

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im 1. Halbjahr 2022**

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 2022 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.<sup>1</sup> Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.<sup>2</sup>

### **1. Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

Zum Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (nachfolgend auch GbR) ergingen die nachfolgenden referierten beiden – weitgehend textidentischen – Beschlüsse des V. Zivilsenats vom 10. Februar 2022:

Die nach **§ 27 Satz 1 GBO** für die **Löschung** einer im Grundbuch eingetragenen **Grundschuld** von einer GbR als Grundstückseigentümerin neben

---

<sup>1</sup> Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs 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 Bundesgerichtshofs verlinkt.

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

der Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers notwendige **Zustimmung** ist grundsätzlich von **allen** gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO im Grundbuch eingetragenen **Gesellschaftern abzugeben**; denn gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO werden die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR verfahrensrechtlich wie Berechtigte behandelt.<sup>3</sup>

Nach dem **Tod** des **Gesellschafters** einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die **Buchposition** des Gesellschafters **keine** gesondert **vererbliche Rechtsposition** dar; die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags. Wegen der Vermutung des **§ 891 BGB** ist für die Bewilligungsberechtigung zwar grundsätzlich die Grundbuchposition maßgeblich. Die Buchposition ist aber kein selbständig vererblicher Vermögenswert, sondern sie beruht grundsätzlich auf der materiellen Berechtigung, die durch sie verlautbart wird. Ist das Grundbuch unrichtig und die Vermutung des § 891 BGB widerlegt, muss der **wahre Berechtigte**, also der Inhaber des betroffenen Rechts, die Eintragung gemäß § 19 GBO bewilligen bzw. gemäß § 27 Satz 1 GBO der Löschung zustimmen; die Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO stellt nämlich einen Unterfall der Bewilligung gemäß § 19 GBO dar. Für die Gesellschafter einer GbR und die Vermutung des § 899a Satz 1 BGB gilt das gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO entsprechend. Steht fest, dass ein im Grundbuch eingetragener Gesellschafter einer GbR verstorben ist, ist die Vermutung des § 891 BGB widerlegt. Infolgedessen müssen an Stelle des verstorbenen Gesellschafters nunmehr dessen **Rechtsnachfolger** in den Gesellschaftsanteil die Zustimmung erklären; eine von dem Gesellschaftsvertrag losgelöste Vererbung der Buchposition findet nicht statt. Nach den Vorgaben des Gesellschaftsvertrags beurteilt sich auch, wer bei Anordnung der **Testamentsvollstreckung** bewilligungsbefugt ist.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Beschlüsse vom 10. Februar 2022 – [V ZB 5/21](#) – und – [V ZB 87/20](#) – juris, Rn. 7.

<sup>4</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

Nichts anderes gilt im Hinblick auf das gemäß § 39 Abs. 1 GBO grundsätzlich bestehende Erfordernis der **Voreintragung** der **Rechtsnachfolger**. Richtig ist zwar, dass gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO von einer Voreintragung nur abgesehen werden kann, wenn die Bewilligung eines Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben wirksam ist. Über die Zustimmung- oder Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hinaus, die **von Amts wegen zu prüfen** ist, stellt dies jedoch kein eigenständiges materielles Prüfungskriterium dar. Sollte die Bewilligungsbefugnis nachgewiesen sein, wäre seine Zustimmung also ausreichend. Zugleich stünde dann fest, dass es gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO nicht der Voreintragung der Erben bedürfte.<sup>5</sup>

Die von einem verstorbenen **Mitgesellschafter** einer GbR **angeordnete Testamentsvollstreckung** über seinen Nachlass führt nicht in jedem Fall dazu, dass die Verfügungsbefugnis der Rechtsnachfolger ausgeschlossen ist und die Gesellschafterbefugnisse von dem Testamentsvollstrecker wahrzunehmen sind. Insoweit sind **verschiedene Konstellationen** zu unterscheiden.<sup>6</sup>

Die Vererbung von Anteilen im Fall der **Auflösung** der **Gesellschaft** gemäß § 727 Abs. 1 BGB vollzieht sich an der nach dem Erbfall fortbestehenden **Liquidationsgesellschaft** nach rein **erbrechtlichen Regeln**. Die Einschränkungen, die sich aus der Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen ergeben, bestehen insoweit nicht, sondern Gesellschafter ist der Erbe bzw. sind die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbgemeinschaft. Mit der Annahme des Amts durch den Testaments-

---

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

vollstrecker gemäß § 2202 Abs. 1 BGB nimmt dieser entsprechend § 146 Abs. 1 HGB unter Ausschluss der Erben die Befugnisse des Abwicklers wahr.<sup>7</sup>

Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen eine Regelung gemäß § 736 Abs. 1 BGB, wonach die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (sog. **Fortsetzungsklausel**), **wächst** der **Anteil** des verstorbenen Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB den übrigen Gesellschaftern **zu**. In den von dem **Testamentsvollstrecker** verwalteten Nachlass fällt lediglich der schuldrechtliche **Abfindungsanspruch** gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer **zweigliedrigen Personengesellschaft** führt zur **Übernahme** der **Aktiva und Passiva** durch den verbleibenden Gesellschafter, der **Gesamtrechtsnachfolger** der beendeten Gesellschaft wurde. Im Ergebnis geht die **Zustimmungsberechtigung** des Verstorbenen also auf den oder die **Mitgesellschafter** über.<sup>8</sup>

**Anders** ist es jedoch, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Regelung enthält, wonach die **Gesellschaft** im Fall des Todes eines Gesellschafters **nicht aufgelöst**, sondern mit allen oder **einzelnen Erben fortgesetzt** wird (sog. **einfache bzw. qualifizierte Nachfolgeklausel**). Dann gehört der im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf den oder die Gesellschafter-Erben übergehende **Anteil** der Personengesellschaft zwar zum **Nachlass**. Der **Testamentsvollstrecker** kann über die mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Vermögensrechte – insbesondere den Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben – **verfügen**. Wegen der Besonderheiten der zwischen den Gesellschaftern gebildeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft stehen ihm aber **nicht** solche Befugnisse zu, die **unmittelbar** die **Mitgliedschaftsrechte** der Erben berühren. Dazu gehört die

---

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

Wahrnehmung der Rechte des Gesellschafter-Erben bei der **Geschäftsführung** (§ 709 BGB) und damit auch bei der **Verfügung** über **Gegenstände** des **Gesellschaftsvermögens**. In diesem Fall üben der oder die Gesellschafter-Erben je für sich (und nicht der Testamentsvollstrecker) die Gesellschafterbefugnisse des Verstorbenen aus, zu denen auch die Erteilung der **Zustimmung** gemäß **§ 27 Satz 1 GBO** gehört. Infolgedessen müssten also der oder die Gesellschafter-Erben (je für sich und nicht als Erbengemeinschaft) zustimmen.<sup>9</sup>

Mangels anderer Anhaltspunkte ist im Blick auf die **Eintragung** eines **Insolvenzvermerks** von dem gesetzlichen „**Normalfall**“ des **§ 727 Abs. 1 BGB** auszugehen. Insoweit ist **§ 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO** entsprechend anzuwenden, wenn über den Nachlass eines verstorbenen Mitgesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet wurde; das Insolvenzgericht hat daher, soweit ihm aus dem Grundbuch hervorgehende Gesellschaftsanteile bekannt werden, das Grundbuchamt von Amts wegen um die Eintragung des Vermerks zu ersuchen (§ 32 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder der Insolvenzverwalter hat sie beim Grundbuchamt zu beantragen (§ 32 Abs. 2 Satz 2 InsO). **Zweck** der Vorschrift ist es, die **Insolvenzmasse** vor **Beeinträchtigungen** durch einen **gutgläubigen Erwerb zu schützen**, indem die **Verfügungsbeschränkungen**, denen der Insolvenzschuldner unterliegt (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO), im Grundbuch verlautbart werden. Durch die Eintragung wird der **öffentliche Glaube** des **Grundbuchs beseitigt**, soweit dieser gemäß § 899a BGB das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) der eingetragenen Gesellschafter umfasst. Es ist deshalb im Interesse der gesamten Gläubigerschaft erforderlich, zur Sicherung der Masse den Insolvenzbeschluss umgehend im Grundbuch offenkundig zu machen. Dieses gesetzgeberische Ziel würde verfehlt, wenn das Insolvenzgericht vor dem Ersuchen die gesellschaftsvertraglichen Regelungen

---

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

prüfen bzw. der Insolvenzverwalter deren Inhalt in seinem Antrag nachweisen müsste. Sind allerdings abweichende gesellschaftsvertragliche Abreden positiv bekannt, die dazu führen, dass ein Insolvenzvermerk nicht einzutragen ist, dürfen – selbstverständlich – weder das Insolvenzgericht das Grundbuchamt um die Eintragung ersuchen noch der Insolvenzverwalter diese beantragen. Andernfalls darf zum Schutz der Insolvenzmasse insoweit von dem gesetzlichen „Normalfall“ des § 727 Abs. 1 BGB ausgegangen werden; das gilt auch für das Grundbuchamt, das die Eintragung vorzunehmen hat.<sup>10</sup>

**Anders** verhält es sich aber bei dem **Nachweis** der **Bewilligungsbefugnis** zur **Berichtigung des Grundbuchs** nach dem Tod eines Gesellschafters der GbR. Denn der (eilbedürftige) Insolvenzvermerk führt weder Rechtsänderungen herbei noch ermöglicht er deren Vornahme; er beseitigt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, während die Berichtigung diesen herbeiführt. Für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung entspricht es daher im Ansatz einhelliger und zutreffender Auffassung, dass nicht ohne Weiteres die Rechtsfolge des § 727 Abs. 1 BGB anzunehmen ist, sondern dass regelmäßig neben der Bewilligung die gesellschaftsvertraglichen Folgen des Versterbens des Mitgesellschafters mindestens schlüssig dargelegt werden müssen. Das gilt auch für die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.<sup>11</sup>

Soll eine auf dem Grundstück einer GbR lastende **Grundschild** nach dem Tod eines Gesellschafters mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers und der verbliebenen Gesellschafter gelöscht werden, **ohne** zuvor das **Grundbuch** zu **berichtigen**, muss demzufolge die **Zustimmungsbefugnis** des **Testamentsvollstreckers nachgewiesen** werden. Das ist erforderlich, weil die Grundschild gelöscht werden soll, ohne zuvor das Grundbuch

---

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>11</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

wegen der eingetretenen Veränderungen in dem Gesellschafterbestand zu berichtigen (§ 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO). Die Regelung in § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbindet lediglich von dem Erfordernis der Voreintragung nach § 39 Abs. 1 GBO. Weitere Erleichterungen ergeben sich aus der Vorschrift nicht. Da die mit der Eintragung verbundene erleichterte Legitimationsprüfung durch das Grundbuchamt durch den Verzicht auf die Voreintragung entfällt, muss dem Grundbuchamt die Bewilligungsberechtigung und -befugnis wie bei einer Berichtigungsbewilligung zur Voreintragung nachgewiesen werden.<sup>12</sup>

**Fehlt** dieser **Nachweis**, kann dieser **Mangel** jedoch **rückwirkend behoben** werden. Da die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers von den gesellschaftsvertraglichen Abreden abhängt, kommt es darauf an, wie diese dem Grundbuchamt nachzuweisen sind.<sup>13</sup> **Wie** die Bewilligungsberechtigung bzw. -befugnis nach dem Tod des Gesellschafters der GbR im Grundbuchverfahren nachgewiesen werden soll, ist allerdings **umstritten**. Das hängt damit zusammen, dass jeweils die gesellschaftsvertraglichen Regelungen maßgeblich sind, die aber regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachweisbar sind. Im Ergebnis entspricht es einhelliger Ansicht, dass die schlüssige Darlegung des nachfolgerelevanten Inhalts des Gesellschaftsvertrags jedenfalls dann ausreichen muss, wenn ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht existiert; die Meinungen gehen aber im Hinblick auf die hierfür erforderlichen Nachweise auseinander.<sup>14</sup>

**Richtigerweise** ist der **Nachweis** der **Zustimmungsbefugnis** jedenfalls dann erbracht, wenn sich aus der in der **Form des § 29 GBO** eingereichten Zustimmungserklärung des Testamentsvollstreckers und der übrigen Gesellschafter ergibt, dass es **keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag**

---

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

gibt und besondere gesellschaftsvertragliche **Abreden** für den Todesfall **nicht getroffen** worden sind, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen; eidesstattlicher Versicherungen bedarf es nicht.<sup>15</sup>

Im Ausgangspunkt hat das **Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen**, ob sich der **Testamentsvollstrecker** in den Grenzen seiner **Verfügungsbefugnis** gehalten hat. Das dargestellte Nachweisproblem lässt sich im Falle der Testamentsvollstreckung jedenfalls nicht dadurch lösen, dass stets alle in Betracht kommenden Personen zustimmen müssen. Ist die Gesellschaft also aufgelöst, verlöre die Testamentsvollstreckung nämlich ihren Sinn, wenn stets auch die Zustimmung der Erben erforderlich wäre; die Testamentsvollstreckung soll ja gerade eine Nachlassabwicklung unter Ausschluss der Erben ermöglichen.<sup>16</sup>

Ein **vergleichbares Problem** stellt sich, wenn nachgewiesen werden muss, dass von dem **Testamentsvollstrecker** getätigte **Verfügungen nicht i.S.v. § 2205 Satz 3 BGB unentgeltlich** und daher von der Verfügungsbefugnis umfasst sind. Insoweit könnten einfache Erklärungen des Testamentsvollstreckers genügen, wenn keine begründeten Zweifel daran bestehen, allerdings nur, soweit es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen. Im Ergebnis ist dem Grundbuchamt hier eine freie Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO) gestattet, sofern und soweit ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht möglich ist; dabei hat es jedoch keine eigenen Nachforschungen und Ermittlungen anzustellen und darf nur bei konkreten Zweifeln weitere Nachweise verlangen.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>17</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.



