetzlichen Besteuerungstatbestands abzustellen ist, sondern darauf, ob der Grund der Besteuerung zu einem Zeitpunkt gelegt wurde, zu dem der Gesellschafter noch Einfluss nehmen konnte und die Führung der Gesellschaft auch zu seinem Nutzen erfolgte.⁵⁴

Die **insolvenzrechtliche Einordnung** der Steuerforderung als **Masseverbindlichkeit** i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO **steht** dieser gesellschaftsrechtlichen Abgrenzung **nicht entgegen**.⁵⁵ Dass sich die insolvenzrechtliche Abgrenzung zwischen Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) und sonstigen Masseverbindlichkeiten (§ 55 InsO) nicht mit der gesellschaftsrechtlichen Abgrenzung des Umfangs der persönlichen Haftung der Gesellschafter in der Gesellschaftsinsolvenz decken muss, zeigt sich bereits daran, dass sich die persönliche Haftung der Gesellschafter nach überwiegender Meinung auch auf Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO erstreckt, da diese – entsprechend den Grundsätzen zu § 160 HGB – ihren Rechtsgrund in den vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossenen

⁵³ a.a.O., juris, Rn. 43.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 44.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 50.

Verträgen haben.⁵⁶

Seite 18 von 49

Gegen eine **Haftung** des Kommanditisten lässt sich auch **nicht** anführen, dass mit Erfüllung einer Masseverbindlichkeit durch Leistung an den Insolvenzverwalter nach § 172 Abs. 2 HGB ein **Regressanspruch** des Gesellschafters **gemäß § 110 HGB** gegen die Gesellschaft entstehe, der bei Teilnahme am Insolvenzverfahren im Rang der erfüllten Masseverbindlichkeit wiederum zu Lasten der Masse gehe. Aus dem Zusammenwirken von § 171 Abs. 1, Abs. 2 und § 172 Abs. 4 HGB ergibt sich, dass der Kommanditist danach ohnehin nur dann Regress nehmen kann, wenn seine Haftung durch eine Ausschüttung auf den Regressanspruch nicht mehr mit der Folge des § 171 Abs. 2 HGB aufleben kann. Das aber wäre der Fall, wenn der Kommanditist die den Regressanspruch auslösende Zahlung zuvor gerade infolge seiner Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB erbracht hat.⁵⁷

Die **Einziehungsbefugnis** des **Insolvenzverwalters** entfällt durch die Anzeige der **Masseunzulänglichkeit** nicht. Die Anzeige hat Auswirkungen auf die Verteilung der vorhandenen Masse (§§ 208, 209 InsO), nicht jedoch auf den Aufgabenkreis des Insolvenzverwalters. Der Verwalter bleibt vielmehr verpflichtet, das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und zu verwerten (§ 208 Abs. 3 InsO). Dazu gehört auch die Geltendmachung der Außenhaftung nach § 93 InsO, § 172 Abs. 2 HGB zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung.⁵⁸

Ansprüche aus **§§ 171, 172 Abs. 4 HGB** unterliegen auch im Fall der Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** der **Verjährung** nach **§ 159 i.V.m. § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB**. Danach verjähren Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren nach der Auflösung der Gesellschaft, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 51.

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 52.

⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 60.

einer kürzeren Verjährung unterliegt. Die Verjährung beginnt mit der Eintragung der Auflösung in das Handelsregister, es sei denn der Anspruch des Gläubigers wird erst später fällig; in diesem Fall beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit (§ 159 Abs. 2 und 3 HGB). Hierunter fallen auch Gesellschaftsverbindlichkeiten, deren Rechtsgrund bereits vor der Eintragung der Auflösung begründet worden ist, die jedoch erst danach fällig geworden sind.⁵⁹

Der **Insolvenzverwalter** ist zur **Durchführung des Innenausgleichs** unter den Gesellschaftern **nicht befugt**.⁶⁰ Aus den dem Insolvenzverwalter nach der Insolvenzordnung zukommenden Aufgaben und Befugnissen ergibt sich lediglich seine Ermächtigung, einen nach der Schlussverteilung etwa verbleibenden Überschuss an die Gesellschafter zu verteilen. Eine darüber hinausgehende Befugnis oder gar Verpflichtung, durch Einziehung von Ausgleichsbeträgen auch den Innenausgleich der Gesellschafter herbeizuführen, folgt daraus nicht.⁶¹

e)

Dem **Insolvenzverwalter** steht wegen der mit seinem Amt verbundenen vielfältigen und schwierigen Aufgaben bei der Ausübung seiner Tätigkeit grundsätzlich ein weiter **Ermessensspielraum** zu. **Unwirksam** sind aber **Verfügungen** des Insolvenzverwalters, welche dem **Insolvenzzweck** der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (vgl. § 1 Satz 1 InsO) **klar und eindeutig zuwiderlaufen**, bei denen der Verstoß also für einen verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist. Wirksam sind dagegen Verfügungen des Insolvenzverwalters, die nur unzweckmäßig oder sogar unrichtig sind. Dies gilt auch, wenn durch Vergleich auf Ansprüche der Masse (teilweise) verzichtet wird. Für die Frage, ob ein solcher Verzicht dem Insolvenzzweck klar und eindeutig zuwiderläuft, kommt es maßgeblich auf eine Gesamtbetrachtung der sich für die Masse ergebenden Auswirkungen des

⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 62.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 63, 65, 70.

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 80.

Vergleichs an.⁶² Ob diese Grundsätze bezogen auf den Sicherungszweck gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO entsprechend für Rechtshandlungen des **vorläufigen Insolvenzverwalters** gelten, hat der Bundesgerichtshof bislang offengelassen und kann auch hier **offen** bleiben.⁶³

Eine Vereinbarung zwischen der späteren Insolvenzschuldnerin und einem Geschäftsführer über Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG a.F. unterliegt auch dann dem **Verzichts- und Vergleichsverbot**, wenn ihr der vorläufige Insolvenzverwalter nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO) zugestimmt hat. Ob dies auch dann gilt, wenn bereits im **Eröffnungsverfahren** die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den **vorläufigen Insolvenzverwalter** nach § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO übergeht, bedarf im vorliegenden Fall **keiner Entscheidung**.⁶⁴

Nach **§ 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG** ist ein **Verzicht** der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9a GmbHG oder ein Vergleich der Gesellschaft über diese Ansprüche **unwirksam**, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Dies gilt gemäß §§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG aF entsprechend für Ersatzansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG aF.⁶⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt **§ 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht** für den **Insolvenzverwalter** nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft. Dies beruht maßgeblich darauf, dass sich aus dem **Wortlaut** und der **Begründung** des Gesetzes nicht ergibt, dass der Gesetzgeber insolvenzrechtliche Sachverhalte die Gesellschaft betreffend in den Blick genommen hat, der Gläubigerschutz, dem § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG ausschließlich dient, im eröffneten Verfahren durch die Regelungen der Insolvenzordnung verwirklicht wird und einer Geltung der Vorschrift die **Aufgaben und Stellung des Insolvenzverwalters** entgegenstehen. In **§ 15b Abs. 4 Satz 5**

⁶² Urteil vom 20. April 2021 – [II ZR 387/18](#) –, Rn. 23.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 28.

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 29.

InsO ist nunmehr ausdrücklich geregelt, dass das Verzichts- und Vergleichsverbot nach § 15b Abs. 4 Satz 4 InsO unter anderem dann nicht gilt, wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll mit der Regelung in Übernahme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Einschränkung des Verzichts- und Vergleichsverbots für den Insolvenzverwalter klargestellt werden.⁶⁶

Die vom Berufungsgericht **verneinte Anwendbarkeit** von §§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 2, 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. auf einen von der Gesellschaft mit Zustimmung des **vorläufigen Insolvenzverwalters** geschlossenen Vergleich ist soweit ersichtlich bislang in der Rechtsprechung nicht erwogen worden und wird auch im Schrifttum nicht diskutiert. In der hier vorliegenden Fallgestaltung, in der der vorläufige Insolvenzverwalter nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO einer Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und ihrer Geschäftsführerin über den Umfang der Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG a.F. zugestimmt hat, ist entgegen der Sicht des Berufungsgerichts das Verzichts- und Vergleichsverbot entsprechend seinem Wortlaut **anwendbar**.⁶⁷

Das **gesellschaftsrechtliche Verzichts- und Vergleichsverbot** wird **erst** durch den mit der **Eröffnung** des **Insolvenzverfahrens** verbundenen Beschlag des Schuldnervermögens zu Gunsten der Gläubiger durch die **insolvenzrechtlichen Bestimmungen überlagert**. Die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts bewirken hingegen nur, dass der vorläufige Insolvenzverwalter wirksame rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners verhindern kann. Der mitbestimmende vorläufige Insolvenzverwalter ist daher auf die Kontrolle des Schuldners beschränkt, dessen Handlungen weiterhin gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterliegen.⁶⁸

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 30 unter Verweis auf Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), BT-Drucks. 19/24181, S. 195.

⁶⁷ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 32.

Der **Geltungsanspruch** des **Verzichts- und Vergleichsverbots** nach §§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 2, 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. wird nicht dadurch geschmälert, dass der vorläufige Insolvenzverwalter durch die Verweigerung der Zustimmung eine Verfügung über die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG a.F. verhindern kann. Die Anordnung des Zustimmungsvorbehalts weist zwar dieselbe **Schutzrichtung** auf, wie das auf die Sicherung der Durchsetzbarkeit der Haftungsansprüche gegen die Geschäftsführer zielende Verzichts- und Vergleichsverbot, weil sie als Maßnahme des Insolvenzgerichts im Eröffnungsverfahren nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO der Verhütung einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag dient. Dies rechtfertigt die vom Berufungsgericht angenommene Einschränkung des Anwendungsbereichs jedoch nicht.⁶⁹

Die **Tätigkeit** des **vorläufigen Insolvenzverwalters** und die mit ihr einhergehenden **Befugnisse** unterscheiden sich grundlegend von denen des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren. Die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters **beschränken** sich im Wesentlichen auf die **Masseticherung** (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO). Er hat grundsätzlich nicht die Aufgabe, das Schuldnervermögen zu verwerten.⁷⁰ Damit soll zum einen der Schuldner vor unwiederbringlichen Vermögenseinbußen geschützt werden, solange die Insolvenzeröffnung nicht feststeht. Zum anderen soll auch Entscheidungen der Gläubiger nach der Verfahrenseröffnung (§ 157 InsO), etwa nach § 160 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 InsO, nicht vorgegriffen werden.⁷¹

Ausgehend von der beschriebenen Aufgabenstellung muss im **Eröffnungsverfahren** typischerweise **keine Entscheidung** darüber getroffen werden, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG a.F. gegen die Geschäftsführer verfolgt werden.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 34 unter Verweis auf RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 117.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 35.

Dementsprechend bedarf es auch **nicht der Abwägung**, ob die Verfolgung der Ansprüche unter Berücksichtigung der **Prozess- und Kostenrisiken** dem Ziel der bestmöglichen und gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung entspricht. Allerdings hat der Bundesgerichtshof auch angeführt, dass dem Insolvenzverwalter ein Ermessensspielraum auch insoweit einzuräumen ist, als er eine notwendige, über §§ 97, 101 InsO hinausgehende Kooperation mit dem Geschäftsführer durch eine zwingende Verfolgung der Ansprüche nach § 64 GmbHG a.F. nicht gefährden will. Diese Situation mag auch bereits im Eröffnungsverfahren eintreten können, wenn die Fortführung des Geschäftsbetriebs im Rahmen des Sicherungszwecks von einer solchen Kooperation abhängig ist. Da im **Eröffnungsverfahren** jedoch **keine Entscheidung** über die **Anspruchsverfolgung** getroffen werden muss, erscheint es nicht zwingend geboten, bereits in diesem Verfahrensstadium bindende Vereinbarungen über einen Vergleich oder Verzicht zu ermöglichen. Hinzu kommt, dass die Handlungsmöglichkeiten des vorläufigen Insolvenzverwalters faktisch hinter denen des endgültigen Insolvenzverwalters zurückbleiben und die absolut wirkenden Verbote in § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG geeignet sind, einen notwendigen Schutz gegen eine Verfügung über gläubigerschützende Haftungsansprüche allein aus wirtschaftlichen Zwängen heraus zu bieten. Angesichts der hier in Betracht kommenden Fallgestaltungen bietet die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 60 InsO keinen gleichwertigen Schutz.⁷²

Der durch das **Anfechtungsrecht** nach **§§ 129 ff. InsO** gewährleistete **Schutz der Gläubiger** rechtfertigt ebenfalls kein anderes Ergebnis. Zwar unterliegen auch Rechtshandlungen des Schuldners, denen der vorläufige Insolvenzverwalter zugestimmt hat, der Insolvenzanfechtung, es sei denn, der Leistungsempfänger hat auf die Rechtsbeständigkeit des Verhaltens des vorläufigen Insolvenzverwalters tatsächlich vertraut und dieses Vertrauen ist schutzwürdig. Das Verzichts- und Vergleichsverbot bietet aber einen gegenüber dem Anfechtungsrecht weitergehenden Schutz, der dem

⁷² a.a.O., juris, Rn. 36.

Insolvenzverfahren vorgelagert ist. Insbesondere werden durch das Verzicht- und Vergleichsverbot auch Fälle erfasst, in denen das Insolvenzverfahren nicht zur Eröffnung gelangt. Wenn es auch fernliegen mag, dass ein vorläufiger Insolvenzverwalter in solchen Fällen einer die Haftung beschränkenden Vereinbarung zustimmt, wäre die Möglichkeit des Zugriffs der Gläubiger auf die ungeschmälernten Ansprüche gegen den Geschäftsführer gerade dann von besonderer Bedeutung.⁷³

Die **Neuregelung der Geschäftsführerhaftung** für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife durch das **Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts** vom 22. Dezember 2020 gibt keine Veranlassung, die Anwendung des Verzichts- und Vergleichsverbots auf Vereinbarungen, die im Eröffnungsverfahren mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters geschlossen wurden, in Zweifel zu ziehen.⁷⁴ Das **Vergleichs- und Verzichtsverbot in § 15b Abs. 4 Satz 4 InsO** gilt nach seinem Wortlaut nur dann nicht, wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt. Soweit nach § 15b Abs. 2 Satz 3 InsO Zahlungen, die im Zeitraum zwischen der Antragstellung und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet werden, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar gelten, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen wurden, beruht dies nach der Begründung des Regierungsentwurfs darauf, dass für eine Anwendung des Zahlungsverbots mit Blick auf die Verantwortlichkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters, der bei seiner Zustimmungsentscheidung eigenständig das Interesse der Gläubiger an einer bestmöglichen Masse-sicherung zu wahren habe, kein Raum bleibe. Diese, die Entlastung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Antragstellung betreffende Bestimmung regelt aber die besondere Situation der auch im Eröffnungsverfahren grundsätzlich fortbestehenden Haftung des Geschäftsführers. Selbst wenn in ihr zum Ausdruck kommen sollte, dass der Geschäftsführer bei Vornahme einer Zahlung im Eröffnungsverfahren auf die Zustimmung des

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 37.

⁷⁴ BGBl. 2020 I 3256

vorläufigen Insolvenzverwalters vertrauen dürfen soll, soll der Geschäftsführer Rechtssicherheit nur für die Vornahme von Zahlungen bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag erhalten. Das Verzichts- und Vergleichsverbot betrifft demgegenüber den Erhalt bereits entstandener gläubigerschützender Ansprüche.⁷⁵

Die **Anwendbarkeit** von §§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 2, 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG a.F. ist **nicht** von den Voraussetzungen des § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, also dem Vorliegen einer **Unterbilanz, abhängig**. Die Verweisung auf § 43 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG in § 64 Satz 4 GmbHG a.F. bezieht sich auf die Ersatzansprüche nach § 64 Satz 1 und 3 GmbHG a.F. Dass die Verweisung nach dem Gesetzeswortlaut auch § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG umfasst, besagt nicht, dass die Anwendung von § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG von den in § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG genannten Voraussetzungen abhängt.⁷⁶

Die **Anfechtung** einer Rechtshandlung ist **ausgeschlossen**, wenn der vorläufige Verwalter durch sein Handeln einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand gesetzt hat und der Empfänger der Leistung demzufolge nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) damit rechnen durfte, ein auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr entziehbares Recht erhalten zu haben. Dies ist bei Rechtshandlungen eines mitbestimmenden vorläufigen Insolvenzverwalters, wenn seine Mitwirkung nicht zu einer Masseschuld führt, nur dann der Fall, wenn der Leistungsempfänger auf die Rechtsbeständigkeit des Verhaltens des vorläufigen Verwalters tatsächlich vertraut hat und dieses Vertrauen schutzwürdig ist.⁷⁷ Einen **schutzwürdigen Vertrauens-tatbestand** begründet der vorläufige Verwalter in der Regel dann, wenn er **Verträgen vorbehaltlos zustimmt**, die der Schuldner mit einem Gläubiger nach Anordnung von Sicherungsmaßnahmen geschlossen und in denen er im Zusammenhang mit an das Schuldnerunternehmen zu erbringenden

⁷⁵ a.a.O., juris, Rn. 38 unter Verweis auf Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), BT-Drucks. 19/24181, S. 195.