Zum **Nachweis** der **Verfügungsbefugnis** reicht es aus, wenn der Testamentsvollstrecker und der oder die Mitgesellschafter in der **Form des § 29 GBO Erklärungen** beibringen, wonach ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht besteht und besondere Vereinbarungen für den Todesfall nicht getroffen sind. Dabei kann die Erklärung des Testamentsvollstreckers auch dahin gehen, dass ihm der Inhalt des Gesellschaftsvertrags unbekannt ist. Auf diese Weise wird dem Grundbuchamt der aktuelle Stand der in dem Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelung vermittelt; in aller Regel werden über die zuletzt getroffenen mündlichen Abreden ohnehin nur die verbliebenen Gesellschafter verlässlich Auskunft geben können.<sup>18</sup>

**Einfache Erklärungen** sind insoweit **ausreichend**. Einer eidesstattlichen Versicherung bedarf es nicht. In Antragsverfahren lässt § 29 GBO im Grundsatz nur den Nachweis durch Urkunden zu. Eine richterrechtlich zugelassene Versicherung an Eides statt könnte nur dann eine (im Vergleich zu einer einfachen Erklärung) höhere Richtigkeitsgewähr bieten, wenn sie strafbewehrt wäre. Die Strafbarkeit gemäß §§ 156, 161 StGB hängt aber davon ab, dass das Grundbuchamt als eine zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt zuständige Behörde anzusehen ist. Dazu muss die Behörde, bei der der Beweis zu erbringen ist, befugt sein, die eidesstattliche Versicherung gerade in dem Verfahren abzunehmen, in dem sie abgegeben wurde, und über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht. Zweifel an einer solchen Befugnis bestehen im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Denn die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung durch das Grundbuchamt ist nur in gesetzlich besonders geregelten Ausnahmefällen vorgesehen.<sup>19</sup>

Danach kann der Nachweis durch eine Erklärung zu den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über die Folgen des Versterbens eines Gesellschafters in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erbracht werden.

---

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

Insoweit kann eine **Zwischenverfügung** gemäß § 18 Abs. 1 GBO erfolgen. Das setzt voraus, dass der Mangel des Antrags rückwirkend geheilt werden kann, wovon auszugehen ist.<sup>20</sup>

## 2. Recht der Partnerschaftsgesellschaft

Zum Recht der Partnerschaftsgesellschaft ist der nachfolgende Beschluss des II. Zivilsenats vom 15. Februar 2022 mitzuteilen:

Eine **Partnerschaft** zwischen einem **Tierarzt** und einem **Betriebswirt** ist nach dem **Heilberufekammergesetz** des Landes Baden-Württemberg (HBKG BW) **zulässig**. Die Beurteilung, die in § 21a Abs. 1 Satz 2 Berufsordnung (BO) enthaltene Regelung, wonach Partnerschaften i.S.d. PartGG nur unter Tierärzten zulässig seien, woraus ein generelles **Verbot** von **interprofessionellen Zusammenschlüssen** mit Tierärzten folge, ist unzutreffend. § 21a Abs. 1 Satz 2 BO **verstößt** gegen den **Vorrang** des **Gesetzes** und ist deshalb **nichtig**.<sup>21</sup>

Da es sich bei der **Berufsordnung** nicht um ein **förmliches Landesgesetz** handelt, ist insoweit **keine Entscheidung** des **Bundesverfassungsgerichts** gemäß **Art. 100 Abs. 1 GG** einzuholen.<sup>22</sup>

**§ 21a Abs. 1 Satz 2 BO verstößt gegen den Vorrang des Gesetzes**. Die Regelung **verbietet** eine **interprofessionelle Zusammenarbeit** von **Tierärzten** in der Rechtsform der **Partnerschaftsgesellschaft** nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz **generell**.<sup>23</sup> Die durch **§ 30a Abs. 1 Satz 2**

---

<sup>20</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>21</sup> Beschluss vom 15. Februar 2022 – [II ZB 6/21](#) – juris, Rn. 11.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

**HBKG BW** ausdrücklich **erlaubten interprofessionellen Zusammenschlüsse** von Kammermitgliedern können durch das Satzungsrecht der Kammern **nicht eingeengt** werden. Es ist nicht erkennbar, dass der Landesgesetzgeber eine § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW einschränkende Regelung durch den Ordnungsgeber gestatten wollte. Soweit der Landesgesetzgeber in § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW die interprofessionelle Zusammenarbeit von Kammermitgliedern mit anderen, dort genannten Berufen in Praxen ausdrücklich gestattet, fehlt § 21a Abs. 1 Satz 2 BO als untergesetzlicher Norm des Berufsrechts die Kraft für eine dahinter zurückbleibende Regelung.<sup>24</sup>

Auch § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW steht bei einer Auslegung im Lichte des **Art. 12 Abs. 1 GG** einer interprofessionellen Zusammenarbeit einer Tierärztin und eines Betriebswirts in der Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz nicht entgegen. Es liegen **keine Gemeinwohlbelange** vor, die eine restriktive, eine solche interprofessionelle Zusammenarbeit ausschließende Auslegung des § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW rechtfertigen können.<sup>25</sup> Zu der durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten freien **Berufsausübung** zählt auch die **Freiheit**, den Beruf gemeinsam **mit** Angehörigen **anderer** Berufe auszuüben. Gemäß **Art. 19 Abs. 3 GG** können sich auf den Schutz dieses Grundrechts auch **juristische Personen des Privatrechts** und diesen gleichstehende Personengesellschaften des Privatrechts berufen, weil Art. 12 Abs. 1 GG seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist.<sup>26</sup> **Eingriffe** in die **Berufsausübungsfreiheit** sind **nur** dann mit Art. 12 Abs. 1 GG **vereinbar**, wenn sie **vernünftigen Zwecken** des **Gemeinwohls** dienen und den Berufstätigen **nicht über-**

---

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

mäßig oder unzumutbar treffen, also dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** genügen.<sup>27</sup>

**§ 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW** ist im Lichte der grundrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit **nicht abschließend** zu verstehen, so dass eine interprofessionelle Zusammenarbeit einer Tierärztin und eines Betriebswirts in der Rechtsform einer Partnerschaftsgesellschaft nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz zulässig ist.<sup>28</sup> Der **Wortlaut** des § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW ("können") schließt interprofessionelle Zusammenschlüsse von Kammermitgliedern gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 HBKG BW mit anderen als dort genannten Berufen in Praxen nicht aus, wenn auch rechtssystematisch § 30a Abs. 3 HBKG BW, wonach die Kammern in besonderen Einzelfällen oder zur Erprobung neuer Versorgungsangebote Ausnahmen von Abs. 1 zulassen können, wenn sichergestellt ist, dass berufsrechtliche Belange nicht beeinträchtigt werden, als Anhaltspunkt für einen abschließenden Charakter der Norm angesehen werden könnte.<sup>29</sup> Ein **abschließender Charakter** der in § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW aufgeführten interprofessionellen Partnerschaften ist nicht anzunehmen. Aus der **Gesetzesbegründung** ist dafür nichts ersichtlich. Naheliegender ist vielmehr, dass mit § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW nur ein **Mindeststandard** für die berufliche Zusammenarbeit eingeführt und die interprofessionelle Zusammenarbeit mit anderen Berufen über § 31 Abs. 4 Nr. 11 HBKG BW weiterhin den Berufsordnungen überlassen werden sollte.<sup>30</sup>

Auch **Sinn** und **Zweck** des § 30a HBKG BW stehen einer **interprofessionellen Zusammenarbeit** zwischen einer **Tierärztin** und einem **Betriebswirt** in der Rechtsform einer **Partnerschaftsgesellschaft** nach dem

---

<sup>27</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

Partnerschaftsgesellschaftsgesetz **nicht entgegen**. Der aus der **Gesetzesbegründung** erkennbare Wille des Gesetzgebers, die eigenverantwortliche und unabhängige Berufsausübung der Kammermitglieder in interprofessionellen Partnerschaftsgesellschaften nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz zu schützen, wird auch gewahrt, wenn weitere, nicht im Gesetz genannte interprofessionelle Partnerschaften zulässig sind. Der gesetzgeberische Wille spricht deshalb gegen einen abschließenden, die vorgeannte interprofessionelle Zusammenarbeit ausschließenden Charakter des § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW.<sup>31</sup>

Ausweislich der **Gesetzesbegründung** soll durch die Einfügung des § 30a HBKG BW der **Grundsatz der eigenverantwortlichen und unabhängigen Berufsausübung** der dort genannten **Heilberufe** geschützt und eine gewerbliche heilberufliche Tätigkeit grundsätzlich ausgeschlossen werden. Die Definition der erlaubten Formen der Berufsausübung soll sicherstellen, dass die Einhaltung der Berufspflichten bei heilberuflichen Tätigkeiten in allen rechtlichen Gestaltungsformen durchgesetzt werden kann. Die Kammern der genannten approbierten Heilberufe erhielten so den Spielraum, ihre Kammermitglieder bei einer heilberuflichen Tätigkeit in der **Rechtsform des Privatrechts** vor einer **unerwünschten Beeinflussung** durch **wirtschaftliche Interessen** zu schützen (Gesetzentwurf der Landesregierung von Baden-Württemberg vom 24. November 2020, LT-Drucks. 16/9344, S. 23). Der Gesetzgeber wollte damit eine **gewerbliche heilberufliche Tätigkeit** grundsätzlich **ausschließen**. Gewerblich tätig sind Personenhandelsgesellschaften und juristische Personen, nicht aber die Angehörigen Freier Berufe gemäß § 1 Abs. 2 PartGG, zu denen ein Betriebswirt zählt. Nur für die heilberufliche Tätigkeit in juristischen Personen hat der Gesetzgeber in § 30a Abs. 2 HBKG BW deshalb detaillierte Voraussetzungen aufgestellt, um eine gewerbliche heilberufliche Tätigkeit auszuschließen. Für

---

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

Partnerschaftsgesellschaften verbleibt es damit beim weiteren gesetzgeberischen Willen, durch die Vorschrift den Grundsatz der eigenverantwortlichen und unabhängigen Berufsausübung der genannten Heilberufe zu schützen (Gesetzentwurf der Landesregierung von Baden-Württemberg vom 24. November 2020, LT-Drucks. 16/9344, S. 23).<sup>32</sup>

Es liegen **keine Gemeinwohlbelange** vor, die den **Ausschluss** einer interprofessionellen Zusammenarbeit zwischen einer Tierärztin und einem Betriebswirt **rechtfertigen** können. Die wesentlichen **tierärztlichen Grundpflichten** und die **eigenverantwortliche** und **unabhängige tierärztliche Berufsausübung** werden durch eine interprofessionelle Zusammenarbeit mit einem Betriebswirt in einer Partnerschaftsgesellschaft nach dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz **nicht beeinträchtigt**.<sup>33</sup> Die **tierärztliche Verschwiegenheitspflicht** steht der interprofessionellen Zusammenarbeit mit einem Betriebswirt nicht entgegen.<sup>34</sup> Die **fehlende** berufliche und nicht gemäß § 203 StGB strafbewehrte **Verschwiegenheitspflicht** eines **Betriebswirts** vermag nicht den Ausschluss seiner interprofessionellen Zusammenarbeit mit einem Kammermitglied nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 HBKG BW in § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW zu begründen, da die tierärztliche Verschwiegenheitspflicht durch eine solche Zusammenarbeit **nicht stärker gefährdet** wird als bei einer Zusammenarbeit mit den durch § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW für eine interprofessionelle Zusammenarbeit ausdrücklich zugelassenen Berufen. Ohnehin ist das **Gebot der Verhältnismäßigkeit** im engeren Sinne nicht mehr gewahrt, wenn das Verbot der interprofessionellen Zusammenarbeit allein darauf gestützt wird, dass ein nicht der Verschwiegenheit unterliegender Partner im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit eines der beruflichen Verschwiegenheit unterliegenden

---

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

Partners Kenntnisse erlangt, für ihn aber keine eigene berufliche Verschwiegenheitspflicht besteht.<sup>35</sup>

Schließlich besitzt ein **Tierarzt** (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 HBKG BW) anders als die weiter von § 30a Abs. 1 Satz 2 erfassten Kammermitglieder nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2 und teilweise nach Nr. 5 HBKG BW **kein Zeugnisverweigerungsrecht** gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Im Gegensatz zu den weiteren Kammermitgliedern nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2 und teilweise nach Nr. 5 HBKG BW besteht bei einem Tierarzt **kein besonderes Vertrauensverhältnis** zu seinem **Auftraggeber**, welches die Wahrung schutzwürdiger Geheimhaltungsbelange umfasst und verlangt.<sup>36</sup>

Ebenso wird die **tierärztliche Unabhängigkeit** einer Tierärztin durch die interprofessionelle Zusammenarbeit mit einem Betriebswirt in der Organisationsform der Partnerschaftsgesellschaft **nicht stärker gefährdet** als bei einer Zusammenarbeit mit den in § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW für eine interprofessionelle Zusammenarbeit zugelassenen Berufen. Der Umstand, dass ein Berufsfremder aus einem völlig anderen Tätigkeitsfeld in der interprofessionellen Berufsausübungsgemeinschaft zu einem Entscheidungsträger der Praxis wird und damit die rechtliche und tatsächliche Handlungsfreiheit des tierärztlichen Partners einschränken könnte, vermag den Ausschluss von Betriebswirten aus dem Kreis der für eine interprofessionelle Zusammenarbeit nach § 30a Abs. 1 Satz 2 HBKG BW in Betracht kommenden Berufe nicht zu rechtfertigen. Das folgt aus den **besonderen Vorschriften** für die **Partnerschaftsgesellschaft**. Die Berufsausübung in einer solchen Gesellschaft kann den jeweiligen Berufsträger nach § 6 Abs. 1 PartGG **nicht** von seinen **berufsrechtlichen Pflichten** befreien (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze, BT-

---

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

Drucks. 12/6152, S. 15), so dass der tierärztliche Partner weiterhin seiner beruflichen Unabhängigkeit verpflichtet bleibt. Diese berufsrechtlichen Bindungen des Tierarztes können seine Partner nicht übergehen. Denn der **Grundsatz** der **Selbstorganschaft** ist, ungeachtet der Möglichkeiten, die aufgrund der Vertragsfreiheit insbesondere für die Gestaltung des Innenverhältnisses ansonsten eröffnet sind, bei der Partnerschaftsgesellschaft aufgrund der zwingenden Regelung in § 6 Abs. 2 PartGG entscheidend gestärkt (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze, BT-Drucks. 12/6152, S. 15). Danach kann die **Geschäftsführungsbefugnis** des einzelnen **Partners** insoweit **nicht beschränkt** werden, als seine **Berufsausübung betroffen** ist. Sichergestellt ist damit zumindest, dass berufsfremde Partner die tierärztliche Berufstätigkeit nicht im Rahmen der Geschäftsführung beeinflussen können.<sup>37</sup>

### 3.

#### Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

##### a)

Eine **pflichtwidrige haftungsbegründende Handlung** des **Geschäftsführers** der **Komplementär-GmbH** für **Schäden** der **Kommanditgesellschaft** (im Folgenden auch KG) im Hinblick auf das für die Haftungserstreckung nach § 43 Abs. 2 GmbHG notwendige Schutzbedürfnis der KG kann regelmäßig **nicht** angenommen werden, wenn **sämtliche Gesellschafter** der KG als potentiell Geschädigte nach zutreffender Information über den

---

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.