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 43.

Leistungen des Gläubigers Erfüllungszusagen für Altverbindlichkeiten gegeben hat. Diese Rechtsfolge beruht auf einer sachgerechten Wertung der beiderseitigen Interessen und entspricht allgemeinen im Vertragsrecht anerkannten Maßstäben, nach denen bei einem widersprüchlichen Verhalten der Einwand der Treuwidrigkeit gemäß § 242 BGB eröffnet sein kann. Ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand kann auch darauf beruhen, dass der Insolvenzverwalter den Anfechtungsgegner zur Aufgabe von Sicherheiten veranlasst.⁷⁸

Entsprechend kann auch die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu einer gegen das Verzichts- und Vergleichsverbots verstoßenden Vereinbarung dazu führen, dass sich der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren nicht auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung berufen kann. **§ 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG schützt** allein die **Interessen der Gesellschaftsgläubiger**, die der vorläufige Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren bei der Entscheidung über die Zustimmung zu einer Verfügung des künftigen Insolvenzschuldners zu berücksichtigen hat. Entsprechend tritt die Folge der Unwirksamkeit nur ein, wenn der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Das **Vertrauen** des **Geschäftsführers** in den Bestand einer Vereinbarung, die gegen das Verzichts- und Vergleichsverbot verstößt, ist jedoch **nur** dann **schutzwürdig**, wenn dieser im Vertrauen auf den Bestand des Vergleichs oder Verzichts seinerseits tatsächlich eine **Leistung zu Gunsten der Masse** erbringt.⁷⁹

f)

Eine Haftung des Kommanditisten gegenüber Gläubigern der Kommanditgesellschaft setzt gemäß **§ 171 Abs. 1 HGB** eine Verbindlichkeit der Kommanditgesellschaft gegenüber ihren Gläubigern voraus. Dies erfasst gemäß §§ 128, 161 Abs. 2 HGB unabhängig von ihrem Rechtsgrund grundsätzlich **sämtliche Verbindlichkeiten** der **Kommanditgesellschaft** gegenüber Dritten (Außenverbindlichkeit). Hierzu zählen insbesondere

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 44.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 45.

Gewerbsteuerforderungen aus dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft).⁸⁰ Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG ist **Steuerschuldnerin** die **Gesellschaft**.⁸¹ Für die Frage, ob eine Verbindlichkeit der Schuldnerin vorliegt, kann dahinstehen, ob die Gewerbsteuerforderung des Finanzamts gemäß § 55 Abs. 4 InsO als Masseverbindlichkeit anzusehen ist. Die insolvenzrechtliche Einordnung der Gewerbsteuerforderung als Masseverbindlichkeit oder als Insolvenzforderung hat keinen Einfluss darauf, dass es sich bei der Steuerverbindlichkeit um eine Verbindlichkeit der Schuldnerin und damit der Kommanditgesellschaft handelt. Es entspricht allgemeiner Meinung, dass Schuldner der Masseverbindlichkeiten stets der Insolvenzschuldner ist. Die Eigenschaft als **Masseverbindlichkeit** begründet **keine besondere Qualität** der Forderung, sondern betrifft ihre Einordnung in einem konkreten Insolvenzverfahren und ihre Durchsetzbarkeit.⁸² Auch wenn es sich bei Masseverbindlichkeiten stets um Verbindlichkeiten des Schuldners handelt, kann die Haftung des Schuldners für bestimmte Masseverbindlichkeiten gegenständlich beschränkt sein.⁸³ Die gegenständlich beschränkte Haftung des Schuldners für bestimmte Masseverbindlichkeiten gebietet jedoch nicht, die Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten in der Insolvenz der Gesellschaft aus insolvenzrechtlichen Gründen einzuschränken.⁸⁴ Der Kommanditist haftet für solche Masseverbindlichkeiten, welche die Schuldnerin begründet hat. Es besteht kein Anlass, die Haftung eines Kommanditisten nach §§ 128, 161 Abs. 2, §§ 171, 172 Abs. 4 HGB für Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 4 InsO einzuschränken, welche vom Schuldner begründet worden sind.⁸⁵ Der **Insolvenzverwalter** kann gemäß § 171 Abs. 2 HGB die persönliche Haftung des Kommanditisten für die Verbindlichkeit der Schuldnerin geltend machen. Für **§ 93 InsO** ist es unerheblich, ob die Verbindlichkeit der Gesellschaft eine Masseverbindlichkeit darstellt. Voraussetzung für die **Sperrwirkung**

⁸⁰ Urteile vom 28. Januar 2021 – [IX ZR 54/20](#) – juris, Rn. 12 und – [IX ZR 55/20](#) – juris, Rn. 11 sowie – [IX ZR 56/20](#) – juris, Rn. 11.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 13.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 14.

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 16.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 26.

und die Ermächtigungswirkung des § 93 InsO sind eine Verbindlichkeit der Gesellschaft und eine persönliche Haftung des Gesellschafters für diese Verbindlichkeit. Auf die insolvenzrechtliche Einordnung der Verbindlichkeit kommt es nicht an. § 93 InsO zielt darauf, einen **Wettlauf** unter den **Gesellschaftsgläubigern** über die Haftung des Gesellschafters zu **vermeiden**. Die durch einen schnelleren Zugriff verschafften Sondervorteile für einen Gesellschaftsgläubiger, denen das Gesetz vorbeugen will, drohen gleichermaßen bei einem Zugriff durch einen Massegläubiger wie durch einen Insolvenzgläubiger. Das Gleiche gilt für § 171 Abs. 2 HGB.⁸⁶

g)

Für die **Darlegung** der **Gläubigerforderungen**, für die der **Kommanditist** gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB **haftet**, reicht es aus, wenn der Insolvenzverwalter, der während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft, das den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 Abs. 1 HGB zustehende Recht ausübt, die **Insolvenztabelle** vorlegt mit festgestellten Forderungen, die nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können.⁸⁷ Der Klageanspruch wird durch die Bezugnahme auf vorgelegte Insolvenztabelle selbst dann hinreichend individualisiert, wenn die angemeldeten Forderungen dort nur schlagwortartig (z.B. "Warenlieferung", "Dienstleistung" o.ä.) ohne Bezugnahme auf eine konkrete Berechnung oder einen Leistungszeitraum bezeichnet wird.⁸⁸ Beruft sich der Insolvenzverwalter auf die Feststellung der Gläubigerforderungen zur Insolvenztabelle, genügt er seiner Darlegungslast, wenn er deren Feststellung nach § 178 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 InsO behauptet, ggf. unter Bezugnahme auf eine von ihm erstellte tabellarische Übersicht.⁸⁹

Der Insolvenzverwalter ist auch nach Anzeige der **Masseunzulänglichkeit** befugt, die Haftsummen der Kommanditisten nach § 171 Abs. 2 InsO

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 31.

⁸⁷ Beschlüsse vom 15. September 2020 – [II ZR 135/19](#) – und – [II ZR 206/19](#) – juris, Rn. 13 nebst Beschlüsse vom 12. Januar 2021 – [II ZR 135/19](#) – und – [II ZR 206/19](#) –.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 14.

einziehen. Eine **Einschränkung** der **Einziehungsbefugnis** des **Insolvenzverwalters** wird nur in dem Fall für möglich gehalten, in dem die eingezogenen Beträge vollständig für Verfahrenskosten verbraucht und die Insolvenzgläubiger von der Einziehung nicht einmal anteilig profitieren würden.⁹⁰

Dem **Insolvenzverwalter** fehlt nicht die **Befugnis** zur **Geltendmachung** der **Bürgschaft auf erstes Anfordern**. Deren Ausübung wird vielmehr nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit als rechtsmissbräuchlich angesehen, weil der Sinn und Zweck einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verfehlt werde, wenn der Bürge ohne Aussicht auf Rückzahlung leisten müsste. Hinsichtlich der Einziehungsbefugnis nach § 171 Abs. 2 HGB entsteht durch die Anzeige der Masseunzulänglichkeit keine vergleichbare Lage. Die Interessenlage des Kommanditisten, der die Haftsumme zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stellen muss, ist mit derjenigen des Bürgen auf erstes Anfordern, der sich einem Kreditgeber ähnlich auf die Vermögensgefährdung des anderen Teils berufen kann, nicht vergleichbar.⁹¹

h)

Dem **Kommanditisten** steht gegenüber dem **Insolvenzverwalter** der **Einwand** zu, dass das von ihm **Geforderte** zur **Tilgung** der **Gesellschaftsschulden**, für die er **haftet, nicht erforderlich** ist. Die **Darlegungs- und Beweislast** hierfür hat der in Anspruch genommene **Gesellschafter**; jedoch hat der Insolvenzverwalter die für die Befriedigung der Gläubiger bedeutsamen Verhältnisse der Gesellschaft darzulegen, sofern nur er dazu im Stande ist.⁹² Der Kommanditist kann gegen seine Inanspruchnahme entsprechend **§§ 422 Abs. 1 Satz 1, 362 Abs. 1 BGB** einwenden, dass durch Zahlungen anderer Kommanditisten der zur Deckung der von der Haftung erfassten Gesellschaftsschulden nötige Betrag bereits aufgebracht wurde. Die Höhe der bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingegangenen

⁹⁰ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁹² Beschlüsse vom 09. März 2021 – [II ZR 40/20](#) – juris, Rn. 3; vgl. auch Beschluss vom 13. Oktober 2020 – [II ZR 40/20](#) –.