**Sachverhalt** mit dem Handeln des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH **einverstanden** waren.<sup>38</sup>

Zwar lässt **allein** der Umstand, dass ein Gesellschafter **Kenntnis** von einer Maßnahme hat, noch **nicht zwingend** auch auf sein **Einverständnis** schließen. Auch werden in der Literatur teilweise hohe Anforderungen an ein haftungsausschließendes stillschweigendes Einverständnis gestellt. Gleichwohl kann im Einzelfall bei Hinzutreten **weiterer Umstände** eine zumindest **stillschweigende Übereinkunft** der Gesellschafter über eine Maßnahme anzunehmen sein, wenn der Geschäftsführer in Anbetracht des Sach- und Kenntnisstands der Gesellschafter bis zu einer gegenteiligen Weisung berechtigterweise davon ausgehen durfte, mit ihrem Einverständnis zu handeln. Ob dies der Fall ist, ist in einer **Würdigung** sämtlicher wesentlicher **Umstände des konkreten Falles** zu beurteilen.<sup>39</sup>

**b)**

Eine durch die Leistung der Einlage gemäß § 171 Abs. 1 HGB **erloschene Außenhaftung** eines **Kommanditisten** kann durch eine **Ausschüttung wieder aufleben**.<sup>40</sup> Der **Insolvenzverwalter** über das Vermögen der (GmbH & Co.) KG (im Streitfall eine Publikumsfondsgesellschaft) kann diese **offene Haftung** nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 1, § 172 Abs. 2 HGB **nur insoweit geltend machen**, als die Inanspruchnahme des Kommanditisten zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, denen er nach §§ 171, 172 HGB haftet, **erforderlich** ist. Der in Anspruch genommene **Kommanditist** kann dagegen entsprechend § 422 Abs. 1 Satz 1, § 362 Abs. 1 BGB **einwenden**, dass der zur **Befriedigung** dieser Gläubiger **erforderliche**

---

<sup>38</sup> Beschluss vom 08. Februar 2022 – [II ZR 118/21](#) – juris, Rn. 16.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>40</sup> Urteil vom 11. Januar 2022 – [II ZR 199/20](#) – juris, Rn. 10.

**Betrag** bereits durch Zahlungen anderer Kommanditisten **aufgebracht** wurde.<sup>41</sup>

Eine **Haftung** eines Kommanditisten nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB für die im Insolvenzverfahren angemeldeten **Forderungen anderer Kommanditisten** auf Auszahlung ihrer **Einlage** oder **Rückzahlung** bereits zurückgezahlter Ausschüttungen **besteht nicht**. 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 erst im Rahmen des sich an die **Schlussverteilung** anschließenden Innenausgleichs der Gesellschafter zu berücksichtigen.<sup>42</sup> Das gilt auch, soweit diese Forderungen im Hinblick auf Rückzahlungsansprüche wegen angeblich **unwirksamer Kapitalerhöhungen** auf **§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB** gestützt werden. Auch dann handelte es sich bei den Einzahlungen vereinbarungsgemäß um die Zuführung von Eigenkapital an die Gesellschaft, so dass ihre Rückforderung ebenfalls den dafür geltenden Beschränkungen unterliegt.<sup>43</sup> Entsprechendes gilt für die von Kommanditisten angemeldeten **Zins- und Schadensersatzforderungen** wegen **Rechtsverfolgungskosten** im Zusammenhang mit der Rückgewähr der geleisteten Einlage. Diese Ansprüche teilen nach dem Rechtsgedanken von **§ 39 Abs. 3 InsO** den gleichen Rang wie die Hauptforderung selbst. Die auf die wiederaufgefüllte Einlage entfallenden Zinsen sind daher ebenso wie die Rechtsverfolgungskosten, die aus Streitigkeiten über die Einlagepflicht entstanden sind, der Einlage und damit dem Innenverhältnis der Gesellschaft zuzuordnen.<sup>44</sup>

---

41 a.a.O., juris, Rn. 11.

42 a.a.O., juris, Rn. 13.

43 a.a.O., juris, Rn. 14.

44 a.a.O., juris, Rn. 15.

Der **Kommanditist haftet** dagegen aber nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB für eine **Gewerbsteuerforderung** jedenfalls insoweit, als sie auf der Hinzurechnung des Unterschiedsbetrags nach § 5a Abs. 4 EStG zum Gewinn der Schuldnerin beruht.<sup>45</sup> Der Kommanditist haftet nämlich nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB in der Insolvenz der Gesellschaft jedenfalls für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden sind. Auf die **insolvenzrechtliche Einordnung** dieser Verbindlichkeiten **kommt es nicht an**. Für die Frage, ob eine bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Forderung vorliegt, können die für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach § 160 HGB entwickelten Abgrenzungskriterien herangezogen werden. Danach ist bei Steuerforderungen nicht ihre Einordnung als Masseverbindlichkeit maßgeblich, sondern 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.<sup>46</sup>

**c)**

Eine **Firma** muss nach **§ 18 Abs. 1 HGB** zur **Kennzeichnung geeignet** sein, damit sie ihre Namensfunktion (§ 17 Abs. 1 HGB) erfüllen kann. Hierfür reicht als notwendige, aber zugleich hinreichende Bedingung die Aussprechbarkeit der Firma im Sinne der Artikulierbarkeit aus. Damit sind **reine Bildzeichen**, deren Artikulation in der Sprachgemeinschaft nicht etabliert ist, als Bestandteil der Firma **nicht zulässig**. Nach dem **Kriterium der Aussprechbarkeit** beurteilt sich auch die Zulässigkeit von Sonderzeichen als Firmenbestandteil.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>47</sup> Beschluss vom 25. Januar 2022 – [II ZB 15/21](#) – juris, Rn. 12.

Sie ist zu bejahen, soweit das Sonderzeichen im allgemeinen Sprachgebrauch als **Wortersatz** verwendet wird. Danach begegnet etwa die Verwendung der Sonderzeichen "&" und "+" in einer Firma keinen rechtlichen Bedenken, weil sie im kaufmännischen Verkehr als "und" bzw. "plus" gesprochen werden. Auch die firmenrechtliche Zulässigkeit des als "at" ausgesprochenen Sonderzeichens "@" wird aufgrund der zunehmenden Digitalisierung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs mittlerweile weithin bejaht, sofern es nach seiner Stellung im Schriftbild der Firma nicht als bloßer Ersatz und besondere Schreibweise des Buchstabens "a" verwendet wird.<sup>48</sup>

Nach diesen Maßgaben ist die Firma „//CRASH Service Gesellschaft mbH & Co. KG“ der zur Eintragung angemeldeten Gesellschaft **nicht** zu ihrer Kennzeichnung geeignet (§ 18 Abs. 1 HGB).<sup>49</sup>

Die der Firma vorangestellten **Sonderzeichen "//"** sind zunächst **nicht** als **Satzzeichen** bloß zusätzlicher Bestandteil einer artikulierbaren Buchstabenfolge (wie z.B. ",", ".", "!", "?"). Denn anders als Satzzeichen, die nicht mit ausgesprochen werden, also in dieser Hinsicht stumm sind, sind die vor dem Wort "crash" stehenden Sonderzeichen gerade auf **Artikulation** angelegt ("slash slash crash ..."). In dieser Verbindung liegt der **Sprachwitz** und damit das **Charakteristische** der Firma. Die Lautfolge weist infolge ihrer **Rhythmisierung** Merkmale eines Verses auf. Zudem reimt sich "crash" auf die Sonderzeichen, wenn sie in englischer Sprache ausgesprochen werden.<sup>50</sup>

Soweit die Sonderzeichen "//" in der angemeldeten Firma aber auf **Artikulation** angelegt sind, lässt sich **nicht** feststellen, dass sie im **allgemeinen Sprachgebrauch** bereits als **Wortersatz** verwendet werden. Der kauf-

---

48 a.a.O., juris, Rn. 13.

49 a.a.O., juris, Rn. 14.

50 a.a.O., juris, Rn. 15.

männische Verkehr billigt ihnen bislang keine den &- oder auch +-Zeichen vergleichbare Wordersatzfunktion zu. Die Sonderzeichen dürften dem Rechts- und Wirtschaftsleben in erster Linie aus der digitalen Datenträger- und Internet-Navigation geläufig sein, **ohne** dass sie freilich eine dem @-Zeichen vergleichbare **Sprachbedeutung** erlangt haben. Ihre Aussprache ist zumindest außerhalb dieser Verkehrskreise objektiv mehrdeutig und kontextgeprägt. So ergibt sich die englische Aussprache, der in der digitalen Welt durchaus die Rolle einer Verkehrssprache zukommen mag, hier erst aus dem englischen Wort "crash", das den Sonderzeichen unmittelbar nachgesetzt ist. Die Sonderzeichen können darüber hinaus als "double slash", "Schrägstrich, Schrägstrich" oder auch "Doppelschrägstrich" ausgesprochen werden. Daneben hat der Schrägstrich in der //-Zeichenfolge zahlreiche weitere Bedeutungen, die einem eindeutigen Verständnis der Sonderzeichen als Wordersatz entgegenstehen. Nach § 106 der Rechtschreibregeln von 2018 (Aktualisierte Fassung des amtlichen Regelwerks entsprechend den Empfehlungen des Rats für deutsche Rechtschreibung 2016) kennzeichnet der Schrägstrich, dass Wörter (Namen, Abkürzungen), Zahlen oder dergleichen zusammengehören. Die Zusammengehörigkeit kann sich wiederum ganz unterschiedlich ausdrücken, als Verbindung (z.B. "Wamser in Henssler/Strohn"), als Gliederung (z.B. "II ZB 15/21") oder auch Verhältnis (z.B. "trägt die Kosten zu 7/10").<sup>51</sup>

**d)**

**§ 179a AktG** ist auf die **KG nicht analog anwendbar** (Aufgabe von BGH, Urteil vom 9. Januar 1995 – II ZR 24/94 –).<sup>52</sup>

Nachdem der **Bundesgerichtshof zunächst offengelassen** hatte, ob § 361 Abs. 1 AktG a.F. als Vorgängervorschrift von § 179a AktG auf die KG entsprechende Anwendung findet, hat er den Rechtsgedanken der Norm

---

<sup>51</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>52</sup> Urteil vom 15. Februar 2022 – [II ZR 235/20](#) – juris, Rn. 18.

**später** auf eine **Kommanditgesellschaft erstreckt**, die das von ihr betriebene, ihr gesamtes Vermögen darstellende Unternehmen veräußerte. Der Senat hat diese **Rechtsprechung** in seinem Urteil vom 08. Januar 2019 (vgl. BGH, Urteil vom 08. Januar 2019 – [II ZR 364/18](#) – BGHZ 220, 354) **nicht aufgegeben**, sondern **lediglich** entschieden, dass § 179a AktG **nicht** auf die **GmbH anwendbar** ist. Mit der Frage, was bei der KG gilt, befasst sich die Entscheidung vom 08. Januar 2019 nicht.<sup>53</sup>

Die **entsprechende Anwendung** von § 179a AktG auf die KG wird in **Teilen** der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums **befürwortet**.<sup>54</sup> Nach der Ablehnung der entsprechenden Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH durch den Senat mehrten sich die Stimmen, die eine Analogie auch für die KG **verneinen**.<sup>55</sup> Der **II. Zivilsenat** hält an seiner Rechtsprechung nicht fest. **§ 179a AktG** ist auf die **KG** nach Ansicht des Senats **nicht analog anwendbar**.<sup>56</sup>

Die **Gesetzgebungsgeschichte** von § 179a AktG gibt **keinen Anhaltspunkt** für eine analoge Anwendung der Norm auf die KG. Die aktienrechtliche Gesetzesentwicklung zeigt lediglich einen auf die Aktionäre ausgerichteten Schutzzweck der Vorschrift.<sup>57</sup>

Dem **Schutzanliegen** von **§ 179a AktG**, die **gesellschaftsinterne Kontrolle** der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu **gewährleisten**, wird bei der **KG** auch ohne entsprechende Anwendung der Norm durch einen **gesetzlich verankerten Beschlussvorbehalt** Rechnung getragen. Deshalb **fehlt** es an einer **planwidrigen Regelungslücke** und eine **systemfremde Beschrän-**

---

<sup>53</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

**kung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers** mit Außenwirkung und die damit einhergehende **Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs**, mit der **Rechtsunsicherheit** hervorgerufen und **Haftungsrisiken** geschaffen werden, verbietet sich.<sup>58</sup>

Zur **Vornahme** eines **über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes** der Gesellschaft **hinausgehenden Geschäfts** muss die **Geschäftsleitung** gemäß § 116 Abs. 2, § 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2, § 164 HGB bei der **KG** einen **zustimmenden Beschluss sämtlicher Gesellschafter** unter Einschluss der Kommanditisten einholen, sofern nicht nach dem **Gesellschaftsvertrag** eine **Mehrheitsentscheidung** zulässig ist. Die rechtzeitige Beteiligung der Gesellschafter wird dadurch sichergestellt, dass die Geschäftsleitung das Geschäft den Kommanditisten gegenüber vor dem Abschluss offenzulegen und deren Stellungnahme abzuwarten hat.<sup>59</sup>

**Außergewöhnlich** i.S.d. **§ 116 Abs. 1 und 2 HGB** sind **Geschäfte** dann, wenn sie nach ihrem **Inhalt** und **Zweck** oder nach ihrer **Bedeutung** und den mit ihnen verbundenen **Gefahren** über den gewöhnlichen Rahmen des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft hinausgehen. Die **Verpflichtung** zur **Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens** einer KG erfüllt in aller Regel diese Voraussetzungen.<sup>60</sup> Nichts anderes würde gelten, wenn man ein **Gesamtvermögensgeschäft** als **Grundlagengeschäft** einordnen würde. Auch ein Grundlagengeschäft setzt einen **Beschluss aller Gesellschafter** voraus, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrag eine **Mehrheitsentscheidung** zulässig ist.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

Das **Beschlusserfordernis** sichert nicht nur das **Kontrollrecht** der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem **Minderheitsgesellschafter** vor einer **unangemessenen Vertragsgestaltung** oder einer **Selbstbedienung** des **Mehrheitsgesellschafters**. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschafter gefassten Beschluss durch **Klage** gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den **Vollzug eines nachteiligen Geschäfts** zu **verhindern**.<sup>62</sup>

Die **Einflussmöglichkeiten** der **Gesellschafter** einer KG auf die Geschäftsleitung sind für die **Beantwortung der Frage** nach der **analogen Anwendung** von **§ 179a AktG nachrangig**. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, sind die **strukturellen Unterschiede** zur **Aktiengesellschaft** derart ausgeprägt, dass dies ebenfalls gegen eine entsprechende Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft spricht. Im Unterschied zu der auf **Machtbalance** der einzelnen **Organe** abzielenden und die **Aktionäre** von **der unmittelbaren Einflussnahme** auf die **Geschäftsführung** der Gesellschaft **ausschließenden Verfassung** der **Aktiengesellschaft** ist der **unmittelbare Einfluss** der **Kommanditisten** auf die Geschäftsführung **erheblich**. Im Blick auf die hieraus folgende **geringere Schutzbedürftigkeit** der Gesellschafter einer KG ist eine **Analogie abzulehnen**.<sup>63</sup>

Bei einem **Vergleich** der **Kontroll- und Informationsrechte** der Gesellschafter lässt sich allerdings **keine geringere Schutzbedürftigkeit** der Kommanditisten feststellen. Das Kontroll- und Informationsrecht des **Aktionärs** beschränkt sich im Wesentlichen auf die **Hauptversammlung** und die Gegenstände der Tagesordnung. Das Auskunftsrecht wird unter anderem durch das Kriterium der **Erforderlichkeit** in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG und durch das **Auskunftsverweigerungsrecht** des Vorstands aus § 131 Abs. 3

---

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>63</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.



Satz 1 Nr. 1 AktG begrenzt. In diesen Grenzen ist es aber umfassend und bezieht sich auch auf Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung. Dem **Kommanditisten** steht neben seinem gegenständlich **beschränkten Informationsrecht nach § 166 Abs. 1 HGB** ein **Kontrollrecht nach § 166 Abs. 3 HGB** bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** zu. Dieses umfasst zwar neben den Auskünften, die der Prüfung des **Jahresabschlusses** dienen oder zum Verständnis des Jahresabschlusses erforderlich sind, auch Auskünfte über die Geschäftsführung des Komplementärs allgemein und die damit im Zusammenhang stehenden **Unterlagen**. Es handelt sich aber um **kein allgemeines Auskunfts- und Einsichtsrecht** des Kommanditisten, sondern rechtfertigt von vornherein nur die Zuerkennung solcher Informations- und Aufklärungsrechte, die **zur Durchsetzung gesellschaftsvertraglicher Rechte** bzw. zur **Wahrung berechtigter Interessen** des Kommanditisten geeignet und angemessen sind. Das **außerordentliche Informationsrecht** wird insoweit durch das Informationsbedürfnis des Kommanditisten begrenzt, das sich aus dem wichtigen Grund ergibt.<sup>64</sup>

**Gegen die entsprechende Anwendung von § 179a AktG** spricht zudem die stärkere **Einflussmöglichkeit** von **Gesellschaftern** einer KG auf die **Geschäftsführung** und die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit. Das **Aktienrecht** enthält in **§§ 76 ff. AktG** und **§§ 111 ff. AktG** **Kompetenzzuweisungen** hinsichtlich der Wahrnehmung der **Leitungs- und der Überwachungsaufgaben** der Gesellschaft, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können. Vor allem über Fragen der Geschäftsführung kann die **Hauptversammlung** für den Vorstand **bindend** nach § 119 Abs. 2 AktG **nur** entscheiden, wenn der **Vorstand** es **verlangt**. Ob der Vorstand dies verlangt, steht grundsätzlich in seinem **Ermessen**. Demgegenüber hat die **Komplementärin** stets nach **§ 116 Abs. 2 HGB** die **Zustimmung** der Gesellschafter zu Fragen der Geschäftsführung **einzu-**

---

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn.32.

**holen**, wenn ein **Geschäft** über den **gewöhnlichen Betrieb** des Handelsgewerbes der Gesellschaft **hinausgeht**. Darüber hinaus kann der **Gesellschaftsvertrag** der Gesellschafterversammlung die Befugnis einräumen, der Geschäftsführung Weisungen in Angelegenheiten der Geschäftsführung zu erteilen.<sup>65</sup>

**Gegen** eine **Analogie** spricht auch bei der Kommanditgesellschaft zudem, dass diese ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage ein **tragendes Prinzip** des **Rechts** der Handelsgesellschaften **gefährden** würde. § 126 Abs. 2 HGB, der die **Unbeschränktheit** und **Unbeschränkbarkeit** der **Vertretungsbefugnis** des **Geschäftsführers** im **Außenverhältnis** statuiert, ist wie die parallelen Vorschriften § 37 Abs. 2 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 2 GenG oder § 50 Abs. 1 HGB Ausdruck des Prinzips, dass der **Handelsverkehr** auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen **Vertretungsbefugnis klare Verhältnisse** erfordert. Für den **Dritten**, der mit einem Vertreter einer Handelsgesellschaft ein Rechtsgeschäft abschließt oder Erklärungen entgegennimmt, ist es, wenn nicht **praktisch undurchführbar**, so jedenfalls **unzumutbar**, sich in jedem Einzelfall über den **Umfang der Vertretungsbefugnis** des anderen Teils **zu informieren**. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber gerade bei den Handelsgesellschaften den Umfang der organschaftlichen Vertretungsbefugnis **zwingend festgelegt**.<sup>66</sup>

Dieser Gedanke erlangt bei der **KG besonderes Gewicht**, weil der jeweilige Vertragspartner der Gesellschaft das Vorliegen eines **Gesamtvermögensgeschäfts** in der Regel **nicht zuverlässig beurteilen** kann. Eine **quantitative Abgrenzung** nach dem **Wertverhältnis** des zu übertragenden und des verbleibenden **Vermögens** ist erschwert, weil die Vermögenssituation der Personengesellschaft und der Wert ihrer Vermögens-

---

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

gegenstände aufgrund der **geringeren Bilanzpublizität** nur eingeschränkt offengelegt wird. Zudem kann der Rechtsverkehr bei den Personengesellschaften typischerweise von einer engeren **internen Abstimmung** zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern als bei einer AG **ausgehen**, was in die **Abwägung** mit dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter einzustellen ist.<sup>67</sup> Ob eine **analoge Anwendung** von **§ 179a AktG** auf die **KG** auch bei **Publikumspersonengesellschaften** ausscheidet, bei denen die Struktur einer AG angenähert ist und die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar gering sind, bedarf **keiner Entscheidung**.<sup>68</sup>

Ein unter **Missbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenes Rechtsgeschäft** kann in entsprechender Anwendung des **§ 177 Abs. 1 BGB genehmigt** werden. Dies gilt **auch** bei **organschaftlicher Vertretung**. Missachtet ein Geschäftsführer einen **Zustimmungsvorbehalt**, ist die Person bzw. das **Gremium** zur Erteilung der Genehmigung befugt, in dessen **Kompetenz** die übergangene Zustimmung fällt. Die gemäß § 184 Abs. 1 BGB **ex tunc** wirkende **Genehmigung** kann auch **konkludent** erteilt werden.<sup>69</sup> **Ob** konkludent genehmigt wurde, ist durch eine im **Revisionsverfahren** nur **eingeschränkt überprüfbare** Auslegung der Umstände zu ermitteln.<sup>70</sup> Eine **Genehmigung** schwebend unwirksamer Geschäfte durch **schlüssiges Verhalten** setzt allerdings regelmäßig voraus, dass der **Genehmigende** die Unwirksamkeit **kennt** oder zumindest mit ihr **rechnet** und in seinem Verhalten der Ausdruck des **Willens** zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich werden zu lassen.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

Ein **Genehmigungsbewusstsein** ist **nicht stets erforderlich**. Eine – auch schlüssige – Willenserklärung kann trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins vorliegen, wenn der Erklärende bei Anwendung der im **Verkehr erforderlichen Sorgfalt** hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung oder sein Verhalten nach **Treu und Glauben** und der **Verkehrssitte** als **Willenserklärung** aufgefasst werden durfte, und wenn der **Empfänger** sie auch **tatsächlich so verstanden** hat. Das gilt auch für eine nach § 185 BGB erforderliche Einwilligung oder Genehmigung.<sup>72</sup>

Der **Gesellschafter** einer **Personengesellschaft** kann seinen **Gesellschaftsanteil** mit **Zustimmung** der übrigen **Gesellschafter** auf einen Mitgesellschafter oder auf eine dritte Person durch **Verfügungsgeschäft** (§ 413 BGB) mit der Wirkung **übertragen**, dass der Erwerber, wenn nichts anderes geregelt ist, ohne weiteres in die **Rechtsstellung eintritt**, die bis dahin der Veräußerer innehatte.<sup>73</sup> Die **Zustimmung** der Mitgesellschafter zur Übertragung eines Kommanditanteils kann durch **schlüssiges Verhalten**, wie etwa einer entsprechenden **Anmeldung zum Handelsregister** erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 1984 – II ZR 208/83 – WM 1984, 1605; Urteil vom 22. April 1985 – II ZR 151/84 – WM 1985, 1143). Sie kann auch dadurch erteilt werden, dass die Gesellschafter einstimmig den die **Übertragung** ausweisenden **Jahresabschluss** der Gesellschaft **billigen**.<sup>74</sup>

#### 4.

#### Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

---

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 43.

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 46.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 52.

a)

Ein **Gesellschafter** einer GmbH kann **Ansprüche** der **Gesellschaft** aus **§ 43 Abs. 2 GmbHG** gegen ihren **Fremdgeschäftsführer** grundsätzlich **nicht im eigenen Namen geltend machen**.<sup>75</sup> Er kann seine **Klagebefugnis** in einem solchen Fall mangels Gesellschafterstellung des Fremdgeschäftsführers auch **nicht** auf eine **actio pro socio** stützen.<sup>76</sup>

Als **actio pro socio** wird die **Geltendmachung** eines **Anspruchs** aus dem Gesellschaftsverhältnis durch einen Gesellschafter im eigenen Namen **gegen** einen **Mitgesellschafter** auf **Leistung an die Gesellschaft** bezeichnet. Die Befugnis wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters. Aufgrund dieser besonderen gesellschaftsrechtlichen Beziehung kann ein Gesellschafter einen Mitgesellschafter im Interesse der Gesellschaft in Anspruch nehmen. Das Gesellschaftsverhältnis vermittelt ihm diese Befugnis aber grundsätzlich nicht gegen Personen, zu denen nur die Gesellschaft in einer Sonderrechtsbeziehung steht.<sup>77</sup>

Der Gesellschafter einer GmbH ist bei **grundsätzlichem Vorrang** der **inneren Zuständigkeitsordnung** der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, einen Mitgesellschafter aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht auf Leistung an die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. In der Verletzung der Organpflichten eines Gesellschafter-Geschäftsführers kann zugleich eine Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht liegen.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Urteil vom 25. Januar 2022 – [II ZR 50/20](#) – juris, Rn. 9.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>77</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

Die dem **Gesellschafter** hiernach zukommende **Klagebefugnis** erstreckt sich jedoch grundsätzlich **nicht** auf **Ansprüche** gegen den **Geschäftsführer**, der **nicht** zugleich **Gesellschafter** der GmbH ist. Ein Gesellschafter ist im Allgemeinen nicht befugt, den Schaden, den ein Dritter, der nicht in einer gesellschaftsrechtlichen Sonderbeziehung zu ihm steht, der GmbH zugefügt hat, als eigenen geltend zu machen (*actio pro societate*). Dies gilt auch für den Schaden, den der dem Gesellschafter nicht durch eine solche Sonderbeziehung verbundene Fremdgeschäftsführer verursacht hat.<sup>79</sup>

Der einzelne **Gesellschafter** einer **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** kann allerdings immer dann eine **Gesellschaftsforderung einklagen**, wenn er an der Geltendmachung ein berechtigtes Interesse hat, die anderen Gesellschafter die Einziehung der Forderung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigern und zudem der verklagte Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten beteiligt ist. Den klagenden Gesellschafter in einem solchen Fall auf den **umständlichen Weg** zu verweisen, zunächst die **anderen Gesellschafter** auf **Mitwirkung** an der Geltendmachung der Forderung zu verklagen, wäre bei Beteiligung des Beklagten am gesellschaftswidrigen Verhalten ein **unnötiger Umweg**. Da ein solcher Ausnahmefall hier nicht feststellbar ist, kann es auf sich beruhen, ob diese Grundsätze auf eine GmbH und ihren Fremdgeschäftsführer zu erstrecken sind.<sup>80</sup>