Rückzahlungen der Kommanditisten ist deshalb ein für die Gläubigerbefriedigung bedeutsamer Umstand, dessen Darlegung typischerweise nur dem Insolvenzverwalter möglich ist.⁹³ Die persönliche Haftung des Kommanditisten nach §§ 171, 172, 161 Abs. 2, § 128 HGB erstreckt sich auch auf **Gewerbesteuerforderungen**.⁹⁴ Ein **Neukommanditist haftet** bis zur **Höhe** der eingetragenen **Haftsumme** gemäß § 173 Abs. 1, § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 HGB, soweit die Kommanditeinlage im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht erbracht oder zurückbezahlt worden ist.⁹⁵

2.

Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

a)

Nach **§ 11 Abs. 1 GmbHG** entsteht die **GmbH** als solche erst mit der **Eintragung** in das **Handelsregister**. Zwischen der Gründung durch Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags und der Eintragung im Handelsregister besteht eine **Vorgesellschaft**, die bereits weitgehend dem GmbH-Recht untersteht und mit der Eintragung im Handelsregister ohne Weiteres mit allen Rechten und Pflichten in der dann rechtlich entstehenden GmbH aufgeht. **Vor** Abschluss des **Gesellschaftsvertrags** bildet die eine spätere GmbH-Tätigkeit vorbereitende Personenvereinigung hingegen eine **eigenständige (Vorgründungs-) Gesellschaft**, die eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** oder, wenn bereits ein Handelsgeschäft betrieben wird, eine **offene Handelsgesellschaft** ist. Diese Vorgründungsgesellschaft ist weder mit der späteren GmbH noch mit der Vor-GmbH identisch. Dementsprechend werden im Allgemeinen weder die künftige GmbH noch die Vor-GmbH **Vertragspartnerin**, wenn die Gründer vor Abschluss des

⁹³ a.a.O., juris, Rn. 4.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 6.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 7.

Gesellschaftsvertrags für eine „GmbH“ oder „GmbH in Gründung/i. Gr.“ handeln; vielmehr wird hierdurch nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts die Vorgründungsgesellschaft als wahrer Rechtsträger berechtigt und verpflichtet. **Rechte** und **Verbindlichkeiten** der Vorgründungsgesellschaft gehen **nicht automatisch** mit der Gründung der GmbH auf die Vorgesellschaft oder mit der Handelsregistereintragung auf die GmbH über, sondern **müssen**, wenn sie in die GmbH **einggebracht werden** sollen, durch besonderes Rechtsgeschäft übertragen werden. Jedoch kann die **Auslegung** eines vor Abschluss des Gesellschaftsvertrags von den Gründern eingegangenen Rechtsgeschäfts ergeben, dass ausschließlich die erst noch zu gründende, noch nicht existierende GmbH berechtigt und verpflichtet werden soll. In diesem Fall ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter der **aufschiebenden Bedingung** der Entstehung der GmbH steht. Ein solches Rechtsgeschäft ist, da die GmbH und auch die Vor-GmbH noch nicht entstanden sind und deshalb auch noch kein Vertretungsorgan haben, nach **§ 177 BGB genehmigungsbedürftig**.⁹⁶

b)

Die Verwendung des Begriffs „**partners**“ in der Firma einer GmbH ist zulässig. Die Eintragung einer solchen Firma verstößt nicht gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 PartGG.⁹⁷

Die Vorschrift bestimmt, dass die Zusätze „Partnerschaft“ oder „und Partner“ nur von Partnerschaften geführt werden dürfen. Es ist allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als der Partnerschaft, die nach dem Inkrafttreten des PartGG gegründet oder umbenannt werden, die Führung des Zusatzes „und Partner“ bzw. „Partnerschaft“ verwehrt, weil der Gesetzgeber diese Bezeichnung für Partnerschaften „reserviert“ hat. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das PartGG eine neue Gesellschaftsform namens Partnerschaft eingeführt hat und die Partnerschaften

⁹⁶ Urteil vom 15. April 2021 – [III ZR 139/20](#) – juris, Rn. 24.

⁹⁷ Beschluss vom 13. April 2021 – [II ZB 13/20](#) – juris, Rn. 8.

zur Führung eines Namens verpflichtet, der den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ enthält (§ 2 Abs. 1 PartGG). Da diese Begriffe als Bezeichnung der besonderen Gesellschaftsform für die freien Berufe technische Bedeutung erlangen sollen, will das Gesetz ihre untechnische Verwendung durch andere Gesellschaften auch dann ausschließen, wenn wegen eines zwingenden Rechtsformzusatzes keine Verwechslungsgefahr besteht, weil die untechnische Verwendung einer Einbürgerung der Begriffe als spezifische Bezeichnung der neuen Gesellschaftsform entgegenstünde. Entscheidend ist insoweit nicht das Bindewort „und“ oder dessen Ersatz durch „+“ oder „&“. Entscheidend ist vielmehr das Substantiv „Partner“.⁹⁸

Von diesen Maßstäben ist weiterhin auszugehen, weil nicht erkennbar ist, dass der Gesetzgeber seine Zielsetzung aufgegeben hat. Den Überlegungen des Gesetzgebers zum Handelsrechtsreformgesetz ist eine solche Intention nicht zu entnehmen.⁹⁹ Vielmehr hat der Gesetzgeber zeitlich nachfolgend ein Gesetz zur Einführung einer Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung verabschiedet, dabei an die ursprüngliche Gesetzesintention angeknüpft und hiervon ausgehend mit § 8 Abs. 4 PartGG Regelungen für eine Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung und deren Bezeichnung eingeführt.¹⁰⁰

Die Verwendung des Namenszusatzes „partners“ im Firmennamen verstößt nicht gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 PartGG. § 11 Abs. 1 PartGG, der die untechnische Verwendung der Begriffe „Partnerschaft“ oder „und Partner“ durch andere Gesellschaften auch dann ausschließen möchte, wenn wegen eines Rechtsformzusatzes keine Verwechslungsgefahr besteht, ist eine Spezialregelung für eine besondere Situation nach Einführung der Partnerschaftsgesellschaft. Als Ausnahme ist die Vorschrift eng am Wortlaut auszulegen.¹⁰¹

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 9.

⁹⁹ a.a.O., juris, Rn. 10 unter Verweis auf Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/8444, S. 35 ff..

¹⁰⁰ a.a.O., juris, ebd. unter Verweis auf Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/10487, S. 14 f..

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 12.

Nach dem Gesetzeszweck, den Rechtsformzusatz „Partnerschaft“ bzw. „und Partner“ durchzusetzen und zu schützen, ist eine untechnische Verwendung folgerichtig auch nur für Begriffe oder Schreibweisen auszuschließen, die ihrerseits als Rechtsformzusatz einer Partnerschaftsgesellschaft genügen. Dafür kommen über den Wortlaut hinaus allenfalls in engen Grenzen sinngemäße Abwandlungen der Begriffe „Partner“ oder „Partnerschaft“ in Frage, **fremdsprachige Begriffe jedoch nicht**.¹⁰²

Danach ist „**partners**“ **zulässig**. Dass „und“ oder ein gebräuchliches Zeichen dafür fehlen, ist zwar nicht von Bedeutung, da nicht das Bindewort, sondern das Substantiv „Partner“ entscheidend ist. Davon unterscheidet sich das Wort „partners“ aber, wenn auch geringfügig, durch das zusätzliche „s“. Eine sinngemäße Abwandlung des Begriffs „Partner“ liegt darin nicht, vielmehr handelt es sich auch infolge der Kleinschreibung erkennbar um den Plural des englischen „partner“. Der fremdsprachige Begriff „partners“ wäre als Rechtsformzusatz für eine Partnerschaftsgesellschaft aber nicht zulässig.¹⁰³

Die **Gefahr** einer **Irreführung** (§ 18 Abs. 2 HGB) über eine Partnerschaftsgesellschaft besteht wegen der Verwendung des **Rechtsformzusatzes** „GmbH“ **nicht**. Daraus, dass § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG für Bestandsgesellschaften den Hinweis auf die andere Rechtsform genügen lässt, ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber sogar bei Verwendung des Begriffs „Partner“ in einem solchen Fall keine Verwechslungsgefahr sah.¹⁰⁴

c)

Die **Eintragung** als **Geschäftsführer** einer GmbH ist gemäß § 395 FamFG **von Amts wegen** zu **löschen**, wenn die **Bestellung** wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG **nichtig** ist (§ 134 BGB).¹⁰⁵

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁰³ a.a.O., juris, Rn. 14.