Eine Öffnung der Gesellschafterklage für Ansprüche der Gesellschaft **gegen** den **Fremdgeschäftsführer** im Allgemeinen ist auch nicht angezeigt.<sup>81</sup> Die **Zulässigkeit** einer **Gesellschafterklage** gegen den **Fremdgeschäftsführer** lässt sich nicht mit einer treuhänderischen Sonderrechtsbeziehung zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer begründen. Der

---

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>80</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>81</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

Fremdgeschäftsführer ist als Gesellschaftsorgan **allein** der **Gesellschaft gegenüber treuepflichtig**. Die Zuständigkeit der Gesellschafter für Bestellung und Anstellung des Geschäftsführers nach § 46 Nr. 5 GmbHG führt zu keiner rechtlichen Bindung an den einzelnen Gesellschafter. Ansprüche der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer mögen zwar als Sozialansprüche bezeichnet werden. Mit dieser begrifflichen Festlegung wird aber nichts über die Reichweite des mitgliedschaftlichen Klagerechts des Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft ausgesagt. Die Gesellschafterklage dient nicht dazu, Gleichbehandlung zwischen verklagbaren Gesellschafter-Geschäftsführern mit Fremdgeschäftsführern herzustellen.<sup>82</sup>

Aus **§ 148 AktG** lässt sich für die Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer **nichts** gewinnen. Die Vorschrift ist auf die Aktiengesellschaft zugeschnitten und schließt außerhalb ihres Anwendungsbereichs eine actio pro socio im Aktienrecht aus. Sie kann schon deshalb **kein Argument** dafür liefern, die Gesellschafterklage im GmbH-Recht unter Verzicht auf ihre Anwendungsvoraussetzungen gegen die Geschäftsleitung zuzulassen. Die **Gesellschafter** einer **GmbH** sind zudem **nicht** in vergleichbarer Weise **schutzbedürftig wie die Aktionäre**, da jene über deutlich stärkere Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte verfügen als die Aktionäre.<sup>83</sup>

Die Öffnung der Gesellschafterklage für Ansprüche gegen den Fremdgeschäftsführer ist in **rechtsformvergleichender Perspektive** auch sonst nicht veranlasst. Das am 1. Januar 2024 in Kraft tretende Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz - MoPeG) vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) lässt mit § 715b Abs. 1 Satz 2 BGB zwar zu, dass jeder Gesellschafter einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Dritten geltend

---

<sup>82</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>83</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

machen kann, wenn es der dazu berufene geschäftsführungsbefugte Gesellschafter pflichtwidrig unterlässt und der Dritte an dem pflichtwidrigen Unterlassen mitwirkte oder es kannte. Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung aber lediglich an die vom Bundesgerichtshof bereits aufgestellten Rechtsgrundsätze anknüpfen (RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BT-Drucks.19/27635, S, 155 und oben b)). Für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erhält der durch die Rechtsprechung bereits bestimmte Anwendungsbereich der Gesellschafterklage dadurch eine gesetzliche Ausformulierung. Das mag durchaus als Beitrag zur Institutionenbildung verstanden werden, der aber jedenfalls nicht für eine weitergehende Zulassung der Gesellschafterklage gegen Fremdgeschäftsführer im GmbH-Recht spricht.<sup>84</sup>

Mehr Gewicht haben die für die Einbeziehung des Fremdgeschäftsführers in die Gesellschafterklage angeführten **Effektivitäts- und Praktikabilitäts-erwägungen**. Mit der dem einzelnen Gesellschafter nach dieser Auffassung im Interesse effektiver Anspruchsdurchsetzung zuzubilligenden Klagekompetenz geht allerdings zwangsläufig die Entwertung der Kompetenzen der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG einher, die gute Gründe dafür haben mag, von der Verfolgung vermeintlicher, fragwürdiger und sogar zweifelsfreier Ansprüche gegen den Fremdgeschäftsführer abzusehen. § 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG macht die Verfolgung derartiger Ansprüche von einem Beschluss der Gesellschafter abhängig, weil dem obersten Gesellschaftsorgan überlassen werden soll, ob ein Geschäftsführer wegen einer Pflichtverletzung belangt und die damit verbundene Offenlegung innerer Gesellschaftsverhältnisse trotz der für Ansehen und Kredit der GmbH möglicherweise abträglichen Wirkung in Kauf genommen werden soll.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.



Daher ist es **vorzugswürdig**, den **Streit**, ob die **Anspruchsverfolgung** im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt oder ihm widerspricht, **zwischen den Gesellschaftern auszutragen**. Weigert sich die Gesellschafterversammlung, einen Anspruch gegen den Fremdgeschäftsführer zu verfolgen, kann jeder Gesellschafter die Rechtsverfolgung durch Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage erzwingen. Mit der Anfechtungsklage und der positiven Beschlussfeststellungsklage kann ein die Rechtsverfolgung billigender Beschluss der Gesellschafterversammlung erreicht (§ 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG) und ein **besonderer Vertreter** zur Durchsetzung des Anspruchs gegen den Fremdgeschäftsführer bestellt werden (§ 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG). Durch die Bestellung eines besonderen Vertreters kann sichergestellt werden, dass der Anspruch mit dem nötigen Nachdruck verfolgt wird. Diese Möglichkeit ist jedem Gesellschafter insbesondere dann eröffnet, wenn die Stimmabgabe gegen die Inanspruchnahme des Fremdgeschäftsführers missbräuchlich ist.<sup>86</sup>

Soweit hingegen auch Vertreter der Auffassung sind, welche die **Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer** zulassen wollen, hierfür grundsätzlich an dem Erfordernis eines Geltendmachungsbeschlusses festhalten, büßt die Gesellschafterklage ihren **prozessökonomischen Vorteil** gegenüber der Gesellschaftsklage ein, weil im Streitfall ebenfalls zwei Prozesse erforderlich werden. Wird die klageweise Erwirkung eines solchen Beschlusses, wie bei der Gesellschafterklage gegen einen Gesellschafter denkbar, im Einzelfall als unzumutbarer Umweg und deshalb als entbehrlich angesehen, begegnet dies wiederum dem Bedenken, dass der Streit über die Anspruchsverfolgung bei der Klage gegen den Fremdgeschäftsführer dem Regelungskonzept des § 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG zuwider nicht zwischen den Gesellschaftern ausgetragen werden würde.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

Der **Minderheitsgesellschafter** kann zudem, wenn die Gesellschaftermehrheit es treuwidrig unterlässt, Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen, **Schadensersatz** im Wege der actio pro socio **gegen die Mehrheitsgesellschafter** geltend machen.<sup>88</sup> Danach noch verbleibende Erschwernisse gegenüber der gegen das Organ gerichteten Direktklage rechtfertigen sich grundsätzlich daraus, dass jeder Gesellschafter die Mitgliedschaft und das sie vermittelnde Klagerecht bereits mit den sich aus der gesellschaftsrechtlichen Binnenverfassung ergebenden Beschränkungen seiner Mitgliedschaftsrechte erworben hat.<sup>89</sup>

Ob **Fallgestaltungen denkbar** sind, in denen die Rechtsverfolgung über die Verbindung von Anfechtungs- und positiver Beschlussfeststellungsklage hinter den Erfordernissen **effektiven Rechtsschutzes** zurückbleibt und dem Gesellschafter deshalb die Klage gegen den Fremdgeschäftsführer eröffnet ist, ist hier nicht zu entscheiden. Ein solcher Fall liegt nicht vor.<sup>90</sup>

**b)**

Der **für eine GmbH im Geschäftsverkehr Auftretende haftet** – gleichgültig, ob er der Geschäftsführer oder ein anderer Vertreter ist – wegen Verstoßes gegen § 4 GmbHG unter **Rechtsscheingesichtspunkten** analog **§ 179 BGB** dann, wenn er durch sein Zeichnen der Firma ohne Formzusatz das berechtigte Vertrauen des Geschäftsgegners auf die Haftung mindestens einer natürlichen Person hervorgerufen hat. § 179 BGB begründet insoweit keine allgemeine, verhaltenspflichtenorientierte Rechtsscheinhaftung, sondern eine **schuldunabhängige Garantiehaftung**, die allein auf dem Umstand basiert, dass die unmittelbar auftretende Person durch die dem Vertragspartner gegenüber abgegebene sachlich unzutreffende Erklärung den **Vertrauenstatbestand** geschaffen hat, ihm hafte zumindest eine

---

<sup>88</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

(natürliche) **Person unbeschränkt** mit ihrem **Privatvermögen**. Ob der Vertreter dabei Unterlagen verwendet hat, die er selbst zur Verfügung gestellt bekommen hat, ist ohne Bedeutung. Es ist vielmehr seine Aufgabe, dafür zu sorgen, dass das Unternehmen, für das er handelt, korrekt bezeichnet wird.<sup>91</sup>

Nichts anderes gilt, wenn es sich bei dem vertretenen Unternehmen um eine **Unternehmergeinschaft** („UG“) handelt.<sup>92</sup>

Die Unternehmergeinschaft muss gemäß § 5a Abs. 1 GmbHG in ihrer **Firma** die Bezeichnung „Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Da die Unternehmergeinschaft mit einem **ganz geringen** – das der GmbH deutlich unterschreitenden – **Stammkapital** ausgestattet sein kann, gibt es ein **besonderes Bedürfnis** des Rechtsverkehrs an einem solchen Hinweis. Denn es besteht die Gefahr, dass der Geschäftsgegner Dispositionen trifft, die er bei Kenntnis des wahren Sachverhalts ganz oder zumindest teilweise unterlassen hätte. Dem entspricht als Ausgleich die Vertrauenshaftung dessen, der die erforderliche Aufklärung nicht vornimmt.<sup>93</sup>

Die **Vertrauenshaftung** greift daher unter anderem ein, wenn der gemäß § 5a Abs. 1 GmbHG **zwingend vorgeschriebene Zusatz** – „Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ – **weggelassen** oder unzulässig abgekürzt wird. Da die **gesetzliche Vorgabe exakt** und **buchstabengetreu einzuhalten** ist, tritt die Rechtsscheinhaftung auch dann ein, wenn der Zusatz unvollständig ist, weil etwa der zwingend gebotene Hinweis "haftungsbeschränkt" fehlt. Der bloße Verweis auf die Rechtsform der Unternehmergeinschaft genügt daher als solcher

---

<sup>91</sup> Urteil vom 13. Januar 2022 – [III ZR 210/20](#) – juris, Rn. 23.

<sup>92</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>93</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

nicht, denn – anders als beim Rechtsformzusatz "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" – trägt die Unternehmergesellschaft die Haftungsbeschränkung nicht bereits im Namen. Bei Weglassen nur dieses Hinweises kann vielmehr gleichermaßen der Eindruck erweckt werden, für die Unternehmergesellschaft hafte mindestens eine natürliche Person unbeschränkt.<sup>94</sup> Unter **Vertrauens Gesichtspunkten** kann einer **Haftung entgegenstehen**, dass der **Geschäftspartner** die **wahren Haftungsverhältnisse kannte** oder kennen musste oder diese für ihn keine Rolle gespielt haben. Dies hat aber der in Anspruch genommene Vertreter darzulegen und ggf. zu beweisen.<sup>95</sup>

**c)**

Entsprechend **§ 46 Nr. 8 GmbHG** kann zur **Geltendmachung** von **Ersatzansprüchen**, die mit einer Pflichtverletzung des Geschäftsführers begründet werden, ein **besonderer Vertreter** bestellt werden, auch wenn nicht der Geschäftsführer selbst, sondern eine von ihm mittelbar beherrschte Gesellschaft in Anspruch genommen werden soll.<sup>96</sup>

§ 46 Nr. 8 GmbHG soll die **unvoreingenommene Prozessführung** der Gesellschaft in Rechtsstreitigkeiten sicherstellen, in denen die nach § 35 GmbHG an sich zur Vertretung berufenen **Geschäftsführer** insgesamt oder teilweise nicht als Vertretungsorgan in Betracht kommen, weil die Gefahr besteht, dass sie wegen der **eigenen Betroffenheit befangen** sind. Im Hinblick auf den Normzweck ist eine entsprechende Anwendung des § 46 Nr. 8 GmbHG möglich bei **Prozessen** der Gesellschaft **gegen** einen **Gesellschafter**, wenn dem Gesellschafter neben dem Geschäftsführer **die-selbe** oder eine in engem Zusammenhang stehende **Pflichtverletzung** vorgeworfen wird. In diesem Fall ist nämlich die Vertretungsmacht

---

<sup>94</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>96</sup> Urteil vom 30. November 2021 – [II ZR 8/21](#) – juris, Rn. 18.

gleichfalls nicht gegeben, wenn der Geschäftsführer auch selbst wegen der Pflichtverletzung in Anspruch genommen werden soll und deshalb gehindert ist, insoweit die Gesellschaft zu vertreten.<sup>97</sup>

Die **Kompetenz** der **Gesellschafter** aus § 46 Nr. 8 GmbHG zur **Bestellung** eines **besonderen Vertreters** ist auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die der Gesellschaft gegen eine von ihrem **Geschäftsführer mittelbar beherrschte Gesellschaft** zustehen sollen, zu erstrecken. Eine Gefährdung des Vertrauensverhältnisses und der persönlichen Beziehungen der Beteiligten ist bei einer Inanspruchnahme der vom Geschäftsführer mittelbar beherrschten Gesellschaft in gleicher Weise möglich wie bei einer unmittelbaren Inanspruchnahme des Geschäftsführers durch die Gesellschaft. In einem solchem Fall besteht ebenfalls die Gefahr, dass **Ansprüche der Gesellschaft** nicht mit dem **nötigen Nachdruck verfolgt** werden, wenn die Entscheidung darüber dem Geschäftsführer obliegt, dessen persönliche und wirtschaftliche Interessen im Hinblick auf seine mittelbare Beteiligung und Beherrschung des Anspruchsgegners betroffen sind. Ein Ersatzanspruch gegen eine von ihm wie hier vollständig beherrschte Gesellschaft ist insoweit nicht anders zu bewerten als der Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer selbst. Beschließen in dieser Situation die Gesellschafter über die Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung der Ersatzansprüche, wird der Geschäftsführer von diesem **Interessenkonflikt** entlastet.<sup>98</sup>

Der **Bestellung** eines **besonderen Vertreters** nach § 46 Nr. 8 GmbHG steht **nicht entgegen**, dass es **weitere Geschäftsführer** gibt, die nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine organschaftliche Vertretung der Gesellschaft in einem Prozess grundsätzlich übernehmen könnten. Die GmbH

---

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

muss sich in einem (Aktiv-) Prozess nicht auf ihre Vertretung durch einen weiteren Geschäftsführer verweisen lassen.<sup>99</sup> Die Gesellschafterversammlung kann einen besonderen Vertreter nach § 46 Nr. 8 GmbHG auch dann bestellen, wenn eine satzungsmäßige Vertretung der Gesellschaft im Prozess durch weitere vorhandene Geschäftsführer nach § 35 GmbHG prinzipiell möglich wäre. Die Gesellschafter müssen sich auch nicht auf die Möglichkeit verweisen lassen, kraft ihrer Weisungsbefugnis Einfluss auf den weiteren Geschäftsführer zu nehmen und die Prozessführung zur Durchsetzung der Ersatzansprüche mittels Weisungen der Gesellschafterversammlung zu lenken. Einem **weiteren Geschäftsführer** kann es in einer solchen Situation gleichfalls an der erforderlichen **Unvoreingenommenheit fehlen**, um die Interessen der Gesellschaft im Prozess zur Durchsetzung der Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer mit dem nötigen Nachdruck zu verfolgen.<sup>100</sup>

Ist ein GmbH-Gesellschafter **Alleingesellschafter** einer **Drittgesellschaft**, besteht nach **§ 47 Abs. 4 GmbHG** für ihn ein **Stimmverbot** bei einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegen diese Drittgesellschaft betrifft. Das Stimmverbot trifft eine GmbH-Gesellschafterin in gleicher Weise, wenn sie zwar nicht selbst Gesellschafterin der Drittgesellschaft ist, aber ihr Alleingesellschafter wiederum Alleingesellschafter der Drittgesellschaft ist. Dann ist die wirtschaftliche Verbindung so stark, dass man das persönliche Interesse der GmbH-Gesellschafterin und ihres Gesellschafters mit dem der Drittgesellschaft gleichsetzen kann. Das in der anderweitigen Beteiligung des Gesellschafter-Gesellschafters verkörperte Interesse schließt dann bei Entscheidungen über Rechtsgeschäfte oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits mit der Drittgesellschaft eine **unbefangene Stimmabgabe** in der Regel aus und bedeutet deshalb für die GmbH

---

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

<sup>100</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

eine erhebliche Gefahr. Eine dennoch erfolgte **Stimmabgabe** ist **nichtig** und **nicht mitzuzählen**.<sup>101</sup>

**d)**

Wird eine **GmbH** durch die rechtskräftige **Ablehnung** der **Eröffnung** des **Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der Gesellschaft mangels Masse gemäß **§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG aufgelöst**, kann sie **nicht fortgesetzt** werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Gesellschaft über ein das satzungsgemäße Stammkapital übersteigendes Vermögen verfügt und die Insolvenzgründe beseitigt wurden.<sup>102</sup>

Eine **Fortsetzung** ist **gesetzlich** in § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG **nicht vorgesehen**. Gesellschaften, die nicht einmal mehr die finanziellen Mittel zur Durchführung eines Insolvenzverfahrens besitzen, sollen im öffentlichen Interesse nach dem Willen des Gesetzgebers möglichst rasch beendet werden. Der Bundesgerichtshof hatte noch zum Konkursrecht ausgeführt, dass eine Kommanditgesellschaft auf Aktien und eine Aktiengesellschaft durch einfachen Fortsetzungsbeschluss und Zuführung neuer Mittel ohne die Kontrolle eines förmlichen Gründungsvertrags nicht in die Lage versetzt werden können, wieder am Geschäftsverkehr teilzunehmen.<sup>103</sup>

Dieser **Wille** des **Gesetzgebers** hat sich mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung und der Einführung des § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG nicht geändert. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Gegensatz zu § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG **keine Fortsetzungsmöglichkeit** vorgesehen. Nach dieser Vorschrift wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst. Wird jedoch das **Verfahren** auf Antrag des Schuldners **eingestellt** oder nach **Bestätigung** eines **Insolvenzplans**, der

---

<sup>101</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>102</sup> Beschluss vom 25. Januar 2022 – [II ZB 8/21](#) – juris, Rn. 6.

<sup>103</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

den Fortbestand der Gesellschaft vorsieht, aufgehoben, so **können** die **Gesellschafter** die **Fortsetzung** der Gesellschaft **beschließen**. Dafür, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft nur in den in § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG genannten Fällen möglich ist, spricht der Umstand, dass der Wortlaut der Norm im Zuge der Insolvenzrechtsreform des Jahres 1994 nicht erweitert worden ist.<sup>104</sup>

An einer **Erweiterung** der **gesetzlich genannten Fortsetzungsmöglichkeiten** besteht **kein Bedürfnis**. Lassen die Beteiligten eine gesetzlich eingeräumte Möglichkeit der Fortsetzung ungenutzt, ist kein Grund ersichtlich, eine nicht im Gesetz vorgesehene Möglichkeit zur Fortführung der Gesellschaft durch einen schlichten Fortsetzungsbeschluss zu eröffnen. Gegen eine Fortsetzung spricht überdies, dass dann keine gesetzliche Prüfung stattfindet, ob die Insolvenzzreife tatsächlich überwunden ist.<sup>105</sup> Damit hat der Bundesgerichtshof zugleich ausgesprochen, dass eine Fortsetzung einer GmbH, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, das aber später nach § 207 Abs. 1 InsO eingestellt worden ist, weil die Insolvenzmasse nicht ausreichte, um die Kosten zu decken, nicht möglich ist. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG sieht in diesem Fall eine Fortsetzung der Gesellschaft gerade nicht vor. Es macht aber keinen Unterschied, ob erst im Laufe des Insolvenzverfahrens die Unzulänglichkeit der Masse zur Deckung der Kosten zu Tage tritt oder bereits dieser Umstand zur Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geführt hat.<sup>106</sup>

**§ 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG** dient dem **Gläubigerschutz** (vgl. RegE EGInsO, BT-Drucks. 12/3803, S. 82) und bezweckt, eine Gesellschaft, die nicht einmal über ein Vermögen verfügt, das zur Deckung der Kosten eines Insolvenzverfahrens ausreicht, sofort von der weiteren Teilnahme am

---

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>105</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.



Rechtsverkehr auszuschließen.<sup>107</sup> Aus diesen Gründen kommt es nicht darauf an, ob alle Auflösungsgründe für die Gesellschaft beseitigt und deren Insolvenz durch Zuführung neuer Mittel nachhaltig überwunden wurde. Die **Zuführung neuer Mittel** und eine **Rangrücktrittserklärung** (eines Alleingesellschafters) können die Möglichkeit der **Fortführung** durch Gesellschafterbeschluss **nicht begründen**.<sup>108</sup>

**Belange** der **Gesellschafter** rechtfertigen **keine andere Beurteilung**. Die Gesellschafter einer GmbH haben die Möglichkeit, durch rechtzeitige Zuführung von Mitteln zur Deckung der Kosten des Insolvenzverfahrens den Anwendungsbereich des § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG zu eröffnen und die dort vorgesehene gesetzliche Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft zu nutzen. Wenn sie diese Möglichkeit nicht ergreifen, ist kein Grund ersichtlich, eine nicht im Gesetz vorgesehene Möglichkeit zur Fortsetzung der Gesellschaft durch einen schlichten Fortsetzungsbeschluss zu eröffnen.<sup>109</sup> Diese Gründe sprechen gegen eine Fortsetzungsmöglichkeit, selbst wenn die Voraussetzungen einer **wirtschaftlichen Neugründung** eingehalten sind.<sup>110</sup>

**e)**

Die Eintragung der **Löschung** der GmbH im **Handelsregister** darf nach **§ 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG** erst nach der **Beendigung** der **Liquidation** erfolgen. Diese Voraussetzung liegt jedoch nicht vor, wenn noch **verteilbares Vermögen** vorhanden ist. Verteilbares Vermögen ist nicht vorhanden, wenn die Gesellschaft über keine Vermögenswerte mehr verfügt, die für eine Gläubigerbefriedigung oder eine Verteilung unter die Gesellschafter in Betracht kommen.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>110</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>111</sup> Beschluss vom 09. November 2021 – [II ZB 1/21](#) – juris, Rn. 7, 11.

Das **Registergericht** hat die Pflicht, darüber zu wachen, dass Eintragungen im Handelsregister den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Eine **Pflicht zur Amtsermittlung** nach §§ 26, 382 FamFG besteht zumindest für deklaratorische Eintragungen **nur**, wenn entweder die **formalen Mindestanforderungen** für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn **begründete Zweifel** an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen. Vor der Eintragung der Löschung der Gesellschaft hat das Registergericht zu prüfen, ob die Liquidation tatsächlich beendet ist. Von der **Vermögenslosigkeit** kann das Registergericht ausgehen, wenn an ihr aufgrund der in der Anmeldung mitgeteilten Tatsachen keine begründeten Zweifel bestehen. Der **Umfang** der **Ermittlungstätigkeit** steht grundsätzlich im **pflichtgemäßen Ermessen** des Registerrichters und des Beschwerdegerichts. Das **Rechtsbeschwerdegericht** kann aber überprüfen, ob das vorinstanzliche Gericht die **Grenzen** seines **Ermessens überschritten** und insbesondere ohne berechtigten Grund inhaltliche Bedenken gegen eine Eintragung gesehen hat.<sup>112</sup>

Die **Möglichkeit** einer **Änderung** oder **Aufhebung** der **Steuerfestsetzung** nach § 164 Abs. 2 Satz 1 AO bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist, gegebenenfalls nach Durchführung einer Außenprüfung nach §§ 193 ff. AO, begründet für sich genommen **keine Zweifel** an der **Vermögenslosigkeit**.<sup>113</sup>

**Verteilbares Vermögen** ist **nicht** vorhanden, wenn die Gesellschaft über **keine Vermögenswerte** mehr verfügt, die für eine Gläubigerbefriedigung oder eine Verteilung unter die Gesellschafter in Betracht kommen. Die lediglich **abstrakte Möglichkeit**, dass sich noch Zugriffsmasse findet, rechtfertigt **nicht** die Annahme, dass noch verwertbares Vermögen

---

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

vorhanden ist. Ist dagegen davon auszugehen, dass ein **Anspruch** auf eine **Steuerrückerstattung** besteht, kann dies der Eintragung der Löschung der Gesellschaft entgegenstehen.<sup>114</sup>

Ob **Zweifel** an der **Vermögenslosigkeit** stets schon dann begründet sind, wenn eine **Steuererklärung noch aussteht**, oder ob ein **Erstattungsanspruch** tatsächlich in Rede stehen muss, hat der Senat offen gelassen. Die **Steuerfestsetzung** unter dem **Vorbehalt** der **Nachprüfung** basiert regelmäßig auf den **Angaben** des **Steuerpflichtigen** und es ist ungewiss, ob eine Überprüfung der Festsetzung und damit eine erneute Beurteilung eines steuerlichen Sachverhalts stattfinden wird. Zweifel an der Vermögenslosigkeit sind nach der **Bestandskraft** der Steuerfestsetzung unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts nur dann begründet, wenn **weitere Umstände** dafür sprechen, dass die Festsetzung zu Gunsten der Gesellschaft aufgehoben oder geändert werden könnte. Dies gilt auch, wenn die Aufhebung oder Änderung auf eine Außenprüfung nach §§ 193 ff. AO hin erfolgen könnte.<sup>115</sup>

Die **Steuerfestsetzung** unter **Vorbehalt** der **Nachprüfung** dient der **Beschleunigung** der **Steuerfestsetzung**. Sie soll eine rasche erste Steuerfestsetzung dadurch ermöglichen, dass die Steuer ohne besondere Prüfung allein auf Grund der Angaben des Steuerpflichtigen festgesetzt wird, wobei die spätere Überprüfung vorbehalten bleibt (RegE einer Abgabenordnung, BT-Drucks. 6/1982, S. 148; Gesetzentwurf einer Abgabenordnung der Fraktionen der SPD, FDP, BT-Drucks. 7/79, S. 93). Der Vorbehaltsbescheid entfaltet dieselben Rechtswirkungen wie ein Bescheid, der nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergeht, und bildet insbesondere die Grundlage für Verwirklichung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 218 Abs. 1 Satz 1 AO) und deren Vollstreckung (§ 249 Abs. 1 AO). Zwar kann

---

<sup>114</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>115</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

ein unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehender Bescheid sowohl aufgrund besserer tatsächlicher Erkenntnis als auch aufgrund einer geänderten rechtlichen Beurteilung ohne Einschränkung in vollem Umfang aufgehoben oder geändert werden (BFHE 189, 8, 11), sei es auf Initiative des Finanzamts oder auf Antrag des Steuerpflichtigen nach § 164 Abs. 2 Satz 2 AO. Das Finanzamt ist aber nicht verpflichtet, den Steuerfall zum Zwecke der endgültigen Erledigung nachzuprüfen, sondern hat die Möglichkeit, die Überprüfung entsprechend der zur Verfügung stehenden Zeit und der zur Verfügung stehenden Arbeitskräfte mit dem Ziel möglichst großer Effektivität zu organisieren (RegE einer Abgabenordnung, BT-Drucks. 6/1982, S. 148). Der Vorbehalt der Nachprüfung ermöglicht es dem Finanzamt daher auch, von einer Überprüfung des Steuerbescheids abzusehen und den Vorbehalt aufzuheben oder diesen mit dem Ablauf der Festsetzungsfrist nach § 164 Abs. 4 Satz 1 AO entfallen zu lassen. Diese Befugnis ist nicht von einer abschließenden Prüfung des Steuerfalls abhängig (BFHE 186, 9, 11). Hiervon ausgehend begründet der **Vorbehalt** der **Nachprüfung** für sich genommen ohne weitere Umstände **keine Zweifel** an der **Vermögenslosigkeit** der Gesellschaft.<sup>116</sup>