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹⁰⁵ Beschluss vom 09. März 2021 – [II ZB 33/20](#) – juris, Rn. 9.

Ein **Geschäftsführer verliert** seine **Organstellung** kraft Gesetzes, wenn eine **persönliche Voraussetzung** für dieses Amt gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG **entfällt**. Das Registergericht hat seine Eintragung in diesem Fall von Amts wegen nach § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG im Handelsregister zu löschen.¹⁰⁶ Das **Registergericht** hat die Eintragung eines Geschäftsführers auch dann nach § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG und nicht nach § 398 FamFG zu **löschen**, wenn bereits dessen **Bestellung** wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG nach **§ 134 BGB nichtig** war. Auch in diesem Fall geht es nicht um die Löschung eines nichtigen Beschlusses, sondern um die Löschung der auf der Grundlage dieses Beschlusses **unzulässigen Eintragung** des Geschäftsführers.¹⁰⁷

Ist der zum Geschäftsführer bestellten Person durch **rechtskräftige Verfügung untersagt**, jegliches Gewerbe auszuüben, soweit § 35 GewO gilt, und als Geschäftsführer eines Gewerbetreibenden tätig zu werden, so kann diese nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG **nicht Geschäftsführer** einer GmbH sein. Eine dieses **gesetzliche Verbot missachtende Bestellung** ist gemäß § 134 BGB **nichtig**. Eine **Heilung** des Eignungsmangels durch die dennoch vorgenommene Handelsregistereintragung ist **nicht möglich**. Die **Eintragung** der Bestellung von Geschäftsführern wirkt nicht konstitutiv, sondern ist **nur deklaratorisch**.¹⁰⁸ Die **Amtslöschung** im Falle des Fehlens einer persönlichen Voraussetzung für das Amt als Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG ist regelmäßig **erforderlich**, da erst mit der Amtslöschung diese im **öffentlichen Interesse** erlassene Vorschrift durchgesetzt werden kann und außerdem erst mit der Amtslöschung ein nach **§ 15 HGB** fortbestehender **Rechtsschein entfällt**.¹⁰⁹

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 10.

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 11.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 13.

Die **Anmeldung** der **Abberufung** des Geschäftsführers führt nicht dazu, dass die **Amtslöschung** nicht mehr **erforderlich** ist.¹¹⁰ Allerdings ist es **nicht mehr erforderlich**, die Eintragung eines Geschäftsführers von Amts wegen zu löschen, **wenn** sein **Ausscheiden** aufgrund einer Anmeldung **eingetragen** werden kann.¹¹¹ § 395 FamFG dient dazu, im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften durchzusetzen. Einer Amtslöschung nach § 395 Abs. 1 FamFG und des damit verbundenen, auch zeitaufwändigen förmlichen Verfahrens nach § 395 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 393 Abs. 3 bis 5 FamFG bedarf es zur Durchsetzung dieses Interesses nicht, wenn das Register auf einfacherem Weg berichtigt werden kann. Dies ist im Fall der beabsichtigten Amtslöschung eines Geschäftsführers wegen Fehlens einer persönlichen Voraussetzung der Fall, wenn eine entscheidungsreife Anmeldung der Beendigung der Vertretungsbefugnis dieses Geschäftsführers vorliegt. Mit dem **Vollzug** dieser Anmeldung kann der Zustand erreicht werden, der auch das Ergebnis des Verfahrens der Amtslöschung wäre. Die Amtslöschung hat wie auch die Eintragung des Ausscheidens des Geschäftsführers den Zweck, die Öffentlichkeit über die Beendigung der Vertretungsbefugnis zu informieren. Dass bei der **Amtslöschung** die **Eintragung** nicht nur **gerötet** wird, sondern **ausdrücklich vermerkt** wird, dass die Eintragung von Amts wegen gelöscht wird, macht nur deutlich, dass die Eintragung im Amtslöschungsverfahren gelöscht wird. Eine **Information** des **Rechtsverkehrs** über den Grund der Löschung ist damit **nicht verbunden** und nicht bezweckt. Ein **Vorrang** des **Amtslöschungsverfahrens** existiert **nicht**.¹¹²

Der Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis aufgrund einer Abberufung steht es auch nicht entgegen, wenn bei fehlender Eignung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG schon die Bestellung nichtig war. Die **Gesellschaft** ist **befugt**, einen **Geschäftsführer** unabhängig von der Wirksamkeit seiner Bestellung jedenfalls solange (erneut) **abzuberufen**, wie er

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹¹¹ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 17.

in das Handelsregister eingetragen ist. Dies gilt auch im Fall des Fehlens einer persönlichen Voraussetzung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG. Zwar ist die Bestellung einer Person, die aufgrund einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ein Gewerbe nicht ausüben darf, zum Geschäftsführer einer Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt, gemäß § 134 BGB nichtig. Eine **vorsorgliche Abberufung** des im Handelsregister Eingetragenen kann aber bereits deshalb erforderlich sein, um den **Rechtsschein** des § 15 Abs. 1 und 3 HGB zu **beseitigen**. Zwar kann die Eintragung nach § 395 FamFG gelöscht werden. Das Amtslöschungsverfahren ist indes kein Weg, auf den sich die Gesellschaft vorrangig verweisen lassen muss. Zum einen kann die Gesellschaft das Verfahren nicht erzwingen, sondern nur anregen. Zum anderen kann der Nachweis des Fehlens der persönlichen Voraussetzungen tatsächlich oder rechtlich schwierig sein mit der Folge, dass das Verfahren längere Zeit in Anspruch nimmt als die Streichung der Eintragung des Geschäftsführers auf der Grundlage einer angemeldeten Abberufung. Dies ist für die Gesellschaft im Hinblick auf die fortdauernde Wirkung des § 15 Abs. 1 und 3 HGB bis zur Streichung nicht hinnehmbar. Aus demselben Grund kann die Gesellschaft auch nicht vorrangig auf die Anmeldung der unwirksamen Bestellung bzw. der Beendigung des Geschäftsführeramts nach § 39 GmbHG verwiesen werden. Zwar besteht auch insoweit eine Anmeldepflicht. Aber auch in diesem Fall kann es nötig werden, dem Handelsregister gegenüber das Fehlen der persönlichen Voraussetzungen nachzuweisen.¹¹³

Die Anmeldung der Abberufung macht die Amtslöschung aber nicht entbehrlich, weil sie zurückgenommen wurde. Eine Entfernung des Geschäftsführers aus dem Register auf der Grundlage der Abberufung anstatt der angekündigten Löschung von Amts wegen ist danach nicht mehr möglich. Die Rücknahme der Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers nach § 39 Abs. 1 GmbHG beendet das durch die Anmeldung in Gang gesetzte

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 18.

Eintragungsverfahren. An der Wirkung der Rücknahme ändert sich auch nichts, wenn die Anmeldung wie die Rechtsbeschwerde behauptet auf Veranlassung des Registergerichts zurückgenommen wurde.¹¹⁴

d)

Wird über das **Vermögen** einer **GmbH**, die **Mitglied** in einem **Gläubigerausschuss** (§§ 67; 68 InsO) eines **anderen Insolvenzverfahrens** ist, das **Insolvenzverfahren** eröffnet, unterliegt ihre **Vertretung** in dem Gläubigerausschuss dem Verwaltungsrecht ihres **Insolvenzverwalters** (§ 80 Abs. 1 InsO).¹¹⁵

e)

Dem **Gesellschafter** bleibt die **Anfechtungsbefugnis** für die Klage gegen seinen **Ausschluss** oder die **Einziehung** seines **Geschäftsanteils** trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen. Diese Rechtsschutzmöglichkeit hängt **nicht** von der **Eintragung** des **materiell berechtigten**, von einem Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafters als Inhaber eines Geschäftsanteils in der **Gesellschafterliste** ab. Das gilt nicht nur dann, wenn zwischen der Einziehung und der Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist. Der Rechtsschutz muss auch dann gewährleistet werden, wenn der Geschäftsanteil bereits im Zeitpunkt der Einziehung in der Gesellschafterliste nicht mehr geführt wird, da der Gesellschafter in gleicher Weise in seiner materiellen Gesellschafterstellung betroffen ist wie ein Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil nach der Einziehung, aber vor Klageerhebung aus der Gesellschafterliste gestrichen wurde.¹¹⁶

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 19.

¹¹⁵ Urteil vom 11. März 2021 – [IX ZR 266/18](#) – juris, Rn. 24.

¹¹⁶ Urteil vom 26. Januar 2021 – [II ZR 391/18](#) – juris, Rn. 16.

Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage verfolgen **dasselbe materielle Ziel**, nämlich die richterliche Klärung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses mit Wirkung für und gegen jedermann. Soweit diesen Klagen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt, ist es eine vom Gericht durch Subsumtion zu beantwortende, reversible Rechtsfrage, ob § 248 AktG oder § 249 AktG (analog) Anwendung findet, und es besteht, unabhängig von der Antragstellung, derselbe Streitgegenstand. Der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit erfasst damit die Nichtigkeitsklärung, umgekehrt der Antrag auf Nichtigkeitsklärung die Nichtigkeitsfeststellung.¹¹⁷

Auszahlungen an ausgeschiedene Gesellschafter dürfen **nicht** zur Entstehung oder Vertiefung einer **Unterbilanz** führen. Ein **Einziehungsbeschluss** ist entsprechend § 241 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen §§ 30 Abs. 1 Satz 1, 34 Abs. 3 GmbHG **nichtig**, wenn bereits bei **Beschlussfassung** feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann.¹¹⁸

Ein **nichtiger Beschluss** kann **nicht bestätigt** werden. Der **Bestätigungsbeschluss** ist gleichfalls **nichtig**, weil dem Bestätigungsbeschluss der materiell-rechtliche Mangel des Ausgangsbeschlusses ebenfalls anhaftet.¹¹⁹ Wie schon der Wortlaut von § 244 Satz 1 AktG zeigt, können nur anfechtbare Beschlüsse bestätigt werden.¹²⁰

Ungeachtet einer materiell-rechtlichen Gesellschafterstellung besteht **keine Befugnis** zur Erhebung einer **Anfechtungsklage**, wenn der Kläger im Zeitpunkt der Beschlussfassung **nicht** mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der **Gesellschafterliste eingetragen** war. Der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses durch einen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils eingetragenen

¹¹⁷ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 37.

Gesellschafters einer GmbH steht grundsätzlich die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entgegen.¹²¹ Zur Erhebung der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage ist grundsätzlich nur der in der Gesellschafterliste eingetragene Inhaber eines Geschäftsanteils befugt.¹²² **§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG** entfaltet eine **negative Legitimationswirkung** zu Lasten des nach der Einziehung seines Geschäftsanteils nicht mehr in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters. Der Gesellschafter kann ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben. Die Anfechtungsbefugnis ist ein aus der Mitgliedschaft unmittelbar folgendes Verwaltungsrecht. Die negative Legitimationswirkung erfasst daher auch die Anfechtungsbefugnis.¹²³ Die negative Legitimationswirkung gilt **nicht uneingeschränkt**. Die Gesellschaft kann nach **Treu und Glauben** gehindert sein, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen.¹²⁴

Dem **Gesellschafter** bleibt die **Anfechtungsbefugnis** für die Klage gegen seinen **Ausschluss** oder die **Einziehung** seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten, um der verfassungsrechtlich gebotenen **Rechtsschutzmöglichkeit** Geltung zu verschaffen. Deshalb hängt die Rechtsschutzmöglichkeit auch nicht von der Eintragung des materiell berechtigten, von Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafters als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste ab. Um den Gesellschafter nicht rechtlos gegen die Einziehung zu stellen, ist seine Mitgliedschaft in der beklagten Gesellschaft, deren Erhaltung letztlich das Ziel der Klage ist, für diese Klage als fortbestehend anzusehen. Denn der Entzug der Mitgliedschaft greift in das Grundrecht des Gesellschafters aus Art. 14 Abs. 1 GG ein. Damit ein solcher Eingriff einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält, muss mit ihm ein legitimer Zweck verfolgt werden. Zudem ist sicherzustellen, dass der Gesellschafter vollen Wertersatz für

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 41.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 42.

¹²³ a.a.O., juris, Rn. 43.

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 45.

den Verlust seiner Mitgliedschaft erhält, und schließlich ist effektiver Rechtsschutz gegen den Ausschluss oder die Einziehung zu gewährleisten.¹²⁵ Die Beschlüsse über die **Kündigung** des **Geschäftsführerdienstvertrags** und über die **Ermächtigung** zur **Geltendmachung** von **Ansprüchen** gegen den Kläger als vormaligen Geschäftsführer verletzen sein Anteilseigentum **nicht**, so dass es insoweit nicht verfassungsrechtlich geboten ist, ihm entgegen der negativen Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Anfechtungsbefugnis zu erhalten.¹²⁶

Die **Anfechtung** des Beschlusses der Gesellschafterversammlung einer GmbH kann **analog § 244 Satz 1 AktG nicht mehr** geltend gemacht werden, wenn die Gesellschafterversammlung den anfechtbaren Beschluss durch einen neuen **Beschluss bestätigt** hat und dieser Beschluss nicht fristgerecht angefochten oder die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden ist. Mit der **Bestandskraft** des **Bestätigungsbeschlusses** entfällt die tatsächliche oder behauptete Anfechtbarkeit des Erstbeschlusses. Eine wirksame Bestätigung hat materiell-rechtliche Wirkung, indem sie die gegen den **Erstbeschluss** gerichtete **Anfechtungsklage unbegründet** macht. Steht die Anfechtung der Bestätigung gleichzeitig mit der Anfechtung des Ausgangsbeschlusses zur Entscheidung, ist regelmäßig vorrangig über die Anfechtung der Bestätigung zu entscheiden.¹²⁷

3. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft (im Folgenden: AG) ist im Berichtszeitraum die nachfolgende Entscheidung vom 23. Februar 2021 ergangen.

Der **Ausgliederungs- und Spaltungsvertrag** ist gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1, § 125 UmwG von der Einberufung der Hauptversammlung an in den

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 46.

¹²⁶ a.a.O., juris, Rn. 47.

¹²⁷ a.a.O., juris, Rn. 56.

Geschäftsräumen der Gesellschaft **zur Einsicht auszulegen** oder nach § 63 Abs. 4, § 125 UmwG auf der **Internetseite** der Gesellschaft zugänglich zu machen und in der Hauptversammlung gemäß § 64 Abs. 1 Satz 1 UmwG zugänglich zu machen. Bei börsennotierten AG müssen zudem nach § 124a Satz 1 Nr. 3 AktG alsbald nach der Einberufung der Hauptversammlung die der Versammlung zugänglich zu machenden Dokumente über ihre Internetseite zugänglich sein.¹²⁸ **Ausgelegt** werden muss nach § 63 Abs. 1 UmwG **nicht** das **Original**. Es **genügt**, wenn eine **Abschrift** oder **Kopie** ausgelegt wird. Die Abschrift muss vollständig mit dem Original übereinstimmen, also auch die formbezogenen Merkmale wiedergeben.¹²⁹

Nach **§ 243 Abs. 4 Satz 1 AktG** kann ein Beschluss der Hauptversammlung wegen der **Verletzung von Informationspflichten** nur **angefochten** werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die zu erteilende Information als **wesentliche Voraussetzung** für die **sachgerechte Wahrnehmung** seiner Teilhabe- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. Maßgeblich ist danach die **Relevanz** des **Verfahrensverstößes** für das Mitwirkungsrecht des Aktionärs i.S. eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit rechtfertigt. Informationspflichtverletzungen sind relevant, wenn die Erteilung der Information aus Sicht eines objektiv urteilenden Aktionärs für die sachgerechte Beurteilung des Beschlussgegenstandes erforderlich ist.¹³⁰ Weist die zugänglich gemachte Abschrift des geschlossenen Ausgliederungs- und Spaltungsvertrags lediglich die formbezogenen Merkmale des Originals nicht auf, beeinträchtigt das den Informationsgehalt für den objektiv urteilenden Aktionär bei einer am Schutzzweck der §§ 63, 64 UmwG orientierten Betrachtung in der Regel nicht.¹³¹

¹²⁸ Urteil vom 23. Februar 2021 – [II ZR 65/19](#) – juris, Rn. 20.

¹²⁹ a.a.O., juris, Rn. 21.

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 23.

¹³¹ a.a.O., juris, Rn. 24.

Nach **§ 131 Abs. 1 AktG** ist jedem Aktionär auf sein Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand **Auskunft** über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgerechten Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist, d.h. von einem objektiv urteilenden Aktionär als Beurteilungselement benötigt wird.¹³² Es hängt von den **Umständen** des **Einzelfalls** ab, **wie umfangreich** die Antwort auf die Frage eines Aktionärs sein muss. Wenn eine **Frage** auf eine Vielzahl von Informationen gerichtet oder **allgemein gehalten** ist, muss der Aktionär, der eine aus seiner Sicht unzureichende **pauschale Antwort** erhält, durch eine **Nachfrage** deutlich machen, dass sein Informationsinteresse auf bestimmte Detailauskünfte gerichtet ist.¹³³

Nach **§§ 125 Satz 1, 14 Abs. 2, 15 Abs. 1 UmwG** kann eine Klage gegen die Wirksamkeit des Spaltungsvertrags nicht darauf gestützt werden, dass die an dem übernehmenden Rechtsträger **gewährten Anteile kein ausreichender Gegenwert** für die Übertragung des von dem übertragenden Rechtsträger abgespaltenen Vermögensteils sind. Es kann nur ein Ausgleich durch bare Zuzahlung im Wege eines Spruchverfahrens verlangt werden, **§§ 125 Satz 1, 15 Abs. 1 Satz 2 UmwG**.¹³⁴

Gemäß **§ 128 Satz 1 UmwG** wird ein Spaltungs- und Übernahmevertrag nur **wirksam**, wenn ihm alle **Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zustimmen**, insofern bei Abspaltung die Anteile des übernehmenden Rechtsträgers den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers nicht in dem Verhältnis zugeteilt werden, das ihrer Beteiligung an dem übertragenden Rechtsträger entspricht.¹³⁵ Die **Abspaltung** eines Vermögensteils auf eine bestehende Gesellschaft ist **verhältnismäßig**, wenn die Beteiligungsquote der Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft im Hinblick auf den übertragenden Vermögensteil unverändert bleibt. Die **Gesamtbeteiligung** an dem übernehmenden Rechtsträger ist hingegen

¹³² a.a.O., juris, Rn. 26.

¹³³ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹³⁴ a.a.O., juris, Rn. 28.

¹³⁵ a.a.O., juris, Rn. 33.

unerheblich. Bei der Abspaltung zur Aufnahme ist bei der Berechnung des Beteiligungsverhältnisses nach § 128 Satz 2 UmwG der zu übertragende Teil des Vermögens zugrunde zu legen.¹³⁶

Nach **§ 65 Abs. 2 UmwG** i.V.m. **§ 125 Satz 1 UmwG** bedarf der **Spaltungsbeschluss** der Hauptversammlung zu seiner Wirksamkeit der **Zustimmung** der **stimmberechtigten Aktionäre jeder Gattung**, wenn mehrere Gattungen von Aktien vorhanden sind. Stamm- und Vorzugsaktien bilden jeweils eine Gattung nach § 11 AktG. Den **Vorzugsaktionären** steht nach § 65 Abs. 2 UmwG aber **kein Mitbestimmungsrecht** zu, da sie **nicht stimmberechtigt** sind.¹³⁷ § 65 Abs. 2 UmwG ist auch **nicht** aufgrund der **unionsrechtlichen Vorgaben** in Art. 93 Abs. 2 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, Abl. L 169, S. 46 ff. (RL (EU) 2017/1 1132 "Gesellschaftsrechtsrichtlinie") richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Vorzugsaktionäre dem Abspaltungsbeschluss durch Sonderbeschluss zustimmen müssen.¹³⁸

Ein **Beschluss**, durch den der **Vorzug aufgehoben** oder beschränkt wird, bedarf nach **§ 141 Abs. 1 AktG** zu seiner **Wirksamkeit** der **Zustimmung** der **Vorzugsaktionäre**. Die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes (§ 65 Abs. 2, § 23 UmwG) schließen die Anwendbarkeit des § 141 Abs. 1 AktG auf den Abspaltungsbeschluss nicht aus.¹³⁹ Denn §§ 140 f. AktG und § 65 Abs. 2 UmwG sind nebeneinander anzuwendende, einander ergänzende Regelungen.¹⁴⁰ Dafür sprechen der **Wortlaut** der Normen und die **Gesetzsystematik**.¹⁴¹ Für ein solches Nebeneinander der Vorschriften spricht auch die **Gesetzgebungsgeschichte**.¹⁴² Des Weiteren werden durch dieses Verständnis eine gespaltene Auslegung und die damit einhergehenden

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹³⁷ a.a.O., juris, Rn. 38.

¹³⁸ a.a.O., juris, Rn. 39.

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 50.

¹⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 56.

¹⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 57.

¹⁴² a.a.O., juris, Rn. 58.

Wertungswidersprüche und Systembrüche vermieden.¹⁴³ § 141 Abs. 1 AktG wird auch nicht durch § 23 UmwG verdrängt.¹⁴⁴ Auch aus § 179 Abs. 3 AktG ergibt sich weder direkt noch analog ein Zustimmungserfordernis der Vorzugsaktionäre.¹⁴⁵ § 141 AktG geht bei Eingriffen in den Vorzug § 179 Abs. 3 AktG vor, sodass nur bei Eingriffen in andere besondere Rechte stimmrechtsloser Vorzugsaktionäre ein Sonderbeschluss nach § 179 Abs. 3 AktG erforderlich ist.¹⁴⁶

Ein **Sonderbeschluss** der **Stammaktionäre** nach **§ 65 Abs. 2 Satz 2 UmwG** ist **nicht erforderlich**, wenn es neben den stimmberechtigten Stammaktien als weitere Aktiengattung nur stimmrechtslose **Vorzugsaktien** gibt.¹⁴⁷ Nach dem **Wortlaut** des § 65 Abs. 2 UmwG muss zwar ein Sonderbeschluss gefasst werden, wenn **mindestens zwei Gattungen** von Aktien existieren. Gibt es neben den stimmberechtigten Stammaktien aber nur **stimmrechtslose Vorzugsaktien**, wäre es **reine Förmerei**, einen Sonderbeschluss der Stammaktionäre zu fordern.¹⁴⁸

Der **Spaltungsvertrag** ist nach **§ 6 UmwG i.V.m. § 125 Satz 1 UmwG** **notariell zu beurkunden**. Für den **Umfang** der **Beurkundungspflicht** kann auf die zu **§ 311b Abs. 1, Abs. 3 BGB** entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach unterliegen der Beurkundungspflicht nicht nur der Spaltungsvertrag selbst, sondern **sämtliche Abreden**, die nach dem Willen der Beteiligten mit dem Spaltungsvertrag ein **einheitliches Ganzes** bilden, also mit ihm stehen und fallen sollen. Erforderlich ist ein **rechtlicher Zusammenhang** dergestalt, dass ein Geschäft nicht ohne das andere durchgeführt werden soll. Ein bloß **wirtschaftlicher Zusammenhang**, der vorliegt, wenn ein Geschäft für das andere bloßer Anlass war oder dieses erst ermöglicht hat, **genügt nicht**. **Gleichgültig** ist, ob die

¹⁴³ a.a.O., juris, Rn. 59.

¹⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 60.

¹⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 67.

¹⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 68.

¹⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 69.

¹⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 70.

zusammenhängenden Vereinbarungen **in einer oder mehreren Urkunden** niedergelegt werden. Bilden Rechtsgeschäfte ein einheitliches Ganzes in diesem Sinne, muss der Verknüpfungswille ebenfalls beurkundet werden, also in den Urkunden eindeutig zum Ausdruck kommen.¹⁴⁹ Die **Beurteilung**, ob ein einheitliches beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft vorliegt, obliegt im **Einzelfall** dem **Tatrichter**. Das Revisionsgericht überprüft nur, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt ist und ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind.¹⁵⁰

Nach **§ 127 Satz 1 UmwG** haben die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger einen ausführlichen schriftlichen **Spaltungsbericht** zu erstatten. Genügt der Spaltungsbericht den Anforderungen des § 127 UmwG nicht, so verletzt er das Gesetz, was zur **Anfechtbarkeit** des Zustimmungsbeschlusses der Hauptversammlung führen kann, § 243 Abs. 1 AktG. Allerdings kann der Spaltungsbeschluss wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Informationen, wozu auch die Informationen aus dem Spaltungsbericht gehören, nur angefochten werden, wenn sie für den Zustimmungsbeschluss relevant sind, § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG.¹⁵¹

Ein **Sondervorteil** i.S.v. **§ 243 Abs. 2 Satz 1 AktG** ist jeder Vorteil, der bei einer Gesamtwürdigung als sachwidrige, mit den Interessen der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre unvereinbare Bevorzugung erscheint.¹⁵²

Ein **Entlastungsbeschluss** der Hauptversammlung **verstößt** gegen **§ 120 Abs. 2 Satz 1 AktG** und ist deshalb nach **§ 243 Abs. 1 AktG** **anfechtbar**, wenn Gegenstand der Entlastung ein **Verhalten** ist, dass eindeutig einen **schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß** darstellt. Der Rechtsverstoß muss auch in **tatsächlicher Hinsicht eindeutig vorliegen**. Bedarf der Sachverhalt weiterer Aufklärung oder ist er strittig, muss die

¹⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 73.

¹⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 74.

¹⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 79.

¹⁵² a.a.O., juris, Rn. 87.

Hauptversammlung in Kenntnis des unklaren bzw. strittigen Sachverhalts über die Entlastung entscheiden. Erteilt die Hauptversammlung in einem solchen Fall Entlastung, entscheidet sie in den Grenzen des ihr zukommenden Ermessens. Der Entlastungsbeschluss ist dann nicht rechtswidrig.¹⁵³

Werden einem **Aktionär** die zur Ermessensausübung erforderlichen **Auskünfte vorenthalten**, so liegt darin ein i.S.v. § 243 Abs. 4 AktG relevanter **Verstoß** gegen das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht des Aktionärs, der eine **Anfechtbarkeit** des Entlastungsbeschlusses rechtfertigt. **Erforderlich** ist eine **Auskunft**, wenn sie auf Vorgänge von einigem Gewicht gerichtet ist, die für die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung von Bedeutung sind. Einem Aktionär ist nicht zuzumuten, die Tätigkeit der Verwaltung ohne die erforderlichen Informationen „abzusegnet“ und ihr das Vertrauen auszusprechen.¹⁵⁴

Die **Kläger** eines **Anfechtungsprozesses** müssen sämtliche **Anfechtungsgründe innerhalb** der **Anfechtungsfrist** des § 246 Abs. 1 AktG in den Prozess einführen. Ausreichend, aber erforderlich ist, dass sie die Anfechtungsgründe ihrem **wesentlichen tatsächlichen Kern** nach geltend machen, was nicht bedeutet, dass der jeweilige rechtliche Gesichtspunkt bezeichnet oder der Tatsachenkomplex vollständig und in allen Einzelheiten vorgetragen sein muss. Entscheidend ist, dass innerhalb der Monatsfrist die Angriffsrichtung vorgegeben wird.¹⁵⁵

4.

Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

¹⁵³ a.a.O., juris, Rn. 91.

¹⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 94.

¹⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 96.

a)

Die **Umwandlung** einer **GbR** in eine **OHG** stelle **keinen** Fall der **Rechtsnachfolge** dar, sondern eine **identitätswahrende Umwandlung**. Eine Gesellschaft, die ein **Gewerbe** betreibt, wird von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen **OHG**, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert. Dieser Rechtsformwechsel kraft Gesetzes vollzieht sich unter voller Wahrung der Identität. Dieser und die damit verbundene Firmenänderung kann im Wege der **Beischreibung** auf einem Titel vermerkt werden (§ 727 ZPO). Voraussetzung ist jedoch, dass die Identität der betreffenden Gesellschaft zweifelsfrei nachgewiesen wird.¹⁵⁶

b)

Der **Streit** um die **Leitungsfunktion** bei der **Abberufung** eines **geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH** vom Amt als Geschäftsleiter stellt keinen schwerwiegenderen Eingriff in dessen Rechte dar als seine Ausschließung als Gesellschafter. Diese Grundsätze gelten auch, wenn ein Gesellschafter die Nichtigkeit eines Beschlusses geltend macht, mit dem ein Geschäftsführer abberufen wird, und damit erreicht werden soll, dass dieser in seiner Leitungsfunktion belassen wird. **Nicht maßgeblich** ist das **Gehalt** des Geschäftsführers. Die **Beschwer** bei einer **Ausschlussklage** entspricht dem **Verkehrswert** des betroffenen **Geschäftsanteils**. Auf den Nennwert des Geschäftsanteils kommt es nur in Ermangelung abweichenden Sachvortrags an.¹⁵⁷ Der Wert der Geschäftsanteile des Gesellschafter-Geschäftsführers bildet damit die Obergrenze der Beschwerde. Es führt nicht zu einer Erhöhung des Streitwertes, wenn auf Beklagtenseite (hier: GmbH) der Gesellschafter-Geschäftsführer als Nebenintervenient auftritt.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Beschlüsse vom 13. Januar 2021 – [VII ZB 30/18](#) – und – [VII ZB 32/18](#) – juris, Rn. 6, 9 ff.

¹⁵⁷ Beschluss vom 09. März 2021 – [II ZR 93/20](#) – juris, Rn. 3.

¹⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 4.

c)

Wird ein Gesellschafterbeschluss angefochten, wonach personenbezogene Daten der Gesellschafter nicht ohne ausdrückliche Zustimmung des jeweils betroffenen Gesellschafters an Mitgesellschafter herausgegeben werden dürfen, richtet sich der Wert der für die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde maßgebenden Beschwer (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) nach dem Interesse an der Wirksamkeit des Beschlusses. Soweit dabei geltend gemacht wird, der Beschluss diene der Befriedung der Gesellschaft im Allgemeinen und dem Schutz der Interessen an der Wahrung des Datengeheimnisses eines jeden Gesellschafters, weil mit Klagen rechtsmissbräuchliche und Unfrieden innerhalb des Gesellschafterkreises stiftende Interessen verfolgt würden, handelt es sich um ein lediglich mittelbares Interesse, das als reine Fernwirkung der ergangenen Entscheidung nicht nur für den Streitgegenstand und die daran zu orientierende Bemessung des Streitwerts, sondern gleichermaßen für die Beschwer außer Betracht zu bleiben hat.¹⁵⁹

d)

Nach dem **Austritt** des **Vereinigten Königreichs** aus der **Europäischen Union** mit Wirkung zum **01. Februar 2020** und dem **Ablauf** des in Art. 126 des Austrittsabkommens bestimmten **Übergangszeitraums** am 31. Dezember 2020 ist Art. 30 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie auf die Anmeldung der **inländischen Zweigniederlassung** einer **private company limited by shares** mit satzungsmäßigem Sitz in Great Bookham/Vereinigtes Königreich **nicht mehr anzuwenden**. Auch auf die **Niederlassungsfreiheit** nach Artt. 49, 54 AEUV kann sich die Beteiligte **nicht** mehr berufen. Die Fragen, ob § 13g Abs. 1, Abs. 3 HGB i.V.m. § 10 Abs. 1 GmbHG und § 13g Abs. 2 Satz 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 3 GmbHG mit Art. 30 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie und mit Artt. 49, 54 AEUV vereinbar sind, wonach für die Anmeldung einer inländischen Zweigniederlassung einer private company limited by shares die Angabe der Höhe des Stammkapitals (§ 13g Abs. 1, Abs. 3

¹⁵⁹ Beschluss vom 27. April 2021 – [II ZR 110/20](#) – juris, Rn. 2 f.

HGB i.V.m. § 10 Abs. 1 GmbHG) und eine Versicherung ihres directors zu fehlenden Bestellungshindernissen sowie zu seiner Belehrung über seine diesbezügliche Auskunftspflicht gemäß § 13g Abs. 2 Satz 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 3 GmbHG erforderlich ist, stellen sich infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union nicht mehr.¹⁶⁰

e)

Eine **Limited Liability Partnership** (LLP) mit **Hauptsitz in London**, die **nicht** zu den nach den **§§ 3, 4 und 6 Nr. 4 StBerG** zur geschäftsmäßigen Hilfeleistung in **Steuersachen befugten** Personen und Vereinigungen zählt, ist **nicht** nach **§ 3a Abs. 1 Satz 1 StBerG** zur vorübergehenden und gelegentlichen **geschäftsmäßigen Hilfeleistung** in Steuersachen im Inland **befugt, wenn** sie über eine **inländische Niederlassung** verfügt.¹⁶¹

Karlsruhe, den 21. Juli 2021

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹⁶⁰ Beschluss vom 16. Februar 2021 – [II ZB 25/17](#) – juris, Rn. 5 ff.

¹⁶¹ Urteil vom 10. Dezember 2020 – [I ZR 26/20](#) – juris, Rn. 20.