Die **Möglichkeit** des Finanzamts, eine **Außenprüfung** nach §§ 193 ff. AO durchzuführen, führt zu **keiner anderen Beurteilung**. Zwar kann das Ergebnis der Außenprüfung auch zu einer Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung nach § 164 Abs. 2 Satz 1 AO führen. Allein die rechtliche Möglichkeit der Außenprüfung macht eine Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung zu Gunsten der Gesellschaft jedoch nicht wahrscheinlich. Eine Außenprüfung kann grundsätzlich bis zur Verjährung der an die zu überprüfenden Besteuerungsgrundlagen anknüpfenden Steuern und, soweit die Verjährung nicht feststeht, auch darüber hinaus angeordnet werden. Ob die Außenprüfung nach § 193 Abs. 1 AO durchzuführen ist, steht

---

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

auch bei routinemäßigen Außenprüfungen im **pflichtgemäßen Ermessen** des Finanzamtes. Es besteht insbesondere kein allgemeiner Rechtssatz, dass eine Außenprüfung unverzüglich angeordnet und durchgeführt werden muss, wenn das Unternehmen veräußert, aufgegeben oder liquidiert worden ist.<sup>117</sup>

Die in Judikatur und Schrifttum **umstrittene Frage**, ob die **Beendigung** der **Liquidation** und damit die **Löschungsreife vor dem Abschluss eines Besteuerungsverfahrens** eintreten kann, hat der Senat nicht entschieden. Der **pauschale Hinweis** des **Finanzamtes** auf einen möglicherweise künftig anfallenden Abwicklungsbedarf im Rahmen einer Außenprüfung oder einer Nachprüfung der Steuerfestsetzung gemäß § 164 Abs. 2 Satz 1 AO **steht** der **Annahme der Beendigung der Liquidation nicht entgegen**.<sup>118</sup>

f)

Im **Interesse** eines **Dritten** liegende **Abwicklungsmaßnahmen ohne konkreten Vermögensbezug** können bei einer **vermögenslosen Gesellschaft** der Beendigung der Liquidation nur dann entgegenstehen, wenn dieses Interesse berechtigt ist.<sup>119</sup> Ein Steuerverfahren der Liquidatorin steht der Löschung der GmbH jedenfalls dann nicht gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entgegen, wenn sie daran nur als Erklärungspflichtige gemäß § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 153 Abs. 3 BewG zum Zwecke der gesonderten und einheitlichen Wertfeststellung der Anteilswerte beteiligt ist und die ihr obliegenden steuerrechtlichen Erklärungs- und Auskunftspflichten schon erfüllt hat.<sup>120</sup> Denn dann ist ein berechtigtes Interesse des Finanzamtes an einer weiteren Beteiligung der GmbH am Besteuerungsverfahren nicht gegeben. Die nach Erteilung der erforderlichen Auskünfte und Erklärungen

---

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>119</sup> Beschluss vom 17. Mai 2022 – [II ZB 11/21](#) – juris, Rn. 16.

<sup>120</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

allein noch verbleibende Beteiligung zum Zweck der Bekanntgabe der Einspruchsentscheidungen, d.h. der **rein passiven Entgegennahme der Zustellungen**, begründet **kein berechtigtes Interesse** des Finanzamts an einem Fortbestehen der Gesellschaft.<sup>121</sup>

Eine **Kapitalgesellschaft** bleibt auch **nach** ihrer **Löschung** im Finanzverfahren **beteiligtenfähig**. Denn die Beteiligtenfähigkeit richtet sich nicht nach der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit, sondern nach der **Steuerrechtsfähigkeit**. Steuerrechtlich besteht eine GmbH trotz ihrer Löschung im Handelsregister weiter fort, solange sie noch steuerrechtliche Pflichten zu erfüllen hat oder gegen sie ergangene Steuerbescheide angreift. Die Löschung der Gesellschaft im Register steht auch ihrer **Beiladung** nicht entgegen. Da die GmbH mit der Löschung nicht aus dem Finanzverfahren ausscheidet, ist ein **Aufschub** der **Löschung** unter diesem Gesichtspunkt **nicht erforderlich**.<sup>122</sup>

Die Beteiligtenfähigkeit bleibt auch bestehen, soweit es die **Bekanntgabe** der **Einspruchsentscheidungen** gegenüber der Antragstellerin betrifft. Diese richtet sich gemäß § 153 Abs. 5 BewG, § 181 Abs. 1 Satz 1, § 155 Abs. 1, §§ 365, 366 AO nach § 122 AO. Für die Finanzverwaltung ist damit Ziffer 2.8.3.2. des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung vom 1. Januar 2014 (BStBl. I 2014 S. 290; im Folgenden: AEAO 2014) zu § 122 AO anwendbar. Auch danach gilt eine im Handelsregister gelöschte juristische Person steuerrechtlich so lange als fortbestehend, wie sie noch steuerrechtliche Pflichten zu erfüllen hat. Nach der im Anwendungserlass in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesfinanzhofs ist eine **Kapitalgesellschaft steuerrechtsfähig**, solange ihre **Rechtsbeziehungen** zur **Finanzbehörde nicht vollständig abgewickelt** sind, sie steuerrechtliche Pflichten zu erfüllen hat oder ihr gegenüber ergangene Bescheide angreift

---

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 22 f.

<sup>122</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

(vgl. BFHE 169, 294, 296 f.). Dabei gehören zu den das Gesellschaftsverhältnis betreffenden steuerrechtlichen Rechtsbeziehungen alle Verpflichtungen, durch die eine Gesellschaft zum Steuerpflichtigen i.S.d. § 33 AO wird (vgl. BFHE 169, 294, 297). Danach ist die Gesellschaft nicht nur bis zur Abgabe ihrer Feststellungserklärung nach § 153 Abs. 1 und 3 BewG, sondern darüber hinaus auch noch bis zur Beendigung ihrer Hinzuziehung zum Einspruchsverfahren der Liquidatorin und ihres eigenen Einspruchsverfahrens steuerrechtsfähig (§ 154 Abs. 2 BewG; vgl. BFHE 122, 389, 392).<sup>123</sup>

Die **Bekanntgabe** des **Feststellungsbescheids** an die GmbH ist auch **keine Voraussetzung** für die **Wirksamkeit** und **Rechtmäßigkeit** des Feststellungsbescheids gegenüber der Liquidatorin.<sup>124</sup> Die Wirksamkeit der Bekanntgabe eines Feststellungsbescheids an einen Empfänger und die Verbindlichkeit des Bescheids diesem gegenüber sind jeweils für sich unabhängig von der Bekanntgabe des Bescheids an **andere Adressaten** zu beurteilen (vgl. BFHE 152, 10, 13; 234, 107 Rn. 31 f.). Das gilt auch für die Bekanntgabe des Feststellungsbescheids an die Antragstellerin nach § 154 Abs. 2 BewG und der Entscheidung über den diesbezüglichen Einspruch der Liquidatorin an die Antragstellerin (§ 365 Abs. 1 AO). Der Anteilshaber hat kein subjektives Recht, dass der Feststellungsbescheid nach § 154 Abs. 2 BewG auch der Kapitalgesellschaft bekannt gegeben wird. Es handelt sich lediglich um eine objektive Verpflichtung der Finanzbehörde; ein Einspruch wäre insoweit unzulässig.<sup>125</sup>

Ein **berechtigtes Interesse** des **Finanzamts** an einem Fortbestehen der Antragstellerin ergibt sich auch unter Berücksichtigung der **gebotenen Einheitlichkeit** der **Feststellungsentscheidung** (§ 154 Abs. 1 Satz 2 BewG)

---

<sup>123</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>124</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>125</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

**nicht** aus dem Gesichtspunkt der **formellen Bestandskraft** der Einspruchsentscheidungen (auch) gegenüber der Gesellschaft. Die GmbH hat durch ihren Löschantrag zu erkennen gegeben, dass ihrerseits an einer weiteren Beteiligung am Steuerverfahren einschließlich der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen das Ergebnis der Wertfeststellung kein Interesse besteht; ein solches Interesse ist insbesondere **mangels Vermögensrelevanz** der Feststellung auch sonst nicht ersichtlich.<sup>126</sup> Selbst wenn man insoweit ein berechtigtes Interesse des Finanzamts bejahen wollte, könnte dem nach Ziffer 2.8.3.2. AEAO 2014 zu § 122 AO auch dadurch Rechnung getragen werden, dass vor der Löschung ein **Bevollmächtigter** der Gesellschaft **bestellt** wird, dessen Bevollmächtigung auch die Entgegennahme von Entscheidungen der Finanzbehörde umfasst.<sup>127</sup> Für die Bekanntgabe der Entscheidung über den Einspruch der GmbH gegen ihre Hinzuziehung nach § 360 Abs. 3 AO gilt nichts anderes. Das gilt auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum **Fortbestehen** der **Gesellschaft** bei **anhängigen Aktiv- oder Passivprozessen**.<sup>128</sup>

Die **Löschung** nach **§ 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG** hat andere Voraussetzungen als eine von Amts wegen erfolgende Löschung wegen Vermögenslosigkeit der Gesellschaft gemäß **§ 394 Abs. 1 FamFG**, die insbesondere kein Liquidationsverfahren voraussetzt. Auch wenn die Vermögenslosigkeit und geschäftliche Inaktivität der Gesellschaft im Fall des § 74 Abs. 1 GmbHG (nur) Folge der durchgeführten Liquidation sein können, greift aber der einer Löschung nach § 394 Abs. 1 FamFG zugrundeliegende **Zweck**, das Handelsregister zum **Schutz des Rechtsverkehrs** von **vermögenslosen Gesellschaften** zu **bereinigen**. Die Gesellschaft besteht bis zur Löschung als Liquidationsgesellschaft mit allen Rechten und Pflichten fort.

---

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>127</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>128</sup> a.a.O., juris, Rn. 31 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 25. Oktober 2010 – [II ZR 115/09](#) –.



Trotz Abschluss ihrer vermögensbezogenen Liquidationsmaßnahmen hat sie daher auch die dafür anfallenden Kosten, etwa für die Erstellung von Bilanzen, Kammerbeiträge sowie Rechts- und Steuerberatungskosten, zu tragen.<sup>129</sup>

## 5. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft (im Folgenden: AG) ist das nachfolgende Urteil des II. Zivilsenats vom 18. Januar 2022 ergangen.

Die in **Unternehmensverträgen** im Sinn des **§ 291 AktG** enthaltenen körperschaftsrechtlichen Bestimmungen sind wie solche in Satzungen **objektiv auszulegen**. Die Auslegung hat deshalb einheitlich und gleichmäßig allein anhand des Vertrags zu erfolgen. **Wortlaut, Sinn und Zweck** der Regelung kommt dabei ebenso maßgebende Bedeutung zu wie dem **systematischen Bezug** der auszulegenden zu anderen Vertragsbestimmungen. Umstände, für die sich keine ausreichenden Anhaltspunkte in dem Vertrag finden, können zur Auslegung grundsätzlich **nicht** herangezogen werden. Das gilt insbesondere für die **Entstehungsgeschichte** des Vertrags, **Vorentwürfe** und **Äußerungen** sowie die Vorstellungen von Personen, die den Vertrag mitgeschaffen und an seiner Abfassung mitgewirkt haben. Die Auslegung einer unternehmensvertraglichen Bestimmung mit körperschaftsrechtlichem Charakter kann in der **Revisionsinstanz** selbständig, das heißt ohne Bindung an die Auslegung in der Vorinstanz vorgenommen werden.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>130</sup> Urteil vom 18. Januar 2022 – [II ZR 71/20](#) – juris, Rn. 15.

Nichts anderes gilt für **körperschaftsrechtliche Bestimmungen** in Vereinbarungen, mit denen ein **Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag** mit einer **GmbH** als **Untergesellschaft aufgehoben** wird. Mit der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ist ein Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft verbunden. Ebenso wie der Abschluss eines solchen Unternehmensvertrags keinen rein schuldrechtlichen Charakter hat, sondern als **gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag** den rechtlichen Status der Untergesellschaft ändert, hat auch die Aufhebung nicht nur schuldrechtliche Wirkung und unterliegt daher grundsätzlich denselben Regeln.<sup>131</sup>

Bei **Aufhebung** eines **Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags** kann die eigenständige **Lebensfähigkeit** der Untergesellschaft wegen der vorherigen Ausrichtung auf das Konzerninteresse **zweifelhaft** erscheinen, weil die Obergesellschaft jetzt nicht mehr zum Verlustausgleich nach § 302 AktG verpflichtet ist. Die mit der Aufhebung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags verbundene Vereinbarung einer **Entschädigung** als Ersatz für die vor der vereinbarten Vertragsdauer wegfallende Verlustübernahmeverpflichtung bzw. zur Sicherung der eigenständigen Lebensfähigkeit der Untergesellschaft betrifft deren Organisationsstruktur und hat deshalb körperschaftsrechtlichen und nicht lediglich individualrechtlichen Charakter. Der Umstand, dass die Untergesellschaft ihren **Verlustausgleichsanspruch verliert**, ist prägend für die Einordnung eines Aufhebungsvertrags als **nicht lediglich schuldrechtliche Vereinbarung**. Zudem spricht für die Einordnung der Vereinbarung einer Entschädigung für den Wegfall des Verlustausgleichsanspruchs und zur Sicherung der Überlebensfähigkeit der Untergesellschaft als körperschaftsrechtlich, dass ein solcher Anspruch Bedeutung für gegenwärtige und künftige Gesellschafter sowie Gläubiger der Gesellschaft hat.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>132</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

Es sind keine Gründe ersichtlich, warum es den **Parteien** eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags verwehrt sein sollte, zu **vereinbaren**, die **Untergesellschaft** für die Zeit nach Beendigung eines solchen Unternehmensvertrags **finanziell abzusichern**.<sup>133</sup>

Zwar hält die heute überwiegende Auffassung im Schrifttum die **Obergesellschaft nicht für verpflichtet**, der **Untergesellschaft finanzielle Mittel** zur Verfügung zu stellen, um deren Überleben nach dem Wegfall der Verlustausgleichspflicht zu sichern. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, die Parteien könnten eine entsprechende Absicherung nicht vereinbaren. Die Begründung eines solchen Anspruchs der Untergesellschaft kann insbesondere dem bereits genannten Umstand Rechnung tragen, dass die eigenständige Lebensfähigkeit der früher abhängigen Gesellschaft wegen der vorherigen Ausrichtung auf das Konzerninteresse nach dem Wegfall der Verlustausgleichspflicht zweifelhaft erscheint.<sup>134</sup> Es widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, dass rechtlich beratene am Wirtschaftsleben beteiligte Unternehmen bewusst sinnwidrige Vereinbarungen treffen. Die Vertragsbeteiligten wollen im Zweifel etwas Vernünftiges. Es gilt, diesem Willen auch im Rahmen der objektiven Auslegung nach Möglichkeit Geltung zu verschaffen.<sup>135</sup>

Nach **§ 302 Abs. 1 AktG** hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden **Jahresfehlbetrag auszugleichen**, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, dass den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind. Im **Vertragskonzern** mit einer **GmbH als Untergesellschaft** ist der Rechtsgedanke des **§ 302 AktG** entsprechend

---

<sup>133</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>134</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>135</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

anzuwenden. Die Höhe des von der Obergesellschaft geschuldeten Ausgleichs nach § 302 AktG wird durch den sich bei objektiv ordnungsgemäßer Bilanzierung zum Bilanzstichtag ergebenden fiktiven Jahresfehlbetrag bestimmt. Endet der Unternehmensvertrag vor Ablauf eines Geschäftsjahrs, ist das herrschende Unternehmen zum Ausgleich der Verluste verpflichtet, die bis zu diesem Stichtag des **Rumpfgeschäftsjahrs** entstanden sind.<sup>136</sup>

Maßgeblich für den Anspruch aus § 302 AktG ist der sonst bei der abhängigen Gesellschaft entstehende, **fiktive Jahresfehlbetrag**, wie er in der Gewinn- und Verlustrechnung der abhängigen Gesellschaft auszuweisen wäre, wenn ihm nicht der Anspruch gegen den anderen Vertragsteil gegenüberstünde. Tatsächlich kann sich bei der Aufstellung des handelsrechtlichen Jahresabschlusses ein Jahresfehlbetrag nicht ergeben, weil aus § 277 Abs. 3 Satz 2 HGB folgt, dass der Ertrag aus Verlustübernahme in die Gewinn- und Verlustrechnung eingeht. Der lediglich für die Berechnung des Verlustausgleichs maßgebliche fiktive Jahresfehlbetrag ist daher vorab zu ermitteln. Ob hierzu eine **Vorbilanz** aufzustellen, oder ob die Berechnung auch ohne formalisierte Vorbilanz möglich ist, kann dahinstehen. Jedenfalls ist im Vertragskonzern der auszugleichende Jahresfehlbetrag nicht das Ergebnis des handelsrechtlichen Jahresabschlusses, sondern gemäß § 277 Abs. 3 Satz 2 HGB in diesen einzustellen, weshalb er vorab in einer eigenen, allein diesem Zweck dienenden Berechnung ermittelt werden muss.<sup>137</sup>

Haben die Parteien eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags bei der Aufhebung des Unternehmensvertrags vereinbart, dass der Untergesellschaft zur finanziellen Absicherung für die Zeit nach Vertragsbeendigung eine **Zahlung tatsächlich zufließen** soll, ist die Forderung bei der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags auf den Aufhebungsstichtag

---

<sup>136</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>137</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

nicht zu berücksichtigen.<sup>138</sup> Würde man die Entschädigungsforderung im ablaufenden Rumpfgeschäftsjahr 2016 bei der Ermittlung des fiktiven Jahresfehlbetrags der Klägerin ansetzen, führte dies zu einem vollständigen Ausgleich des ohne Berücksichtigung der Entschädigungsforderung Fehlbetrags. Da die Entschädigungsforderung diesen fiktiven Jahresfehlbetrag übersteigt, hätte dies zudem einen Jahresüberschuss zur Folge. Ginge man davon aus, dass dieser Jahresüberschuss wiederum Gegenstand der Verpflichtung zur Abführung des ganzen Gewinns i.S.d. § 291 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 AktG wäre, würden der Gesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis keine Mittel zufließen. Die vereinbarte finanzielle Absicherung für die Zeit nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags wäre unabhängig von ihrer Höhe wertlos. Um dieses ersichtlich **sinnwidrige Ergebnis** zu vermeiden und dem im Aufhebungsvertrag zum Ausdruck kommenden Parteiwillen Geltung zu verschaffen, hat der **Entschädigungsbetrag**, der nach der Parteivereinbarung tatsächlich zufließen sollte, **bei der Berechnung** des "sonst entstehenden Jahresfehlbetrags" im Sinn des § 302 AktG **außer Betracht zu bleiben**.<sup>139</sup>

Die **Nichtberücksichtigung** der **Zahlung** bei der **Berechnung** des **fiktiven Jahresfehlbetrags** führt dazu, dass diese, wie vereinbart, als Ersatz für den vorzeitigen Wegfall der Verlustausgleichspflicht das **wirtschaftliche Überleben** der Untergesellschaft **sichern kann** und entspricht deshalb dem Sinn und Zweck der aus § 302 Abs. 1 AktG folgenden Verlustausgleichspflicht, die gerade dem Schutz der Untergesellschaft und ihrer Gläubiger dient. Auch die von den **handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften** verfolgten Zwecke stehen der gefundenen Lösung nicht entgegen. Da durch die Nichtberücksichtigung der Forderung in der Berechnung des fiktiven Jahresfehlbetrags keine abschließende Entscheidung darüber getroffen wird, ob und in welcher Höhe die Forderung im

---

<sup>138</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>139</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

Jahresabschluss der Untergesellschaft Berücksichtigung findet, ist weder das Vollständigkeitsgebot berührt (§ 246 Abs. 1 Satz 1 HGB) noch wird der mit §§ 242, 264 HGB bezweckte Anleger- und Gläubigerschutz beeinträchtigt.<sup>140</sup>

## 6. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

### a)

Der **Wert** des **Klageantrags**, einen **Einziehungs- oder Ausschlussbeschluss** für **nichtig** zu erklären, richtet sich regelmäßig nach dem **Verkehrswert** des **Geschäftsanteils** des betroffenen Gesellschafters einer GmbH. Der Wert der Beschwer einer beklagten GmbH, die sich gegen ein kassatorisches Urteil hinsichtlich eines Beschlusses über die Einziehung eines Geschäftsanteils oder den Ausschluss eines Gesellschafters wendet, richtet sich nach ihrem Interesse an der Wirksamkeit jenes Beschlusses. Maßstab der Bewertung ist dafür grundsätzlich ebenfalls der Verkehrswert des Geschäftsanteils des betroffenen Gesellschafters. Legen die beklagte GmbH und ein sie als streitgenössischer Nebenintervenient unterstützender Gesellschafter selbständige Rechtsmittel gegen ein im Beschlussanfechtungs- bzw. Nichtigkeitsfeststellungsprozess ergangenes kassatorisches Gestaltungsurteil ein, so findet hinsichtlich der Beschwer jedenfalls wegen des einheitlichen Streitgegenstands und der einheitlichen Urteilswirkungen keine Wertaddition statt. Anknüpfungspunkt für den Wert kann die Abfindung sein, weil die Abfindung grundsätzlich auf den Verkehrswert des

---

<sup>140</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

Geschäftsanteils, mithin den Betrag gerichtet ist, den ein Dritter als Erwerber zahlen würde.<sup>141</sup>

Werden im Wege einer **objektiven Klagehäufung** mehrere Beschlüsse angefochten, wird der **Streitwert** für **jeden** angefochtenen **Beschluss** zwar grundsätzlich **gesondert festgesetzt** und gemäß § 5 ZPO, § 39 Abs. 1 GKG ein **Gesamtstreitwert** gebildet. Etwas **anderes** gilt aber, wenn bei **wirtschaftlicher Betrachtung** der angefochtenen Beschlüsse ein i.S.v. § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG **identischer Streitgegenstand** vorliegt.<sup>142</sup> Das ist der Fall, wenn die Einziehung der Geschäftsanteile nach der Formulierung der Beschlüsse nur für den Fall zum Tragen kommen soll, dass die zwangsweise Abtretung der Anteile ganz oder teilweise unwirksam wäre. Beide Beschlüsse sind dann wirtschaftlich auf den identischen Streitgegenstand, die Beendigung der Gesellschafterstellung gerichtet.<sup>143</sup>

**b)**

Wird eine **Gesellschaft** auf **Auskunftserteilung** in Anspruch genommen, so bemisst sich der gemäß § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzende Beschwerdewert für das Rechtsmittel der zur Auskunft verurteilten Partei nach ihrem Interesse, die Auskunft nicht erteilen zu müssen. Dabei ist im Wesentlichen darauf abzustellen, welchen Aufwand an Zeit und Kosten die Erteilung der Auskunft erfordert und ob die verurteilte Partei ein schützenswertes Interesse daran hat, bestimmte Tatsachen vor dem Gegner geheim zu halten. Die Kosten für die Hinzuziehung von sachkundigen Hilfspersonen wie zum Beispiel einem Steuerberater können nur dann berücksichtigt werden, wenn sie zwangsläufig entstehen, weil der Auskunftspflichtige zu einer sachgerechten Auskunftserteilung allein nicht in der Lage ist. Diese zur

---

<sup>141</sup> Beschluss vom 08. März 2022 – [II ZR 51/21](#) – juris, Rn. 2.

<sup>142</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>143</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

Auskunftserteilung entwickelten Grundsätze gelten auch für die Verurteilung zur **Einsichtsgewährung** in Unterlagen.<sup>144</sup>

Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Bemessung der Beschwer nur darauf prüfen, ob das Berufungsgericht von dem nach § 3 ZPO eingeräumten Ermessen rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht hat. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn das Gericht bei der Bewertung des Beschwerdegegenstands maßgebliche Tatsachen verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt oder erhebliche Tatsachen unter Verstoß gegen seine Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) nicht festgestellt hat. Denn der Sinn des dem Berufungsgericht eingeräumten Ermessens würde verfehlt, wenn das Rechtsbeschwerdegericht berechtigt und verpflichtet wäre, ein vom Berufungsgericht fehlerfrei ausgeübtes Ermessen durch eine eigene Ermessensentscheidung zu ersetzen.<sup>145</sup>

**c)**

Die Rüge der **mangelnden Sicherheitsleistung** für die **Prozesskosten** gehört zu den die **Zulässigkeit** der **Klage** betreffenden **verzichtbaren Rügen** im Sinn von § 532 ZPO, die gemäß § 282 Abs. 3 ZPO grundsätzlich **vor der ersten Verhandlung** zur Hauptsache, und zwar **für alle Rechtszüge**, erhoben werden müssen. Da über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten nur einmal und nicht in jeder Instanz erneut entschieden werden soll, ist in der **Revisionsinstanz** bzw. im Verfahren der **Nichtzulassungsbeschwerde** die Rüge der mangelnden Sicherheitsleistung **nur zulässig**, wenn die Voraussetzungen für die Sicherheitsleistung **erst** in dieser Instanz **eingetreten** sind oder wenn die Rüge in den Vorinstanzen **ohne Verschulden nicht erhoben** worden ist (§§ 111, 532 ZPO). Sie kann in der Revisionsinstanz bzw. im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde insbesondere dann nicht mehr erhoben werden, wenn

---

<sup>144</sup> Beschluss vom 22. Februar 2022 – [II ZB 5/21](#) – juris, Rn. 11.

<sup>145</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.



die Voraussetzungen für eine Sicherheitsleistung bereits in der Berufungsinstanz vorlagen, Sicherheit aber nur für die Kosten erster und zweiter Instanz verlangt wurde.<sup>146</sup>

Ein entsprechender **drittinstanzlicher Antrag** ist, soweit er **erneut** auf eine Sicherheitsleistung für die **ersten beiden Instanzen** gerichtet ist, bereits wegen der darüber schon ergangenen Entscheidung des Berufungsgerichts im Berufungsurteil **unzulässig**. Das **Berufungsurteil** kann mit dem dafür vorgesehenen Rechtsmittel **angefochten** und in diesem Rahmen auch die Zurückweisung der Rüge der mangelnden Sicherheitsleistung zur Überprüfung gestellt werden.<sup>147</sup>

Bezüglich der **Prozesskosten** der **dritten Instanz** ist der **Antrag** auf **Sicherheitsleistung ausgeschlossen**, wenn der Antragsteller im Berufungsverfahren ausdrücklich nur eine Sicherheitsleistung für die Kosten erster und zweiter Instanz beantragt hat, obwohl die Voraussetzungen für eine Sicherheitsleistung – nach Auffassung des Antragstellers – auch für die Kosten der dritten Instanz bereits vorlagen. Ein Fall des § 111 ZPO liegt damit nicht vor. Das Verlangen kann auch nicht auf § 112 Abs. 3 ZPO gestützt werden, da danach die Leistung einer "weiteren" Sicherheit nur verlangt werden kann, wenn sich eine bereits angeordnete und geleistete Sicherheit im Laufe des Rechtsstreits als nicht ausreichend erweist.<sup>148</sup> Der **Antrag** könnte aber **zugelassen** werden, wenn die **andere Prozesspartei** die **Verspätung** des Antrags **nicht rügt**.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Beschluss vom 08. März 2022 – [II ZR 41/21](#) – juris, Rn. 5; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

<sup>147</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

<sup>148</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>149</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

Karlsruhe, den 13. Juli 2022

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann