

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2020**

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

In der nachstehenden Übersicht sind die im 2. Halbjahr 2020 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.<sup>1</sup> Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.<sup>2</sup>

### **1.**

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

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

##### **a)**

Von der **Pfändung** des **Anteils** an einer GbR wird die Gesamtheit der Gesellschafterrechte des Schuldners erfasst, soweit diese ihrerseits pfändbar

---

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

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

sind. Die mit der Pfändung gegebene Verstrickung der aus der Mitgliedschaft folgenden übertragbaren Vermögensrechte erfasst den **Gewinnanteil** und den **Auseinandersetzungsanspruch** bzw. den Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens (§ 734 BGB) sowie sonstige gesellschaftsvertraglich begründete Ansprüche. Im Umfang der bewirkten Pfändung ist eine Verfügung über die von ihr erfassten Ansprüche gegenüber dem Pfändungsgläubiger nach §§ 135 Abs. 1 Satz 1, 136 BGB unwirksam.<sup>3</sup>

**b)**

Für die **Verbindlichkeiten** einer **BGB-Gesellschaft haften** neben dem **Gesellschaftsvermögen** die **Gesellschafter analog § 128 HGB** grundsätzlich **akzessorisch, persönlich, primär und unbeschränkt**. Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft von einem Gläubiger in Anspruch genommen, so kann er neben den **Einwendungen**, die in seiner Person begründet sind, **analog § 129 Abs. 1 HGB** auch alle Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Art in dem Umfang geltend machen, in welchem sie der Gesellschaft selbst zum Zeitpunkt ihrer Erhebung durch den Gesellschafter zustehen. Aus dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 HGB ergibt sich, dass die Gesellschafterhaftung grundsätzlich und gerade auch hinsichtlich aller Einwendungen zugunsten und zuungunsten des Gesellschafters mit der jeweiligen Gesellschaftsverbindlichkeit übereinstimmen soll. Der einzelne Gesellschafter hat inhaltlich die gleiche Leistung zu erbringen wie die Gesellschaft selbst; denn die eigentlich geschuldete Leistung ist die Erfüllung der Schuld der Gesellschaft. Der Gesellschafter soll vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme für eine Gesellschaftsschuld, die nicht oder nicht so besteht, geschützt werden. Die jeweilige Gesellschaftsschuld bestimmt deshalb den Inhalt der Gesellschafterhaftung und Umstände, welche die Gesellschaftsschuld inhaltlich beeinflussen, verändern zugleich die Verbindlichkeit des Gesellschafters.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Beschluss vom 22. September 2020 – [II ZR 437/18](#) – juris, Rn. 20.

<sup>4</sup> Urteil vom 29. September 2020 – [II ZR 112/19](#) – juris, Rn. 27.

c)

Die **gesellschaftsrechtliche Treuepflicht** schließt gegenüber der Gesellschaft die Pflicht ein, deren Interessen wahrzunehmen und geschäftsschädigende Handlungen zu unterlassen. Gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern gebietet sie, in dem durch den Gesellschaftszweck vorgegebenen mitgliedschaftlichen Bereich bei der Verfolgung der eigenen Interessen an der Beteiligung auf die Belange der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen. Der **Gesellschaftsvertrag** bildet die **Grundlage** der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang. Grundlage der Treuepflichten eines Gesellschafters kann stets nur die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechnete Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter sein. Erlaubt das eingegangene Gesellschaftsverhältnis insoweit keine **berechnete Erwartungshaltung** gegenüber einzelnen Gesellschaftern, besteht auch keine Treuepflicht, diese zu erfüllen.<sup>5</sup>

d)

Maßgeblich für die **rechtliche Einordnung** einer **Beteiligung** (an einer Gesellschaft) ist **nicht** ihre **Bezeichnung**, sondern ihr **vertraglich vereinbarter Inhalt**, der sich aus dem in der Beitrittserklärung in Bezug genommenen Gesellschafts- und Treuhandvertrag und ggf. einer Zusatzvereinbarung ergibt.<sup>6</sup> Sind Zahlungen nach den vertraglichen Vereinbarungen mit **gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschafts- und Mitspracherechten** verbunden und nehmen die Einzahlenden am **Verlust** der Gesellschaft teil, handelt es sich um **gesellschaftsrechtliche Einlagezahlungen**<sup>7</sup> und **nicht** um ein erlaubnispflichtiges **Bankgeschäft** i.S.v. § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG. Eine **gegenteilige Bewertung** durch Bescheid der **BaFin** ist für das zivilrechtliche Verfahren insoweit **nicht bindend** ist.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Urteil vom 29. September 2020 – [II ZR 112/19](#) – juris, Rn. 31 f.

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>8</sup> Urteil vom 04. August 2020 – [II ZR 174/19](#) – juris, Rn. 21, 34.

In der **Liquidation** der GbR ist die **Anfechtung** der Beteiligung wegen Arglist durch einen Gesellschafter ebenso wie ihre **außerordentliche Kündigung ausgeschlossen**, da es bei Auflösung der Gesellschaft vor der Anfechtungs- bzw. Kündigungserklärung des Gesellschafters nicht mehr erforderlich ist, ihm das Ausscheiden auf diesem Wege zu gewähren, und das Interesse an einer reibungslosen und zügigen Liquidation ein gesondertes Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters während des Auseinandersetzungsverfahrens verbietet.<sup>9</sup>

**e)**

Die **Nachhaftung** des **Gesellschafters** einer GbR, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens **Wohnungseigentümerin** ist, erstreckt sich auf **Beitragspflichten**, die auf nach seinem Ausscheiden von den Wohnungseigentümern gefassten Beschlüssen beruhen; auch insoweit handelt es sich um Altverbindlichkeiten i.S.v. § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB.<sup>10</sup>

Scheidet ein **Gesellschafter** einer GbR aufgrund einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bei Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** über **sein Vermögen** aus der Gesellschaft aus (vgl. § 736 Abs. 1 BGB), finden nach **§ 736 Abs. 2 BGB** die für Personenhandelsgesellschaften geltenden Regelungen über die **Begrenzung** der **Nachhaftung** sinngemäß Anwendung. Diese Regelungen werden in **§ 160 HGB** getroffen, der gemäß der Übergangsvorschrift des Art. 35 Abs. 1 EGHGB Anwendung findet. Nach § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB haftet ein Gesellschafter, der aus der Gesellschaft ausscheidet, für ihre bis dahin begründeten Verbindlichkeiten (sog. **Altverbindlichkeiten**), wenn sie vor **Ablauf** von **fünf Jahren** nach dem Ausscheiden **fällig** und daraus Ansprüche gegen ihn in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB bezeichneten Art **festgestellt** sind oder eine gerichtliche oder behördliche **Vollstreckungshandlung** vorgenommen oder beantragt wird, wobei es aufgrund der Verweisung in § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB auf die Vorschriften der §§ 204 ff. BGB für die Nachhaftung ausreicht, dass die Verbindlichkeit

---

<sup>9</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>10</sup> Urteil vom 03. Juli 2020 – [V ZR 250/19](#) – juris, Rn. 17.

gegenüber dem Gesellschafter gerichtlich geltend gemacht wird.<sup>11</sup> Bei der GbR kann – anders als bei einer Personenhandelsgesellschaft – für den Beginn der Fünfjahresfrist nach § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB **nicht** an die **Publizität** durch **Registereintragung** des Ausscheidens angeknüpft werden; die **Frist** beginnt aufgrund der in § 736 Abs. 2 BGB angeordneten sinnngemäßen Anwendung der Norm mit der **positiven Kenntnis** des jeweiligen Gläubigers von dem **Ausscheiden** des Gesellschafters aus der Gesellschaft.<sup>12</sup>

Ob eine Forderung eine „bis dahin begründete Verbindlichkeiten“ i.S.v. § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB darstellt, hängt weder von dem Zeitpunkt ihres Entstehens noch von dem Eintritt ihrer Fälligkeit ab. **Altverbindlichkeiten** in diesem Sinne sind vielmehr alle Schuldverpflichtungen, deren Rechtsgrundlage bis zum Ausscheiden des Gesellschafters gelegt worden ist, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später entstehen und fällig werden.<sup>13</sup> Bei einem **gesetzlichen Schuldverhältnis** kommt es für die Abgrenzung von Alt- und Neuverbindlichkeiten darauf an, ob der das Schuldverhältnis begründende Tatbestand bereits vor dem Ausscheiden des Gesellschafters erfüllt war. So besteht etwa eine **Nachhaftung** des ausscheidenden Gesellschafters für den aus **§§ 670, 677, 683 BGB** folgenden Anspruch des Grundstückseigentümers, der eine von ihm als Sicherheit für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestellte **Grundschild** nach dem Ausscheiden des Gesellschafters durch Zahlung ablöst. Denn der Sicherungsgeber erwirbt bereits mit der Bestellung der Grundschild (dem Grunde nach) gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die ihm aus diesem Geschäft entstanden sind oder noch entstehen. Ebenso liegt bei einem Anspruch aus **ungerechtfertigter Bereicherung** wegen einer rechtsgrundlosen Leistung des Bereicherungsgläubigers grundsätzlich eine Altverbindlichkeit vor, wenn der vermeintliche Rechtsgrund, auf den

---

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

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

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

geleistet wurde, bereits beim Ausscheiden bestand; der **Zeitpunkt** der **Leistungshandlung** des **Gläubigers** ist **ohne Bedeutung**.<sup>14</sup>

Somit hängt die Frage, ob der Beitrag, zu dem eine Eigentümer-GbR durch einen nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters gefassten **Beschluss** der **Wohnungseigentümer** herangezogen wird, als **Alt- oder Neuverbindlichkeit** anzusehen ist, davon ab, ob der **Rechtsgrund** für die Beitragspflicht eines Wohnungseigentümers bereits mit dem Erwerb des Wohnungseigentums gelegt wird oder ob er erst mit dem jeweiligen Beschluss der Wohnungseigentümer, den Beitrag zu erheben, entsteht.<sup>15</sup> Zwar erlaubt das Wohnungseigentumsgesetz auf den ersten Blick beide Deutungen. Die Beitragsleistungen werden jedoch als konkrete Verbindlichkeiten nur entweder kraft des von den Wohnungseigentümern beschlossenen Wirtschaftsplans als Vorschüsse oder kraft der von den Wohnungseigentümern gebilligten Jahresabrechnung geschuldet (§ 28 Abs. 5 WEG). Geltungsgrund für die insoweit konkretisierte Beitragspflicht ist in beiden Fällen der Beschluss der Wohnungseigentümer.<sup>16</sup> Die Nachhaftung des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zum Zeitpunkt seines Ausscheidens Wohnungseigentümerin ist, erstreckt sich daher auf Beitragspflichten, die auf nach seinem Ausscheiden von den Wohnungseigentümern gefassten Beschlüssen beruhen; auch insoweit handelt es sich um Altverbindlichkeiten i.S.v. § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB.<sup>17</sup>

**f)**

Auch eine **Gesellschaft** bürgerlichen Rechts, die keine Publikumsgesellschaft ist, kann **nach** ihrer **Auflösung**, vertreten durch den Liquidator, gemäß § 735 BGB **Nachschüsse einfordern**, auch wenn dies nur noch dem Ausgleich unter den Gesellschaftern dient.<sup>18</sup>

---

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

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

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

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

<sup>18</sup> Urteil vom 27. Oktober 2020 – [II ZR 150/19](#) – juris, Rn. 11.

**Drittgläubigeransprüche** eines Gesellschafters sind Ansprüche, die ihre **Grundlage nicht im Gesellschaftsvertrag**, sondern in einem davon **unabhängig** mit der Gesellschaft abgeschlossenen **Rechtsgeschäft** haben. In der Liquidation betreffen sie **nicht den internen Ausgleich** und unterliegen dementsprechend **keiner Durchsetzungssperre**.<sup>19</sup>

Bei einer Publikumsgesellschaft ist der Liquidator nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch ohne entsprechende gesellschaftsvertragliche Ermächtigung befugt, namens der Gesellschaft rückständige Einlagen oder Nachschüsse nach § 735 BGB zum Zweck des internen Gesellschafterausgleichs einzufordern. Ob diese Befugnis auch bei anderen Personengesellschaften besteht, ist in der jüngeren Rechtsprechung hingegen offengeblieben.<sup>20</sup> In der Literatur ist die Frage umstritten.<sup>21</sup> Der II. Zivilsenat schließt sich der im Vordringen begriffenen Meinung an. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann danach, auch wenn sie keine Publikumsgesellschaft ist, durch ihren Liquidator Nachschüsse gemäß § 735 BGB einfordern, selbst wenn dies nur noch dem Ausgleich unter den Gesellschaftern dient.<sup>22</sup>

Nach **Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft** bürgerlichen Rechts sind **Ausgleichsansprüche** der Gesellschafter nicht mehr als reine Ansprüche der Gesellschafter untereinander anzusehen, sondern als **Sozialansprüche** bzw. Sozialverbindlichkeiten der Gesellschaft. **Gläubigerin des Anspruchs** auf Nachschuss gemäß **§ 735 BGB** ist die **Gesellschaft**. Dieser Anspruch umfasst auch den **Ausgleich** eines durch die Rückerstattung von Einlagen entstehenden **Fehlbetrags** (§ 733 Abs. 2, § 735 Satz 1 Alt. 2 BGB). Solange der Gesellschaft noch ein Anspruch auf Nachschuss gemäß § 735 BGB zusteht, ist ihre **Vollbeendigung nicht eingetreten**. Sie besteht als Rechtssubjekt fort und wird vorbehaltlich einer

---

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

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

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

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

anderweitigen gesellschaftsvertraglichen Regelung durch ihre Liquidatoren vertreten.<sup>23</sup>

Zur Geltendmachung des **Auseinandersetzungsguthabens** nach der Auflösung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedarf es **keiner** von den Gesellschaftern festgestellten **Auseinandersetzungsbilanz**, wenn kein zu liquidierendes Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist. In diesem Fall kann der Gesellschafter, der für sich ein Guthaben beansprucht, dieses aufgrund einer **vereinfachten Auseinandersetzungsrechnung** unmittelbar gegen den ausgleichspflichtigen Gesellschafter geltend machen; Streitpunkte über die Richtigkeit der Schlussrechnung sind in diesem Prozess zu entscheiden. Dieser Möglichkeit, bei überschaubaren Verhältnissen, namentlich in einer **Zweipersonengesellschaft**, den internen Ausgleich auf der Grundlage einer vereinfachten Auseinandersetzungsrechnung unmittelbar unter den Gesellschaftern vornehmen zu können, steht die Existenz zum internen Ausgleich benötigter Nachschussansprüche nicht entgegen; es genügt die vorherige Abwicklung des übrigen Gesellschaftsvermögens.<sup>24</sup> Wählt ein ausgleichsberechtigter Gesellschafter bei Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen den eben beschriebenen einfacheren Weg des unmittelbaren Ausgleichs, entfällt sein gegen die Gesellschaft gerichteter **Anspruch** auf **Einlagenrückgewähr** und damit zugleich der korrespondierende Nachschussanspruch der Gesellschaft gegen den anderen Gesellschafter.<sup>25</sup>

Die **Fälligkeit** des **Anspruchs** auf **Nachschuss** (§ 735 BGB) hängt zwar grundsätzlich von der **Feststellung** der **Schlussrechnung** ab. Allerdings ergibt sich der Nachschussanspruch als solcher bereits aus dem Gesetz (§ 735 BGB) und besteht unabhängig von der Zustimmung des einzelnen Gesellschafters. Die Feststellung der zugrundeliegenden Schlussrechnung

---

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

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

bildet lediglich eine im **Regelfall** notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs. Liegen die Voraussetzungen für einen unmittelbaren Ausgleich auf der Grundlage einer vereinfachten Auseinandersetzungsrechnung vor, bedarf es keiner vorherigen Bilanzfeststellung.<sup>26</sup>

## 2. Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

### a)

Ist die **Komplementärin** ausweislich des die KG betreffenden Handelsregisterauszuges befugt, im Namen der KG mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen (§ 181 BGB), hat eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Beschränkungen auf die im **Außenverhältnis umfassende Vertretungsbefugnis** der Komplementärin grundsätzlich keinen Einfluss (**Abstraktionsgrundsatz**).<sup>27</sup>

Handelt der Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht, führt dies grundsätzlich zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung des Vertretenen. Das **Risiko** einer **missbräuchlichen Verwendung** der Vollmacht hat grundsätzlich der Vertretene zu tragen. Die Missachtung von Regeln und Weisungen, die sich aus dem Innenverhältnis des Vertreters zum Vertretenen ergeben, wirkt sich erst dann im Außenverhältnis aus, wenn die Grenzen des rechtlich Tragbaren überschritten werden.<sup>28</sup>

In dem Fall der **Mehrfachvertretung** – ein und dieselbe natürliche Person handelt für beide Vertragsparteien – kennt der Vertreter, auf dessen Kennt-

---

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

<sup>27</sup> Urteil vom 29. Oktober 2020 – [IX ZR 212/19](#) – juris, Rn. 8.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

nisstand es gemäß § 166 Abs. 1 BGB ankommt, stets etwaige Einschränkungen seiner Vertretungsmacht im Innenverhältnis. Die oben dargestellten Grundsätze würden stets zu einer Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen, auch dann, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Dieses Ergebnis würde der **Wertentscheidung** des **§ 181 Halbsatz 2 BGB** widersprechen. Wenn der die im Innenverhältnis geltende Beschränkung seiner Vertretungsmacht überschreitende Vertreter zugleich den Geschäftsgegner vertritt, gelten für den Missbrauch der Vertretungsmacht daher **besondere Regeln**. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Unwirksamkeit eines Inschlaggeschäfts gemäß § 181 BGB unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht voraus, dass es für den Vertretenen nachteilig ist.<sup>29</sup>

**Darlegungs- und beweispflichtig** für die tatsächlichen **Voraussetzungen** eines **Vollmachtmissbrauchs** ist derjenige, der sich darauf beruft.<sup>30</sup> Nichts anderes gilt, soweit der Missbrauchstatbestand aus einem Verstoß gegen den Gesellschaftsvertrag hergeleitet wird.<sup>31</sup>

**b)**

Eine Partei genügt ihrer **Darlegungslast**, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Zur Darlegung der **Gläubigerforderungen**, für die der **Kommanditist** gemäß §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB **haftet**, ist es ausreichend, wenn der Insolvenzverwalter, der während des **Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der Gesellschaft das den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 Abs. 1 HGB zustehende Recht ausübt, die **Insolvenztabelle vorlegt** mit **festgestellten Forderungen**, die nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>32</sup> Urteil vom 13. Oktober 2020 – [II ZR 133/19](#) – juris, Rn. 15; vgl. auch Urteile vom 10. November 2020 – [II ZR 89/19](#) – und vom 17. November 2020 – [II ZR 68/20](#) – juris und vom 10. November 2020 – [II ZR 132/19](#) – juris.

Das **Bestreiten** der Gläubigerforderungen ist **unbeachtlich**, wenn dem Kommanditisten Einwendungen aufgrund der Wirkungen der **widerspruchslosen Feststellung** der Forderungen in der Insolvenztabelle nach §§ 129 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB abgeschnitten sind. Die Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle hat für den Insolvenzverwalter und die Gläubiger gemäß § 178 Abs. 3 InsO die **Wirkung** eines **rechtskräftigen Urteils** und **beschränkt** grundsätzlich die **Einwendungsmöglichkeiten** des Kommanditisten.

Diese Grundsätze gelten auch für die **persönliche Forderung** eines **absonderungsberechtigten Gläubigers**, die „für den Ausfall“ oder „in Höhe des nachzuweisenden Ausfalls“ festgestellt wurde. Diese Beschränkung deutet nur auf das nach §§ 52 Satz 2, 190 InsO eingeschränkte Recht des absonderungsberechtigten Gläubigers bei der Verteilung hin und berührt nicht die Wirkung der Feststellung nach § 178 Abs. 3 InsO. Erlangt ein Gläubiger aber nach Feststellung seiner Forderung zur Tabelle aus seinem Absonderungsrecht eine teilweise **Befriedigung** seiner Forderung, so **erlischt** diese insoweit gemäß **§ 362 Abs. 1 BGB**. Der Berücksichtigung der Erfüllung steht die **Rechtskraftwirkung** der widerspruchslosen Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle **nicht entgegen**. Sie schließt die Berücksichtigung nach Rechtskraft eintretender Umstände nicht aus (vgl. **§ 767 Abs. 2 ZPO**). Auf diese Wirkung kann sich auch der **Kommanditist** berufen (§ 129 HGB).

Dem **Kommanditisten** steht **gegenüber** dem **Insolvenzverwalter** der **Einwand** zu, dass das von ihm Geforderte zur Tilgung der Gesellschaftsschulden, für die er haftet, **nicht erforderlich** ist. Die **Darlegungs-** und **Beweislast** hierfür hat der in Anspruch genommene **Gesellschafter**; jedoch hat der **Insolvenzverwalter** die für die Befriedigung der Gläubiger bedeutsamen **Verhältnisse** der **Gesellschaft darzulegen**, sofern nur er dazu im

Stande ist.<sup>33</sup> Die Höhe der bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingegangenen Rückzahlungen der Kommanditisten ist ein für die Gläubigerbefriedigung bedeutsamer Umstand, dessen Darlegung typischerweise nur dem Insolvenzverwalter möglich ist.<sup>34</sup>

Der Einwand, die Insolvenzmasse decke nur deswegen nicht die Gläubigerforderungen, hinsichtlich derer eine Haftung der Kommanditisten bestehe, weil der Insolvenzverwalter Verbindlichkeiten beglichen habe, für die eine Haftung der Kommanditisten nicht bestehe, ist daher erheblich. Die Inanspruchnahme des Kommanditisten ist erforderlich ist, wenn die zur Insolvenztabelle festgestellten Forderungen, die nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können, die Summe aller Ausschüttungen übersteigen.<sup>35</sup>

**c)**

Werden zwischen den Gesellschaftern einer KG gesellschaftsvertragliche Ansprüche geltend gemacht, entfällt das **Feststellungsinteresse** nicht allein dadurch, dass der klagende Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil veräußert. Es liegt insoweit nämlich eine Einzelrechtsnachfolge vor, auf die § 265 ZPO analog angewendet wird.<sup>36</sup>

Das **gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip** nach §§ 161 Abs. 2, 119 Abs. 1 HGB ist **dispositiv** ist. Dem früheren **Bestimmtheitsgrundsatz** kommt für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung mehr zu, so dass eine Rüge, die Ermächtigungsgrundlage sei nicht bestimmt genug, regelmäßig nicht durchgreift.<sup>37</sup>

Unter ein **Sonderrecht** i.S.d. § 35 BGB, das grundsätzlich unentziehbar ist, fallen nur Rechtspositionen, die individuell einem Gesellschafter oder einer

---

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 24; ebenso Beschluss vom 15. September 2020 – [II ZR 183/19](#) – juris, Rn. 10.

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>36</sup> Urteil vom 13. Oktober 2020 – [II ZR 359/18](#) – juris, Rn. 9.

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

Gesellschaftergruppe durch die Satzung eingeräumt und zudem als unentziehbare Rechte ausgestaltet sind, nicht jedoch eine Rechtsstellung, die allgemein mit der Mitgliedschaft verbunden ist.<sup>38</sup> Die namentliche Bezeichnung der persönlich haftenden Gesellschafterin im Gesellschaftsvertrag begründet kein Sonderrecht i.S.d. § 35 BGB, einzige und alleinige persönlich haftende Gesellschafterin zu sein, in das nicht ohne ihre Zustimmung eingegriffen werden könnte.<sup>39</sup>

Bei der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis handelt es sich um ein relativ unentziehbares Recht.<sup>40</sup> Die Entziehung eines relativ unentziehbaren Rechts bedarf einer besonderen Rechtfertigung.<sup>41</sup> In das relativ unentziehbare Recht zur Geschäftsführung und Vertretung wird bereits dann eingegriffen, wenn der Gesellschaftsvertrag dahingehend geändert wird, dass die Befugnis ohne weitere Voraussetzungen entzogen werden kann.<sup>42</sup>

Grundsätzlich kann der **Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis** auch **ohne wichtigen Grund** durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Ist im ursprünglichen **Gesellschaftsvertrag** eine vergleichbare Regelung des Entzugs der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne wichtigen Grund nicht vorgesehen, sondern soll sie erst nachträglich eingeführt werden, muss sie sich trotz ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit wegen ihrer nachträglichen Einfügung in den Gesellschaftsvertrag daran messen lassen, dass mit ihr in ein **relativ unentziehbares Recht** eingegriffen wird.<sup>43</sup>

Der Eingriff in ein relativ unentziehbares Recht ist rechtmäßig, wenn dies im Interesse der Gesellschaft geboten und für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung der eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar

---

<sup>38</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

ist oder er dem Eingriff zugestimmt hat.<sup>44</sup> Als Ansatzpunkt für eine solche **antizipiert** abgegebene **Zustimmungserklärung** kommt eine **Regelung** über die **Mehrheitserfordernisse** im **Gesellschaftsvertrag** in Betracht.

Ein Eingriff in die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mag im Interesse der Gesellschaft geboten sein, weil es bei einem Vertrauensverlust der Mehrheit der Gesellschafter möglich sein muss, eine Änderung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis herbeizuführen, ohne einen Rechtsstreit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes dafür führen zu müssen.<sup>45</sup> Dies reicht allein aber nicht aus, weil damit lediglich ein **Interesse** der Gesellschaft an der Entziehung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis begründet sein mag. Die Entziehung eines relativ unentziehbaren Rechts muss aber darüber hinaus aus der Sicht der Gesellschaft **geboten** sein. Dass die Entziehung im Interesse der Gesellschaft liegt, erfüllt diese Voraussetzung nicht, weil es nicht bedeutet, dass sie für die Gesellschaft **unerlässlich** bzw. **notwendig** und damit geboten ist. Das Interesse an dem Beschluss im Hinblick auf einen Vertrauensverlust der übrigen Gesellschafter zum geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Mitgesellschafter genügt den Anforderungen ebenso wenig wie das Interesse der Gesellschaft, keine Prozesse über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis führen zu müssen.<sup>46</sup>

#### d)

Einer **KG** kann **gegen** den **Geschäftsführer** ihrer **Komplementär-GmbH** ein **Direktanspruch** auf den **Ersatz** derjenigen **Schäden** zustehen, die ihr aus dessen mittelbarer Geschäftsführung als Geschäftsführer ihrer Komplementärin entstanden sind.<sup>47</sup>

Für **Schäden** der **GmbH & Co. KG** aus der Verletzung von Geschäftsführungspflichten haftet neben der Komplementärin auch der Geschäftsführer

---

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>47</sup> Urteil vom 22. September 2020 – [II ZR 141/19](#) – juris, Rn. 17.

der GmbH. Jedenfalls dann, wenn die alleinige oder wesentliche Aufgabe einer Komplementär-GmbH in der Führung der Geschäfte einer KG besteht, erstreckt sich der Schutzbereich des zwischen der Komplementär-GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Organ- und Anstellungsverhältnisses im Hinblick auf seine Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG im Falle einer sorgfaltswidrigen Geschäftsführung auf die KG. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH haftet in diesem Fall der KG nach denselben Grundsätzen wie sonst der Geschäftsführer der GmbH dieser gegenüber.<sup>48</sup>

Für die **Haftung** ist es **unerheblich**, ob der Geschäftsführer für seine Geschäftsführertätigkeit eine **Vergütung** erhalten hat und ob ein Geschäftsführerdienstvertrag geschlossen wurde. Denn infolge der Bestellung zum Geschäftsführer besteht jedenfalls ein Organverhältnis zu der Komplementär-GmbH. Schon die organschaftliche Sonderrechtsbeziehung zwischen dem Geschäftsführer und der Komplementär-GmbH entfaltet **drittschützende Wirkung** zugunsten der KG.<sup>49</sup>

Die **vorbehaltlose Entlastung** der Komplementärin einer GmbH & Co. KG durch ihre Mitgesellschafter bewirkt zugleich die Entlastung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Verhältnis zur KG.<sup>50</sup>

Entlastet allerdings die Gesellschafterversammlung der **Komplementär-GmbH** ihren Geschäftsführer nach **§ 46 Nr. 5 GmbHG**, führt das jedenfalls in der nicht personen- und beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG **nicht zugleich** zum **Ausschluss** der **KG** mit **Ansprüchen** gegenüber dem Geschäftsführer. Ein bereits entstandener Anspruch der KG gegen den GmbH-Geschäftsführer ist dem Einfluss der GmbH-Gesellschafter entzogen. Die Entlastung durch die GmbH-Gesellschafter kann nur dazu führen, dass die wegen des pflichtwidrigen Verhaltens ihres Geschäftsführers selbst gegenüber der KG zum Schadensersatz verpflichtete Komplementär-GmbH ihren

---

48 a.a.O., juris, Rn. 18.

49 a.a.O., juris, Rn. 19.

50 a.a.O., juris, Rn. 20.

Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 GmbHG nicht mehr geltend machen kann.<sup>51</sup>

Seite 16 von 70

**Entlastet** demgegenüber die **Gesellschafterversammlung** der **GmbH & Co. KG** ihre Komplementärin ohne Vorbehalt, führt das im Umfang der Entlastungswirkung zugleich zum Ausschluss der Kommanditgesellschaft mit Ansprüchen gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.<sup>52</sup>

Mit der Entlastung der Geschäftsführung billigen die Gesellschafter die Amtsführung für die Dauer der zurückliegenden Entlastungsperiode und sprechen ihr, soweit sie ihre Tätigkeit fortsetzt, gleichzeitig für die künftige Geschäftsführung ihr Vertrauen aus. An die Entlastung ist ferner die Folge geknüpft, dass die Gesellschaft mit Ersatzansprüchen und Kündigungsgründen ausgeschlossen ist, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller Vorlagen und Berichte erkennbar sind oder von denen alle Gesellschafter privat Kenntnis erlangt haben. Diese Grundsätze gelten auch für die Entlastung in der Personenhandelsgesellschaft, wie in einer GmbH & Co. KG.<sup>53</sup>

Die **formelle Legitimation** einer auf eine **Mehrheitsklausel** im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft gestützten Mehrheitsentscheidung ist bereits dann gegeben, wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrags nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ergibt, dass dieser Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll. Das gilt für sämtliche Beschlussgegenstände und damit auch für **Entlastungsentscheidungen**. Bei der nach den **§§ 133, 157 BGB** vom **Wortlaut** und dem erkennbaren **Sinn und Zweck** ausgehenden Auslegung gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen handelt es sich um eine nach bestimmten Regeln vorzunehmende Würdigung, die weitgehend in der Verantwortung des **Tatrichters** liegt.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>53</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

Ist die Entscheidung der Mehrheit der Gesellschafter von einer Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag gedeckt, muss auf einer **zweiten Stufe** im Rahmen einer **inhaltlichen Wirksamkeitsprüfung** untersucht werden, ob sich der Beschluss als **treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht** gegenüber der Minderheit darstellt, oder ob **sonstige** zur materiellen Unwirksamkeit gegenüber allen oder einzelnen Gesellschaftern führende **Gründe** vorliegen.<sup>55</sup>

Der **Geschäftsführer** der Komplementärin einer **personalistisch strukturierten GmbH & Co. KG** hat bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft auch dann die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** anzuwenden, wenn er Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ist.

Nach **§ 43 Abs. 1 GmbHG** ist der Geschäftsführer einer GmbH stets verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Hieran vermag der Umstand, dass er zugleich Gesellschafter der KG ist, nichts zu ändern, zumal die Anwendung von § 708 BGB bei einer GmbH & Co. KG im Hinblick auf die kapitalgesellschaftliche Struktur der Gesellschaft nicht in Betracht kommt.<sup>56</sup> Bei einer **Publikums-KG begrenzt § 708 BGB** die **Haftung** der Komplementär-GmbH und ihres Geschäftsführers **nicht**. Dies gilt auch bei einer **personalistisch strukturierten GmbH & Co. KG**, bei welcher der Geschäftsführer der GmbH nicht zugleich Gesellschafter der KG ist. Der Geschäftsführer hat gemäß **§ 43 Abs. 1 GmbHG** in den Angelegenheiten der Gesellschaft und damit auch einer GmbH & Co. KG, deren Geschäfte er als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH führt, **stets** die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** anzuwenden.<sup>57</sup> Der Umstand, dass der **Geschäftsführer** der Komplementärin einer personalistisch strukturierten

---

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 36 ff.

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

GmbH & Co. KG **zugleich Gesellschafter** der KG ist, führt **nicht** zu einer **Verminderung** der von ihm **anzuwendenden Sorgfalt**.

Seite 18 von 70

Der **Haftungsmaßstab** im Verhältnis zwischen dem **Geschäftsführer** der Komplementär-GmbH und der **KG** bestimmt sich ebenfalls nach **§ 43 Abs. 1 GmbHG**. Ein einheitlicher Haftungsmaßstab für die Haftung des Geschäftsführers der Komplementärin gegenüber dieser und gegenüber der KG entspricht der für den Geschäftsführer ohne weiteres erkennbaren **Interessenlage** der beteiligten Gesellschaften. Das wohlverstandene Interesse der Komplementär-GmbH, der gegenüber der Geschäftsführer nach dem Maßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG haftet, geht dahin, dass ihr Geschäftsführer die Leitung der KG im Rahmen seiner Organpflichten ordnungsgemäß ausübt, weil sie auf eine günstige wirtschaftliche Entwicklung ihrer Beteiligung bedacht sein muss und als persönlich haftende Gesellschafterin selbst aus dem Gesellschaftsverhältnis der KG zu einer sorgfältigen Geschäftsführung verpflichtet ist. Die Komplementär-GmbH muss darauf vertrauen dürfen, dass ihr Geschäftsführer den Angelegenheiten der KG die gleiche Sorgfalt widmet wie ihren eigenen. Eine Verletzung der Pflichten des Geschäftsführers geht, soweit es die Führung der Geschäfte der KG betrifft, aber vor allem zu deren Lasten. Die KG bzw. die Kommanditisten sind auf die Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH angewiesen; sie haben jedoch regelmäßig keine Befugnisse, um unmittelbar auf ihn einzuwirken. Eine Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH ihr gegenüber nach einem geringeren Maßstab als gegenüber der Komplementärin ist daher nicht gerechtfertigt.<sup>58</sup>

Bei der Beantwortung der Frage, ob Ansprüche der KG gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bestehen, auf welche die Kommanditisten wegen der Schwere der zugrundeliegenden Pflichtverletzung nicht ohne Verstoß gegen die gesellschaftliche Treuepflicht hätten verzichten

---

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

können, gelten für die **Beweislastverteilung** nicht diejenigen Grundsätze, die im Organhaftungsprozess Anwendung finden. Für einen Verstoß gegen die gesellschaftliche Treuepflicht ist vielmehr derjenige darlegungs- und beweisbelastet, der sich auf einen solchen Verstoß beruft.<sup>59</sup> Das gilt auch, wenn die Unwirksamkeit eines **Entlastungsbeschlusses** festgestellt werden soll. In diesem Fall liegt die **Beweislast** so, dass derjenige, der behauptet, ein Beschluss stelle sich als treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht gegenüber der Minderheit dar, dies bis auf hier nicht vorliegende Ausnahmefälle zu beweisen hat.<sup>60</sup>

Es ist **Sache der Gesellschafter**, darüber zu befinden, ob ein **Geschäftsführer** wegen **etwaiger Pflichtwidrigkeiten** zur **Rechenschaft** gezogen **oder** ob auf Ansprüche gegen ihn durch **Entlastungs- oder Generalbereinigungsbeschluss verzichtet** werden soll. Wegen des weiten **Ermessensspielraums** der Gesellschafter bei der Entlastung, ist ein Entlastungsbeschluss nur anfechtbar, wenn keine andere Entscheidung als die Versagung denkbar und die Entlastung **missbräuchlich** ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn dem Geschäftsführer **schwere Pflichtverletzungen** vorzuwerfen sind und der Gesellschaft ein **erheblicher Schaden** zugefügt wurde.<sup>61</sup> Wegen der Verzichtswirkung ist eine Entlastungsentscheidung auch **treuwidrig**, wenn sie zu einem **Zeitpunkt** getroffen wird, zu dem die Gesellschafter zwar von der Pflichtverletzung erfahren haben, aber noch nicht in der Lage sind zu beurteilen, ob der Gesellschaft ein Schaden zugefügt wurde, und sie nur dazu dient, den Geschäftsführer der Verantwortung für sein Verhalten zu entziehen und eine weitere Untersuchung zu verhindern.<sup>62</sup> Die Stimmrechtsausübung kann auch unter dem Gesichtspunkt der Verfolgung ausschließlich eigennütziger Zwecke wegen des Einsatzes von Mehrheitsmacht zur Erlangung ungerechtfertigter Sondervorteile treuwidrig

---

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

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

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 49.

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 50.

sein. Der zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bestellt Kommanditist unterliegt als von der Entlastungsentscheidung mittelbar Betroffener einem Stimmverbot.<sup>63</sup>

**e)**

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 inne hatte. Diese Rechtsstellung des Gesellschaftsanteils oder der Mitgliedschaft ist der Inbegriff der Rechtsbeziehungen des Altgesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis zu der Gesellschaft, zu deren Vermögen und zu den übrigen Gesellschaftern. Insbesondere **haftet** ein **neu** in eine Kommanditgesellschaft eintretender **Kommanditist**, wozu auch der Anteilserwerber zählt, auch für die **vor** seinem **Eintritt begründeten Verbindlichkeiten** der Gesellschaft nach § 173 HGB. Mit der Übernahme der Rechtsstellung des Altgesellschafters können den Neugesellschafter auch Verbindlichkeiten des Altgesellschafters gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber Mitgesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis, nicht aber sonstige Verbindlichkeiten des Altgesellschafters treffen.<sup>64</sup>

Um eine **sonstige Verbindlichkeit** eines **Altgesellschafters** handelt es sich dann, wenn dieser gegenüber einem Anleger als nicht nur kapitalistisch beigetretene Altgesellschaftlerin und mithin Vertragspartner des Aufnahmevertrags vorvertraglich zur Aufklärung verpflichtet und aufgrund einer Verletzung dieser Pflicht schadensersatzpflichtig ist (§ 280 Abs. 1 und Abs. 3, §§ 282, 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Diese Schadensersatzverpflichtung trifft aber nur den Altgesellschaftler, nicht auch die Gesellschaft, weil die fehlerhafte Aufklärung der Gesellschaft nicht zugerechnet werden

---

<sup>63</sup> a.a.O., juris, Rn. 51.

<sup>64</sup> Urteil vom 15. September 2020 – [II ZR 20/19](#) – juris, Rn. 9.

kann. Sie trifft ihn zwar in seiner Eigenschaft als aufklärungspflichtigen Altgesellschafter, aber nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis gegenüber der Gesellschaft oder Mitgesellschaftern.<sup>65</sup> Der **Erwerber haftet** für die **Aufklärungspflichtverletzung** regelmäßig **nur dann aus Schuld- oder aus Vertragsübernahme**, wenn die Schadensersatzverpflichtung gegenüber dem Anleger übernommen (§ 414 BGB) oder zwischen dem Anleger und dem Altgesellschafter eine solche Schuldübernahme vereinbart wurde (§ 415 BGB). Eine solche Vertragsübernahme, die der Zustimmung aller Beteiligten bedarf, ist aber nur im Einvernehmen mit der Erwerber möglich. Allein aus der Übernahme von Treuhandaufgaben des Altgesellschafters ergibt sich grundsätzlich nicht, dass damit zugleich der Aufnahmevertrag oder eine mit seinem Abschluss begründete Schadensersatzverpflichtung übernommen werden soll.<sup>66</sup>

f)

Die **Gewährung von Einsicht** in die vom **Insolvenzgericht** geführten **Verfahrensakten** richtet sich, soweit nicht **Spezialvorschriften** wie §§ 66 Abs. 2, 150 Satz 2, 154, 175 Abs. 1 Satz 2, 188 Satz 2, 194 Abs. 3 Satz 1 oder § 234 InsO zur Anwendung kommen, über § 4 InsO nach der **allgemeinen Vorschrift** des **§ 299 ZPO**.<sup>67</sup>

Gemäß § 4 InsO, § 299 Abs. 1 ZPO können die Beteiligten die Verfahrensakten einsehen und sich aus ihnen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. **Verfahrensbeteiligte** des Insolvenzeröffnungsverfahrens sind grundsätzlich nur der (Insolvenz-) **Schuldner** und im Fall eines Fremdantrags der den Eröffnungsantrag stellende **Gläubiger**. Im Fall der Insolvenz einer Gesellschaft ist Schuldner im Sinne der Insolvenzordnung gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO die Gesellschaft selbst (BT-Drucks. 12/2443, S. 113), handelnd durch die Vertretungsorgane. Dem **nicht** zur Vertretung

---

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>67</sup> Beschluss vom 15. Oktober 2020 – [IX AR \(VZ\) 2/19](#) – juris, Rn. 11.

der Gesellschaft berechtigten **Kommanditisten** steht ein Akteneinsichtsrecht nach § 4 InsO, § 299 Abs. 1 ZPO nicht zu.<sup>68</sup>

Nach § 299 Abs. 2 ZPO kann **dritten Personen** die Akteneinsicht **ohne Einwilligung** der **Beteiligten** nur gestattet werden, wenn ein **rechtliches Interesse** dargelegt und glaubhaft gemacht wird. Ist diese Voraussetzung erfüllt, steht die Bewilligung von Akteneinsicht im **pflichtgemäßen Ermessen** des Vorstands des Gerichts. Die Vorschrift setzt voraus, dass persönliche Rechte des Antragstellers durch den Gegenstand des Verfahrens, in dessen Akten Einsicht begehrt wird, berührt werden.<sup>69</sup>

Aus der Kommanditistenstellung und den damit verbundenen Rechten und Pflichten im Insolvenz(eröffnungs)verfahren folgt für sich genommen noch keine Betroffenheit in eigenen Rechten im Sinne des § 299 Abs. 2 ZPO.<sup>70</sup> Bereits im Rahmen der werbenden Gesellschaft ist die **Rechtsstellung** des **Kommanditisten** gegenüber derjenigen des Komplementärs eingeschränkt. Gemäß **§ 164 Satz 1 HGB** sind die Kommanditisten von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen; sie können einer Handlung der persönlich haftenden Gesellschafter nicht widersprechen, es sei denn, diese geht über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinaus. Im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb steht dem Kommanditisten **kein Stimmrecht, kein Widerspruchsrecht und kein Weisungsrecht** gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern zu. Der Kommanditist muss sowohl die vom Komplementär eingegangenen rechtlichen Verpflichtungen der Gesellschaft als auch deren konkrete prozessuale Durchsetzung durch den Komplementär als vertretungsberechtigten Gesellschafter grundsätzlich hinnehmen.<sup>71</sup>

Auch **nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der Gesellschaft sind mit der Stellung als Kommanditist nur eingeschränkte

---

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

Rechte und Pflichten verbunden. Dem Kommanditisten steht jedenfalls im gesetzlichen Regelfall **weder ein Antragsrecht nach § 15 InsO noch ein Widerspruchsrecht nach § 178 Abs. 1 InsO** zu. Auch die Stellung der Anträge auf **Eigenverwaltung** nach § 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO und auf Einstellung des Verfahrens nach § 213 InsO sowie das Planinitiativrecht nach § 218 Abs. 1 Satz 2 InsO stehen nur dem persönlich haftenden Gesellschafter, nicht aber dem Kommanditisten zu.<sup>72</sup>

Ein **Akteneinsichtsrecht** nach § 299 Abs. 2 ZPO kommt allerdings dann in Betracht, wenn der Kommanditist zu seiner **Verteidigung** gegen eine mögliche **Inanspruchnahme** durch den Insolvenzverwalter nach § 171 Abs. 2, § 172 Abs. 4 HGB Informationen aus der Insolvenzakte benötigt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn er gesellschaftsintern auf die Erhebung des Widerspruchs gegen festzustellende Forderungen hinwirken will oder wenn er sich auf Gutgläubigkeit nach § 172 Abs. 5 HGB beruft und hierzu Kenntnis darüber benötigt, ob und mit welchem Ergebnis Bilanzen der Gesellschaft für einzelne Jahre erstellt worden sind.<sup>73</sup>

Zur Beantragung von Akteneinsicht ist es in den vorgenannten Fällen ausreichend aber auch erforderlich, dass der Kommanditist darlegt und glaubhaft macht, seine **Einlage nicht vollständig erbracht** oder **Ausschüttungen** von der Gesellschaft **erhalten** zu haben. Weitergehende Ausführungen zur Qualifizierung etwaiger Ausschüttungen als Einlagenrückgewähr i.S.d. § 172 Abs. 4 HGB können von dem Kommanditisten demgegenüber nicht verlangt werden.<sup>74</sup>

#### **g)**

Die **fünfstufige Verjährungsfrist** des **§ 159 Abs. 1 HGB** findet auf den vertraglichen **Freistellungsanspruch** des **Treuhandkommanditisten** gegen den Treugeber **keine** (entsprechende) **Anwendung**. Vielmehr richtet

---

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

sich die Verjährung des Befreiungsanspruchs gegen den mittelbaren Kommanditisten nach §§ 195, 199 BGB.<sup>75</sup> Die **dreijährige Verjährungsfrist** für den Befreiungsanspruch eines Treuhänders nach § 257 Satz 1 BGB beginnt grundsätzlich frühestens mit dem Schluss des Jahres zu laufen, in dem die Forderungen fällig werden, von denen zu befreien ist. Wenn allerdings bereits vor der Fälligkeit der Drittforderung, von der zu befreien ist, die Inanspruchnahme des Befreiungsgläubigers durch den Drittgläubiger mit Sicherheit zu erwarten ist und feststeht, dass für die Erfüllung der Drittforderung auf die Mittel des Befreiungsschuldners zurückgegriffen werden muss, wandelt sich der Befreiungsanspruch schon zu diesem Zeitpunkt in einen Zahlungsanspruch um; für den Verjährungsbeginn ist der Schluss des Jahres maßgebend, in dem die Umwandlung erfolgt ist.<sup>76</sup>

Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB beginnt im Übrigen gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt. Denn dadurch wird die Fälligkeit der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gemäß § 41 Abs. 1 InsO bewirkt. Ob zu diesem Zeitpunkt feststeht, dass die Treugeber, welche Ausschüttungen erhalten hatten, zum Zwecke der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen werden müssen, kann dahinstehen und führt hinsichtlich des Verjährungsbeginns zu keinem anderen Ergebnis.<sup>77</sup>

### 3.

#### **Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

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

---

<sup>75</sup> Beschluss vom 30. Juli 2020 – [III ZR 192/19](#) – juris, Rn. 2.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 4.

<sup>77</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

a)

Der **Gesellschafter** einer GmbH kann, obwohl er seine bereits fällig gestellte **Einlage** noch **nicht** vollständig **erbracht** hat, aus der Gesellschaft **ausgeschlossen** werden, **ohne** dass zugleich mit dem Ausschluss ein Beschluss über die **Verwertung** seines **Geschäftsanteils** gefasst werden muss. Eine Gleichzeitigkeit des Ausschlusses und der Entscheidung über das Schicksal des Geschäftsanteils ist zum Schutz der Kapitalaufbringung nicht geboten.<sup>78</sup>

Ist die **Einlage** bereits **vollständig geleistet**, bedarf es **keiner gleichzeitigen Beschlussfassung** über die **Ausschließung** des Gesellschafters und die **Verwertung** seines Geschäftsanteils. Ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss hat zur Folge, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung verliert. Der Geschäftsanteil bleibt dagegen bestehen. Auch wenn die Gesellschaft nicht in angemessener Frist die Einziehung des Geschäftsanteils beschließt oder seine Abtretung verlangt, lebt die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auf. Für die Wirksamkeit der Ausschließung kommt es daher nicht darauf an, dass lediglich diese beschlossen, nicht aber über den Geschäftsanteil Beschluss gefasst worden ist.<sup>79</sup>

Der Gesellschafter einer GmbH kann, jedenfalls wenn die **Einlageforderung** der Gesellschaft bereits **fällig gestellt** wurde, auch dann ausgeschlossen werden, wenn er seine Einlage noch nicht vollständig erbracht hat, ohne dass zugleich mit dem Ausschluss ein Beschluss über die Verwertung seines Geschäftsanteils gefasst werden muss. Hat der auszuschließende Gesellschafter seine Einlage noch nicht vollständig geleistet, steht dies nur der Einziehung seines Geschäftsanteils in Vollzug der Ausschließung entgegen.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Urteil vom 04. August 2020 – [II ZR 171/19](#) – juris, Rn. 11.

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>80</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

Die Gesellschaft kann einen Ausschluss nicht durch Einziehung des Geschäftsanteils des auszuschließenden Gesellschafters vollziehen, wenn die Einlage auf den Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen nicht vollständig erbracht wurde. Dieses aus dem **Grundsatz der Kapitalaufbringung** hergeleitete Einziehungsverbot gilt aber unabhängig davon, ob mit dem Ausschluss oder danach die Einziehung beschlossen wird.<sup>81</sup>

Das **Verbot** der **Einziehung** eines nicht vollständig eingezahlten Geschäftsanteils wird **nicht** aus dem **Grundsatz der Kapitalerhaltung** hergeleitet, **sondern** aus dem **Grundsatz der Kapitalaufbringung**. Eine Einziehung ist nur zulässig, wenn die auf den einzuziehenden Geschäftsanteil zu erbringende Einlageleistung vollständig erbracht ist. Das ergibt sich aus **§ 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG**. Danach darf der Gesellschafter von seiner Pflicht zur Leistung der Einlage nicht befreit werden. Das würde aber geschehen, wenn ein Geschäftsanteil, auf den eine noch nicht fällig gestellte Einlage noch nicht eingezahlt ist, eingezogen würde.<sup>82</sup>

Die **Einziehung** ist auch **unzulässig**, wenn die noch nicht geleistete **Einlage** bereits **fällig gestellt** wurde. Wurde die Einlage bereits fällig gestellt, haftet der betroffene Gesellschafter allerdings weiter für die Einlageforderung. Er kann dann nicht mehr i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG durch die Einziehung von der Verpflichtung zur Leistung der Einlage befreit werden. Aber auch in diesem Fall bleibt die Einziehung wegen der damit verbundenen Gefahr für die Kapitalaufbringung unzulässig. Denn eine wirksame Einziehung vernichtet den Geschäftsanteil. Dann scheidet eine Verwertung des Geschäftsanteils und damit die Realisierung des in ihm verkörperten Einlageanspruchs aus. Es verbliebe lediglich die Haftung des betroffenen Gesellschafters für bereits fällig gestellte Einlageforderungen. Ist dieser zahlungsunfähig, scheitert die Kapitalaufbringung endgültig.<sup>83</sup>

---

81 a.a.O., juris, Rn. 17.

82 a.a.O., juris, Rn. 18.

83 a.a.O., juris, Rn. 19.

Beschließt die Gesellschafterversammlung erst nach dem **Ausschluss** über die **Verwertung des Geschäftsanteils** des Ausgeschlossenen, bringt dies für den Schutz der Kapitalaufbringung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Nachteile gegenüber einer zeitgleichen Beschlussfassung mit sich, wenn die Einlageleistung bereits fällig gestellt wurde.<sup>84</sup>

**Zulässig** ist es auch, wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass der ausgeschlossene Gesellschafter nach **Wahl** der **Gesellschaft** die **Einziehung** seines Geschäftsanteils zu dulden oder den Anteil an die Gesellschaft, an einen Gesellschafter oder an einen von der Gesellschaft bezeichneten Dritten zu veräußern und **abzutreten** hat. Der Schutz der Kapitalaufbringung wird unabhängig davon gewährleistet, wann die Gesellschaft von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht.<sup>85</sup>

Die **Ausschließung** lässt den **Geschäftsanteil unberührt**. Ist die Einlage auf den Geschäftsanteil nicht vollständig geleistet, scheidet die Einziehung des Geschäftsanteils in Vollzug des Ausschlusses ebenso aus wie der Erwerb durch die Gesellschaft (§ 33 Abs. 1 GmbHG). In der Regel bleibt dann die Möglichkeit der Verwertung durch Abtretung des Geschäftsanteils an einen Mitgesellschafter oder einen Dritten. Der in dem Geschäftsanteil verkörperte Einlageanspruch (§ 14 GmbHG) besteht ungeachtet der Ausschließung unabhängig davon fort, ob zeitgleich mit dem Ausschluss oder erst später über die Verwertung des Geschäftsanteils entschieden wird. Da der ausgeschlossene Gesellschafter für eine bereits fällig gestellte Einlageforderung weiter haftet, bleibt diese Forderung auch nicht bis zur Entscheidung über die Verwertung des Geschäftsanteils ohne Schuldner. Der Schutz der Kapitalaufbringung verschlechtert sich bei fällig gestellten Einlageforderungen durch die Ausschließung nicht.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

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

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

Ein **Zwang** zu **gleichzeitiger Beschlussfassung** über **Ausschließung** und **Verwertung des Geschäftsanteils** ist im Hinblick auf den im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu gewährleistenden Schutz der Kapitalaufbringung **abzulehnen**, weil die zeitliche Bindung einer möglichst die offene Einlageforderung deckenden Verwertung entgegenstehen könnte, wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein Interessent oder jedenfalls keiner, der in diesem Umfang leistungsbereit ist, zur Verfügung steht. Aus demselben Grund könnte durch den Zwang zur zeitgleichen Verwertung das Interesse der Gesellschaft und des Ausgeschlossenen an einer seinen Abfindungsanspruch finanzierenden Veräußerung des Geschäftsanteils beeinträchtigt werden.<sup>87</sup>

Der **Ausschluss** des Gesellschafters wird **unabhängig** von der **Zahlung** einer **Abfindung wirksam**.<sup>88</sup> Hat ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss der Gesellschafterversammlung nach der Satzung der GmbH die Wirkung, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung verliert, tritt diese Wirkung unabhängig von der Zahlung der dem Gesellschafter zustehenden Abfindung ein.

**Auszahlungen** an ausgeschiedene Gesellschafter dürfen **nicht** zur **Entstehung** oder **Vertiefung** einer **Unterbilanz** führen. Das Gebot der Kapitalerhaltung gilt auch dann, wenn die Gesellschaft einen Gesellschafter ausschließen will. Geschieht das aufgrund einer Satzungsregelung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung, ist dieser Beschluss entsprechend § 241 Abs. 1 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG nichtig, wenn bereits bei der Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann.<sup>89</sup>

Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn die Satzung die Verwertung der Geschäftsanteile eines Ausgeschlossenen durch Übertragung an einen Mitgesellschafter oder einen Dritten vorsieht. Das **Kapitalerhaltungsgebot** aus

---

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

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

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

**§ 30 Abs. 1 GmbHG** kann in diesem Fall in der Regel **nicht verletzt** werden, wenn eine Gegenleistung in Höhe des Abfindungsbetrags vereinbart wird. Denn dann schuldet nicht die Gesellschaft, sondern der **Erwerber** die Abfindung in Form des **Kaufpreises**. Darauf kann es aber nur dann ankommen, wenn diese Möglichkeit tatsächlich besteht. Ob sie darüber hinaus in dem Beschluss bereits festgelegt sein muss, hat der Senat offengelassen.<sup>90</sup>

**b)**

Eine **GmbH** ist durch die **negative Legitimationswirkung** des **§ 16 Abs. 1 GmbHG** nicht gehindert, einen nach einem **möglicherweise fehlgeschlagenen Einziehungsversuch** aus der **Gesellschafterliste entfernten**, aber **materiell bestehenden Geschäftsanteil** aus einem in der Person des materiell berechtigten Gesellschafters liegenden **wichtigen Grund einzuziehen**.<sup>91</sup>

Ein **Einziehungsbeschluss** geht nicht ins Leere, wenn im Blick auf den betroffenen der Geschäftsanteil bereits zuvor ein **nichtiger** Einziehungsbeschluss gefasst worden ist.<sup>92</sup> Es steht einer **erneuten** Einziehung nicht entgegen, wenn bei der Beschlussfassung unklar ist, ob ein vorangehender Einziehungsbeschluss wirksam ist und ob der Geschäftsanteil noch besteht. Der neue Beschluss kann für den Fall gefasst werden, dass die Unwirksamkeit der früheren Einziehungsbeschlüsse festgestellt wird.<sup>93</sup>

Ein Einziehungsbeschluss geht auch nicht deshalb ins Leere, weil der eingezogene Geschäftsanteil in der Gesellschafterliste nicht mehr einem **Inhaber zugeordnet** ist. Es ist nicht erforderlich, dass die Gesellschaft vor der Einziehung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichte, in der der materiell berechtigte Gesellschafter wieder als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils eingetragen ist. Da die im Geschäftsanteil verkörperte materiell-rechtliche Gesellschafterstellung nicht von der

---

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>91</sup> Urteil vom 10. November 2020 – [II ZR 211/19](#) – juris, Rn. 9.

<sup>92</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>93</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

Eintragung des einzuziehenden Geschäftsanteils in die Gesellschafterliste abhängig ist, ist auch die Wirksamkeit der Einziehung allein vom materiellen Bestehen des Geschäftsanteils abhängig.<sup>94</sup>

Durch die **Löschung** des Geschäftsanteils aus der Gesellschafterliste wird die durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vermittelte formale Gesellschafterstellung unabhängig von der Wirksamkeit des ersten Einziehungsversuchs beendet, so dass der betroffene Gesellschafter keine Mitgliedschaftsrechte mehr geltend machen kann.<sup>95</sup>

Nach **§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG** gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift diese Vermutung, stehen dem als Inhaber eines Geschäftsanteils in die Gesellschafterliste Eingetragenen sämtliche Mitgliedschaftsrechte zu, ohne dass es auf seine wahre Berechtigung ankommt. Diese Legitimationswirkung greift auch bei einem eingezogenen Geschäftsanteil. Wird der Inhaber eines Geschäftsanteils nach dessen Einziehung in der Gesellschafterliste gestrichen, kann der Gesellschafter ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben.<sup>96</sup>

Ein **Einziehungsbeschluss** geht aber nicht schon deshalb ins Leere, weil der Geschäftsanteil infolge der Streichung in der **Gesellschafterliste** nicht mehr existent und der (bisherige) Gesellschafter Kläger nicht mehr Inhaber des Geschäftsanteils ist. Zwar ist die formale Gesellschafterstellung des von der Einziehung Betroffenen nach Streichung des Geschäftsanteils aus

---

<sup>94</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>96</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

der Liste beendet. Dies wirkt sich jedoch nicht auf die materielle Berechtigung des Gesellschafters aus, auf die sich die Einziehung bezieht.<sup>97</sup> **Materielle** und **formale Gesellschafterstellung** können **entkoppelt** sein.<sup>98</sup>

Ein **Einziehungsbeschluss** kann **gegenüber** einem **Inhaber** gefasst werden, auch wenn dieser mit seinem Geschäftsanteil **nicht** mehr in der **aktuellen Gesellschafterliste** aufgenommen ist. Dabei kann dahinstehen, ob die negative Legitimationswirkung von § 16 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich bedeutet, dass die Gesellschaft einen zwar materiell berechtigten, aber nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter weder in Anspruch nehmen noch gegen ihn vorgehen darf. Jedenfalls nach einem möglicherweise gescheiterten Einziehungsversuch kann die Gesellschaft vorsorglich erneut die Einziehung eines Geschäftsanteils beschließen, auch wenn dieser Geschäftsanteil nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragen oder einem Gesellschafter zugeordnet ist.<sup>99</sup>

Wenn nach einem Einziehungsversuch **vorsorglich erneut** die **Einziehung** beschlossen werden soll, ist dies nicht ohne weiteres möglich. Denn die Wiederaufnahme des Anteilinhabers in die Gesellschafterliste setzt voraus, dass die Gesellschaft durch ihren Geschäftsführer die Löschung für unrichtig hält. Solange nicht rechtskräftig über die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses entschieden ist, darf sie diesen und die darauf beruhende Löschung in der Gesellschafterliste aber für zutreffend erachten. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Änderung der Gesellschafterliste, ihre Unrichtigkeit, aus der Sicht des Geschäftsführers nicht vor. Bei einer Neueintragung müsste die Gesellschaft sich auch ein widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen. Bei einer vorsorglichen Beschlussfassung ist dagegen der Beschluss nur für den Fall gefasst, dass der Geschäftsanteil noch besteht, und steht nicht im Widerspruch dazu, dass der vorangehende Einziehungsbeschluss für wirksam erachtet wird. Eine lediglich vorsorgliche

---

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>99</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste ist, anders als die vorsorgliche Annahme der materiellen Gesellschafterstellung als Voraussetzung des erneuten Einziehungsbeschlusses, nicht möglich.<sup>100</sup>

Wird eine **Einziehung vorsorglich wiederholt**, weil **Zweifel** an der **Wirksamkeit** der **ersten Einziehung** bestehen, ein Einziehungsgrund indes fortbesteht, ist es der Gesellschaft auch **nicht** zumutbar, vor der Einziehung allein zur Schaffung einer formalen Einziehungsgrundlage eine **neue Liste** zum **Handelsregister** einzureichen, die den materiell Berechtigten als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils ausweist. Dem Gesellschafter würde in diesem Fall seine formale Gesellschafterstellung einschließlich der damit verbundenen Möglichkeit, seine Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft auszuüben, wieder eingeräumt, obwohl ein wichtiger Grund in seiner Person zur Einziehung berechtigt. Damit würde ermöglicht, dass er den Betrieb der Gesellschaft durch obstruktive Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte stört. Die Begründung der formalen Gesellschafterstellung würde dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter zudem erleichtern, sich durch Übertragung seines Geschäftsanteils der Einziehung zu entziehen.<sup>101</sup>

Der **Normzweck** des **§ 16 Abs. 1 GmbHG** steht der Einziehung eines nach unwirksamer Einziehung bestehenden, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragenen Geschäftsanteils nicht entgegen.<sup>102</sup>

Die Regelung soll zum einen zur Missbrauchs- und Geldwäschebekämpfung **Transparenz** über die **Anteilseigner** bewirken und damit Vermögensverschiebungen mit kriminellem Hintergrund auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage verhindern. Zum anderen dient sie der **Rechtssicherheit** und **Rechtsklarheit**, indem innerhalb der Gesellschaft eindeutige Verhältnisse

---

<sup>100</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

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

<sup>102</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

geschaffen werden, wer im Verhältnis zur Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist. Der Einziehung eines bestehenden, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragenen Geschäftsanteils steht dieses Ziel nicht entgegen, weil die Liste nach erneuter wirksamer Einziehung der materiellen Rechtslage entspricht und damit sowohl eine zutreffende Darstellung der Anteilseigner nach außen als auch Rechtssicherheit nach innen herstellt.<sup>103</sup>

Die **Rechte** des von der Einziehung **betroffenen Gesellschafters** müssen durch **Ladung** wie ein Gesellschafter gewahrt werden, wenn die Gesellschaft ihn hinsichtlich der Einziehung wieder als Gesellschafter behandeln will.<sup>104</sup>

Zur Erhebung der **Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage** gegen den Einziehungsbeschluss ist der Betroffene befugt, auch wenn er im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen ist.<sup>105</sup> Dem Gesellschafter bleibt die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen. Diese **Rechtsschutzmöglichkeit** hängt nicht von der Eintragung des materiell berechtigten, von einem Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafters als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste ab. Das gilt nicht nur dann, wenn zwischen der Einziehung und der Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist. Der Rechtsschutz muss auch dann gewährleistet werden, wenn der Geschäftsanteil bereits im Zeitpunkt der Einziehung in der Gesellschafterliste nicht mehr geführt wird, da der Gesellschafter in gleicher Weise in seiner materiellen Gesellschafterstellung betroffen ist, wie ein

---

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

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>105</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil nach der Einziehung, aber vor Klageerhebung aus der Gesellschafterliste gestrichen wurde.<sup>106</sup>

c)

**Ansprüche** eines **Gesellschafters** auf Zahlung eines **Altersruhegeldes** aus einer **betrieblichen Altersversorgung** stellen **keine Forderungen** aus Rechtshandlungen dar, die einem **Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen**.<sup>107</sup>

Gemäß **§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO** sind nachrangige Verbindlichkeiten Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.<sup>108</sup> Ein **Gesellschafterdarlehen** liegt vor, wenn der Gesellschafter dem Schuldner einen Geldbetrag in einer vereinbarten Höhe zur Verfügung gestellt hat (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und der Schuldner verpflichtet ist, das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diesen Gesellschafterdarlehen stellt § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in sachlicher Hinsicht Forderungen aus **Rechtshandlungen gleich**, die einem Gesellschafterdarlehen **wirtschaftlich entsprechen**. Maßgeblich ist, ob eine Rechtshandlung vorliegt, mit welcher der Gesellschafter in einer einem Gelddarlehen vergleichbaren Weise der Gesellschaft **temporär Liquidität** verschafft.<sup>109</sup> Dies ist der Fall für jede Forderung eines Gesellschafters auf Rückzahlung eines von ihm aus seinem Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Geldbetrages, sofern ein solcher Rückzahlungsanspruch durchgängig seit der Überlassung des Geldes bestand und sich Gesellschafter und Gesellschaft von vorneherein einig waren, dass die Gesellschaft das Geld zurückzuzahlen habe. Weiter kann eine Forderung als darlehensgleich zu beurteilen sein, wenn der Gesellschafter einen fälligen Anspruch darlehensfremder Art nicht gegen die Gesellschaft geltend macht. Die **rechtliche oder faktische Stundung** einer Forderung entspricht bei

---

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>107</sup> Urteil vom 22. Oktober 2020 – [IX ZR 231/19](#) – juris.

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

wirtschaftlicher Betrachtung einem Vereinbarungsdarlehen, bei dem eine ursprünglich auf einem anderen Rechtsgrund beruhende Forderung künftig als Darlehen geschuldet wird.<sup>110</sup>

Daher können auch alle aus **Austauschgeschäften** mit der Gesellschaft herrührenden Geldforderungen des Gesellschafters ungeachtet des Entstehungsgrundes wirtschaftlich einem Darlehen entsprechen. Dies setzt voraus, dass die Geldforderung des Gesellschafters der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wird, weil eine **Stundung** bei **wirtschaftlicher Betrachtung** eine **Darlehensgewährung** bewirkt. Hinsichtlich des **Zeitraums**, ab dem bei Austauschgeschäften die Entgeltforderung als wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO anzusehen ist, ist dabei zu unterscheiden.<sup>111</sup>

Liegt ein **echter Leistungsaustausch Zug-um-Zug** gemäß § 320 BGB vor, liegt **keine darlehensgleiche Leistung** vor. Ebenso scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehen führt, stets aus, wenn eine Leistung **bargeschäftlich** abgewickelt wird.<sup>112</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei Austauschgeschäften eine der Leistung des Gesellschafters an die Gesellschaft zeitlich nachfolgende Entgeltzahlung der Gesellschaft immer dann zu einer Einordnung als wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung führt, wenn der für ein Bargeschäft unschädliche Zeitraum überschritten wird. Entscheidend ist, ob die **zeitliche Streckung** des **Leistungsaustausches** zwischen Gesellschaft und Gesellschafter nach der Vertragsgestaltung oder der tatsächlichen Handhabung in einer **Gesamtschau** den Schluss auf eine **Kreditgewährung** rechtfertigt.<sup>113</sup>

Der **Gesetzgeber** hat die angeordneten Rechtsfolgen des **Nachrangs** und der **Anfechtbarkeit** einer Zahlung **bewusst** auf **Darlehen beschränkt**. Die

---

<sup>110</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

daher erforderliche Abgrenzung, wann eine Forderung des Gesellschafters als wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehend anzusehen ist und wann nicht, richtet sich danach, ob die Rechtshandlung dazu führt, dass die Forderung des Gesellschafters eine dem **typischen Darlehen entsprechende Finanzierungsfunktion** hat.<sup>114</sup> Hierzu bedarf es bei **Austauschgeschäften** einer **wertenden Betrachtung** und einer genauen Analyse des Einzelfalls. In solchen Fällen **reicht keineswegs jede geringfügige Überschreitung** der marktüblichen oder vereinbarten **Zahlungsfrist**. Ebenso wenig führt jede **(faktische) Stundung** über den für einen Baraustausch unschädlichen Zeitraum hinaus dazu, dass eine Forderung aus einem Austauschgeschäft als Darlehen zu qualifizieren ist. Bei von vornherein getroffenen Fälligkeitsvereinbarungen in Austauschverträgen liegt schließlich erst dann eine wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechende Forderung vor, wenn sie **deutlich** von **marktüblichen Konditionen abweichen**. Für die Bestimmung des Fälligkeitszeitpunkts ist den Vertragspartnern ein gewisser Gestaltungsspielraum zuzubilligen.<sup>115</sup>

Überschreitet der zeitliche Abstand beim Austausch von Leistung und Gegenleistung den von markt- oder verkehrsüblichen Regelungen gesteckten Rahmen eindeutig, liegt eine einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Leistung vor. Dies ist in der Regel erst anzunehmen, wenn eine Forderung aus einem Austauschgeschäft **länger als drei Monate** stehen gelassen wird. Unterhalb dieser Grenze bedarf es bei Austauschgeschäften im Rahmen der Gesamtschau **weiterer Indizien**, um eine verzögerte Zahlung der Gesellschaft als wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen gleichstehend zu behandeln.<sup>116</sup> In dieser Behandlung von Austauschgeschäften liegt **keine** gegenüber kurzfristigen Überbrückungskrediten **sachwidrige Ungleichbehandlung**.

---

<sup>114</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>115</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

Es geht bei der Gleichstellung darum, ob die Rechtshandlung die Bewertung als Gewährung eines Gelddarlehens rechtfertigt. Da der Gesellschaft bei Austauschgeschäften keine Geldleistung, sondern eine Sachleistung des Gesellschafters zufließt, ist es nicht geboten, die verspätete Bezahlung eines Austauschgeschäfts stets als Gesellschafterdarlehen zu behandeln. § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt. 2 InsO zielt darauf, die Regelungen über Darlehen auf vergleichbare Sachverhalte zu erstrecken, nicht dahin, jedes Gesellschaftergeschäft zu erfassen (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 56; BT-Drucks. 8/1347, S. 40 zu § 32a GmbHG).<sup>117</sup>

Anders liegt der Fall, wenn Gesellschafter und Gesellschaft die Austauschgeschäfte so ausgestalten, dass sich daraus eine dauerhafte Kreditgewährung durch den Gesellschafter ergibt. Eine wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen entsprechende Leistung kommt bei Austauschgeschäften weiter in Betracht, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft den Erwerb von einem Dritten mittelbar finanziert, etwa indem der Gesellschafter den Gegenstand vom Dritten erwirbt und ihn sodann an die Gesellschaft weiterveräußert.<sup>118</sup>

Nach diesen Maßstäben ist der **Anspruch auf Altersruhegeld keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung**.<sup>119</sup> Bei gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG übergegangene Ansprüche aus einer Pensionszusage handelt es sich um einfache, nicht gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangige Forderungen.<sup>120</sup> Allerdings hat das betriebliche Altersruhegeld insbesondere für Geschäftsführer nicht nur Versorgungs-, sondern auch Entgeltcharakter und ist damit auch Gegenleistung aus dem Dienst- oder Arbeitsvertrag. Der Leistung des Versorgungsschuldners steht als Gegenleistung die von dem anderen Teil erbrachte und weiterhin erwartete Betriebstreue gegenüber. Zwischen der vom Unternehmer angebotenen Versorgung und

---

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

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

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

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

dem mit ihr abgegotenen Verzicht des Dienstverpflichteten auf einen möglichen Betriebswechsel besteht daher ein Austauschverhältnis. Jedoch ist die Entgeltlichkeit nicht so zu verstehen, dass eine Versorgungsrente unmittelbar auf die Arbeitsleistung zu beziehen und wie ein vorenthaltener Teil des Arbeitslohnes zu betrachten wäre.<sup>121</sup>

Zutreffend ist weiter, dass die Gesellschaft das Ruhegehalt erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses auszahlt. Dabei kann dahinstehen, ob die Ansprüche des Berechtigten aus der Ruhegehaltszusage zugleich aufschiebend befristet und aufschiebend bedingt erst mit dem Versorgungsfall entstehen oder ob es sich dabei um betagte, bereits während des Dienstverhältnisses entstandene Ansprüche handelt. In beiden Fällen liegt zwischen der Leistung des Gesellschafters und der finanziellen Gegenleistung der Gesellschaft ein zeitlicher Abstand. Dies gilt insbesondere, wenn die Gesellschaft eine **unmittelbare Versorgungszusage** erteilt. In diesem Fall verpflichtet sich die Gesellschaft gegenüber dem Berechtigten, die Versorgungsleistungen selbst zu erbringen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BetrAVG). Dann erfolgen die Ausgaben für die Altersversorgung sowohl bei laufenden Rentenzahlungen als auch bei einmaligen Kapitalleistungen erst nach Eintritt des Versorgungsfalles.<sup>122</sup>

Das begründet jedoch keine wirtschaftlich einem Darlehen gleichstehende Forderung.<sup>123</sup> Stehen gelassene Gehaltsansprüche eines Gesellschafters können wirtschaftlich einem Darlehen entsprechen. Dies kommt weiter in Betracht, wenn die Gehaltsansprüche eines Gesellschafters als Gegenleistung für eine bereits erbrachte Leistung aufgrund einer Vereinbarung erst zukünftig in erheblichem zeitlichen Abstand zur Leistung des Gesellschafters erfüllt werden sollen, sei es, weil die Fälligkeit hinausgeschoben wird, sei es, weil sie unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung stehen. Maßgeblich ist stets, ob die Vereinbarungen oder die tatsächliche

---

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>122</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>123</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

Handhabung dazu führen, dass die Gehaltsansprüche des Gesellschafters in einer einem Darlehen wirtschaftlich vergleichbaren Weise eine Finanzierung der Gesellschaft ermöglichen.<sup>124</sup>

Dies trifft auf Ansprüche des Gesellschafters aus einer unmittelbaren Versorgungszusage der Gesellschaft jedoch nicht schon dann zu, wenn die Gesellschaft zunächst keine Finanzmittel aufbringen muss, um die versprochene Altersversorgung des Gesellschafters zu gewährleisten.<sup>125</sup>

**Entscheidend** für die Gleichstellung ist die **Finanzierungsfunktion**. Allein der **Entgeltcharakter** des Altersruhegeldes **genügt** hierzu **nicht**. Ebenso wenig begründet das Leistungsversprechen der Gesellschaft eine einem Darlehen wirtschaftlich vergleichbare Forderung. Bei der Zusage eines im Versorgungsfall zu zahlenden **Altersruhegeldes** geht es **nicht** darum, **temporär** die **Liquidität** der **Gesellschaft zu verbessern, sondern dem Arbeitnehmer zusätzlich** zum Lohn eine **Altersabsicherung** zu verschaffen.<sup>126</sup>

Es kommt hinzu, dass sich die Zusage eines Altersruhegeldes auch in der Sache grundlegend von der Gewährung eines Darlehens nach § 488 BGB unterscheidet. Mit der Zusage eines Altersruhegeldes verspricht die Gesellschaft eine zukünftige, von der Bedingung des Erlebensfalls abhängige und zudem in ihrer Zeitdauer und Höhe ungewisse Leistung. Dieses Versprechen entspricht wirtschaftlich schon deshalb keinem Darlehen, weil zum Zeitpunkt seiner Erteilung unklar ist, ob und in welchem Umfang der Gesellschafter tatsächlich Leistungen erhalten soll.<sup>127</sup>

#### d)

**Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen einer GmbH ist ein **Gesellschafterbeschluss** nach **§ 46 Nr. 8 GmbHG** für eine

---

<sup>124</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>125</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>127</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

**Klageerhebung** gegen den (früheren) Geschäftsführer **nicht** mehr **erforderlich**. In der Insolvenz wird dieses Recht vom Insolvenzverwalter ausgeübt, dessen Entschließung in der Klageerhebung zu sehen ist. Da der Insolvenzverwalter zur Klageerhebung keines Gesellschafterbeschlusses bedarf, ist einer solcher Beschluss auch zur Fortführung der Klage nach der Abtretung der Ansprüche an ihn während des Verfahrens nicht erforderlich.<sup>128</sup>

Der **Einzug** von **Forderungen** einer **insolvenzreifen GmbH** auf ein **debitorisches Konto** ist grundsätzlich eine **masseschmälernde Zahlung** i.S.v. **§ 64 Satz 1 GmbHG**, weil dadurch das **Aktivvermögen** der Gesellschaft zu Gunsten der Bank **geschmälert** wird. Der auf das debitorische Konto eingezahlte Betrag wird aufgrund der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo bzw. mit dem Kreditrückzahlungsanspruch der Bank verrechnet und damit mit Gesellschaftsmitteln an einen Gläubiger, hier die Bank, gezahlt. Insoweit liegt der Fall im Ergebnis nicht anders als wenn die GmbH mit Barmitteln, die von einem ihrer Schuldner in ihre Kasse gelangt sind, einen Gläubiger durch Barzahlung befriedigt.<sup>129</sup>

Eine **masseschmälernde Zahlung scheidet** hingegen **aus**, soweit infolge der Verminderung des Sollsaldo durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung **Sicherheiten** zugunsten der Masse **frei** geworden sind.<sup>130</sup> Die **Ersatzpflicht** des **Organs** für Zahlungen nach Insolvenzreife gemäß **§ 64 Satz 1 GmbHG entfällt**, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr **ausgeglichen** wird. Wenn eine Zahlung an einen absonderungsberechtigten, durch eine Gesellschaftssicherheit besicherten Gläubiger geleistet wird, liegt ein **Aktivtausch** vor, soweit infolge der Zahlung die Gesellschaftssicherheit frei wird und der Verwertung zugunsten aller Gläubiger zur

---

<sup>128</sup> Urteil vom 27. Oktober 2020 – [II ZR 355/18](#) – juris, Rn. 24.

<sup>129</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>130</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

Verfügung steht. Bei einem solchen Aktiventausch entfällt im wirtschaftlichen Ergebnis eine masseschädliche Zahlung.<sup>131</sup>

Dagegen ist es nicht erforderlich, dass der Gegenstand des Massezuflusses auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch vorhanden ist. **Maßgeblich** für die Bewertung ist der **Zeitpunkt**, in dem die **Masseverkürzung** durch einen Massezufluss **ausgeglichen** wird, nicht der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung. Die Masseverkürzung ist ausgeglichen und die Haftung des Organs für die masseverkürzende Leistung entfällt, sobald und soweit ein ausgleichender Wert **endgültig** in das **Gesellschaftsvermögen** gelangt ist.<sup>132</sup>

Ob ein **Aktiventausch** nur in Betracht kommt, wenn sich der Gegenwert zum Zeitpunkt der Zahlung nicht ohnehin bereits in der Masse befunden hat, oder ob auch eine **Vorleistung** des **Vertragspartners** eine spätere Auszahlung kompensieren kann, ist umstritten.<sup>133</sup> Nach Ansicht des II. Zivilsenats können Zahlungen aus dem Vermögen einer insolvenzreifen Gesellschaft grundsätzlich **nicht** durch Vorleistungen des Zahlungsempfängers **kompensiert** werden.<sup>134</sup>

Dies ergibt sich aus **Sinn und Zweck** von **§ 64 Satz 1 GmbHG**. Ziel der Vorschrift ist es, **Masseverkürzungen** im Vorfeld des Insolvenzverfahrens **zu verhindern** bzw. für den Fall, dass der **Geschäftsführer** dieser Massesicherungspflicht nicht nachkommt, sicherzustellen, dass das **Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt** wird, damit es im Insolvenzverfahren zur **ranggerechten** und **gleichmäßigen Befriedigung** aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht. Der Geschäftsführer muss nach Eintritt der Insolvenzreife nicht nur **Insolvenzantrag** stellen (§ 15a InsO), sondern im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger die noch verbliebene **Masse erhalten**. Zur **Masse** gehören auch **Vorleistungen**, die in das Vermögen der

---

<sup>131</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>132</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>133</sup> a.a.O., juris, Rn. 41.

<sup>134</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

Gesellschaft gelangen. Ebenso wie ein als Vorleistung dem Konto der Gesellschaft gutgeschriebener Betrag in deren Vermögen zu verbleiben hat, um nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zur Verfügung zu stehen, hat auch eine nicht in einer Geldzahlung bestehende Vorleistung im Vermögen der Gesellschaft zu verbleiben. Die Bezahlung einer solchen Vorleistung ist kein Ausgleich für eine Masseschmälerung, sondern schmälert die Masse, was mit § 64 GmbHG gerade verhindert werden soll.<sup>135</sup>

Dabei kommt es auch **nicht** zu **Unstimmigkeiten** mit dem **Bargeschäftsprivileg** bei Insolvenzanfechtung. Aus dem Vorliegen eines Bargeschäfts kann nicht auf das Entfallen der Haftung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG geschlossen werden. Die insolvenzrechtliche Anfechtungsfestigkeit ändert nichts daran, dass der Nachteil der Masse durch den Geschäftsführer auszugleichen ist. Auch wenn sowohl das Anfechtungsrecht als auch § 64 Satz 1 GmbHG u.a. der Erhaltung der Aktivmasse dienen, haben ihre Ausnahmen eine unterschiedliche Zweckrichtung. Während die Regeln des Bargeschäfts in § 142 InsO dem Schutz des Geschäftsgegners und der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs dienen, bezwecken die Regeln zum Aktiventausch lediglich die Vermeidung einer Überkompensation. Der Geschäftsführer einer insolvenzreifen Gesellschaft, der die Zahlung eines vorleistenden Gläubigers einzieht, haftet diesem aus § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB. Dieser Haftung kann er sich nicht durch Erfüllung der Gegenforderung zu Lasten der Gläubigergesamtheit entziehen.<sup>136</sup>

Die Bezahlung einer unter **Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware** führt zu einem Aktiventausch, wenn das Eigentum durch die Zahlung in das Gesellschaftsvermögen gelangt und werthaltig ist. Eine Lieferung unter Eigentumsvorbehalt führt in der Insolvenz zu einem Aussonderungsrecht gemäß § 47 InsO an der mit dem Vorbehaltseigentum belasteten Sache. Regelmä-

---

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

<sup>136</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.

ßig führt erst die Bezahlung der Forderung des Vorbehaltsverkäufers zu einem Eigentumsübergang auf die Gesellschaft, zu einem Entfallen des Aussonderungsrechtes und damit zu einer Verwertbarkeit des Vertragsgegenstandes zugunsten der Gläubigergesamtheit.<sup>137</sup>

Nach **§ 64 Satz 2 GmbHG** wird das **Verschulden** des **Geschäftsführers vermutet**, wenn er trotz objektiv bestehender Insolvenzreife Zahlungen leistet. Dem Geschäftsführer, der die Vermutung schuldhaften Verhaltens zu widerlegen hat, obliegt es, die Gründe vorzutragen und zu erläutern, die ihn gehindert haben, eine tatsächlich bestehende Insolvenzreife der Gesellschaft zu erkennen. Bei der Bewertung dieses Vorbringens ist zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für eine **Organisation** sorgen muss, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise hat er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen. Greift er dazu auf **externen Sachverstand** zurück, kann ihn eine Fortführungsempfehlung nur entschuldigen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen **fachlich qualifizierten Person** hat beraten lassen. Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfergebnis einer **Plausibilitätskontrolle** zu unterziehen.<sup>138</sup>

Diesen **Anforderungen** an die Darlegung von Entschuldigungsgründen genügt das **allgemeine Vorbringen** des Geschäftsführers nicht, wonach die Schuldnerin „ständig“ von derselben Steuerberatungskanzlei beraten worden sei, der Steuerberater “stets Zugriff auf sämtliche die Liquidität des Un-

---

<sup>137</sup> a.a.O., juris, Rn. 50.

<sup>138</sup> a.a.O., juris, Rn. 53.

ternehmens betreffenden Unterlagen gehabt“ habe und ihm, dem Beklagten, „stets“ klar mitgeteilt worden sei, dass kein Grund für einen Insolvenzantrag bestehe. Weder ist damit eine Auskunft vorgetragen, die einer Plausibilitätsprüfung unterzogen werden konnte, noch ist nach diesem Vortrag ein Auftrag zur Prüfung der Liquiditätslage und Insolvenzreife der Schuldnerin auf vollständiger Tatsachengrundlage erteilt worden.<sup>139</sup>

**e)**

Bei dem in **§ 64 Satz 1 GmbHG** geregelten **Anspruch** handelt es sich um einen **gesetzlichen Haftpflichtanspruch** auf **Schadensersatz** i.S.v. Ziff. 1.1. der AVB für die **Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung** von Unternehmensleitern und Leitenden Angestellten.<sup>140</sup>

Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht.<sup>141</sup> Nach diesen Maßstäben ergibt die **Auslegung** von Ziff. 1.1 ULLA für den durchschnittlichen, hier mithin geschäftserfahrenen und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertrauten Versicherungsnehmer/Versicherten einer D & O-Versicherung, dass der in § 64 Satz 1 GmbHG geregelte Anspruch ein bedingungsgemäßer gesetzlicher Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz ist.<sup>142</sup> Die Vorschrift knüpft an nach Insolvenzreife geleistete, zur Masseschmälerung führende Zahlungen unabhängig vom Willen der beteiligten Parteien die rechtliche Verpflichtung des Geschäftsführers, diese Zahlungen der Gesellschaft zu ersetzen.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> a.a.O., juris, Rn. 54.

<sup>140</sup> Urteil vom 18. November 2020 – [IV ZR 217/19](#) – juris, Rn. 10.

<sup>141</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>142</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>143</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

Ausgehend vom **Wortlaut** der Klausel und dem für ihn erkennbaren **Zweck** der **D & O-Versicherung** wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte den Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG auch als Schadensersatzanspruch im Sinne der Versicherungsbedingungen ansehen.<sup>144</sup> Er wird dem Wortlaut der Klausel zunächst entnehmen, dass die hier genommene Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung nicht sämtliche mit der Tätigkeit eines Geschäftsführers einhergehende Risiken abdeckt, sondern Versicherungsschutz nur für eine Inanspruchnahme der versicherten Person wegen Vermögensschäden gewährt, also solcher **Schäden**, die gemäß Ziff. 1.3 ULLA **weder Personen- noch Sachschäden** sind. Er erkennt zudem, dass lediglich auf Schadensersatz gerichtete Ansprüche und somit keine Ansprüche wegen **Eigenschäden** der versicherten Person oder Ansprüche auf Erfüllung vertraglicher Leistungsverpflichtungen erfasst sind.<sup>145</sup>

Den in § 64 Satz 1 GmbHG geregelten Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz von nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleisteten Zahlungen wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte als auf bedingungsgemäßen Schadensersatz gerichtet ansehen.<sup>146</sup> Der in Ziff. 1.1 ULLA verwendete Ausdruck „Schadensersatz“ verweist ihn nicht auf den Bereich der Rechtssprache, weil es dort **keinen in seinen Konturen eindeutig festgelegten Schadensersatzbegriff** gibt.<sup>147</sup>

Anders wird der Versicherungsnehmer/Versicherte die Klausel auch nicht infolge der **rechtsdogmatischen Einordnung** des Anspruchs aus § 64 Satz 1 GmbHG verstehen.<sup>148</sup> § 64 Satz 1 GmbHG erfasst im Regelfall **nicht** einen **Schaden** der **Schuldnerin**, da die verbotswidrigen Zahlungen in der Regel der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten dienen und deshalb bei ihr nicht zu einem Vermögensschaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB führen. **Verringert** wird **nur** die **Insolvenzmasse** in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was

---

<sup>144</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>145</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>146</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>147</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>148</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

zu einem **Schaden** allein der **Insolvenzgläubiger** führt. Der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG wird daher von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **nicht** als **Deliktstatbestand**, sondern als **eigenständige Anspruchsgrundlage** bzw. als „Ersatzanspruch eigener Art“ eingeordnet, der seiner Natur nach darauf gerichtet ist, das Gesellschaftsvermögen wieder aufzufüllen, damit es im Insolvenzverfahren zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht.<sup>149</sup> **Rechtsdogmatisch** betrachtet ist der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG die Rechtsfolge eines **Eingriffs** in die mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin geänderte **Forderungszuständigkeit**. Diese Forderungszuständigkeit geht in der Weise vom einzelnen Gläubiger auf das Gläubigerkollektiv mit dem Ziel einer gleichmäßigen Verteilung der Masse über, dass dem **Geschäftsführer** ein **Zahlungsverbot** auferlegt wird und der Anspruch der Schuldnerin aus § 64 Satz 1 GmbHG dem Umstand Rechnung trage, dass das eigentlich forderungszuständige Gläubigerkollektiv bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit noch keine eigene Rechtspersönlichkeit habe.<sup>150</sup>

Jedoch kann selbst von einem geschäftserfahrenen und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertrauten, dennoch nicht juristisch oder versicherungsrechtlich vorgebildeten Versicherungsnehmer/Versicherten einer D & O-Versicherung weder diese komplexe rechtsdogmatische Einordnung des Anspruchs aus § 64 Satz 1 GmbHG noch ein darauf gestütztes Verständnis des in Ziff. 1.1 ULLA formulierten Leistungsversprechens erwartet werden. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte kann und muss mithin solche rechtsdogmatischen Überlegungen beim Bemühen um das Verständnis von Ziff. 1.1 ULLA nicht anstellen.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>150</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>151</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

Die Einbeziehung von Ansprüchen aus § 64 Satz 1 GmbHG in den Versicherungsschutz entspricht auch dem für den Versicherungsnehmer/Versicherten erkennbaren **Zweck des Versicherungsvertrages**.<sup>152</sup> Die bei der Beklagten gehaltene D & O-Versicherung dient als **Fremdversicherung** der Absicherung der versicherten Personen, die im Bereich der Außen- und auch der Innenhaftung von Schadensersatzansprüchen befreit werden sollen. Anders als das Berufungsgericht meint, werden vom Versicherungsschutz daher nicht primär die Vermögensinteressen der Versicherungsnehmerin, sondern die der versicherten Person geschützt. Der Schutz auch der Vermögensinteressen des Versicherungsnehmers ist lediglich eine Reflexwirkung des versicherten Haftpflichtinteresses der versicherten Person.<sup>153</sup>

#### 4. Recht der Aktiengesellschaft

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

##### a)

Die aufgrund einer **gerichtlichen Ermächtigung** der **Minderheitsaktionäre** gemäß **§ 122 Abs. 3 Satz 1 AktG** auf die **Tagesordnung** zu setzenden Gegenstände müssen bei einer **nicht börsennotierten AG** so **rechtzeitig bekannt gemacht** werden, dass die Aktionäre ausreichend Zeit haben, sich mit der ergänzten Tagesordnung zu befassen, darüber zu befinden, ob sie an der **Hauptversammlung teilnehmen** wollen, und die Teilnahmevoraussetzungen zu erfüllen.<sup>154</sup>

Nach **§ 123 Abs. 1 Satz 1 AktG** ist die **Hauptversammlung** mindestens 30 Tage vor dem Tage der Versammlung **einzuberufen**, wobei der Tag der Einberufung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht mitzurechnen ist. In der

---

<sup>152</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>153</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>154</sup> Urteil vom 14. Juli 2020 – [II ZR 255/18](#) – juris, Rn. 12.

Einberufung ist nach § 121 Abs. 3 Satz 2 AktG die **Tagesordnung** anzugeben. Sinn der Bekanntmachung der Tagesordnungspunkte einschließlich der Beschlussvorschläge mit der Einberufung ist eine sachgemäße Information der Aktionäre, aufgrund der sie nicht nur in die Lage versetzt werden sollen, sich mit den einzelnen Gegenständen der Tagesordnung zu befassen und aufgrund dieser Vorbereitung ihr Rede-, Frage- und Stimmrecht sinnvoll auszuüben, sondern auch, darüber zu befinden, ob sie überhaupt an der Hauptversammlung selbst oder vertreten durch Dritte teilnehmen wollen.<sup>155</sup>

Das **Recht** der **Aktionäre** auf **sachgerechte Information** muss genauso gewahrt werden, wenn die Gegenstände der Tagesordnung nicht in der Einberufung, sondern später nach einem **Ergänzungsverlangen** einer Minderheit bekanntgemacht werden.<sup>156</sup>

Ist das Verlangen nach § 122 Abs. 2 Satz 1 AktG, Gegenstände auf die Tagesordnung zu setzen und bekanntzumachen, der Gesellschaft erst nach der Einberufung der Hauptversammlung zugegangen, sind die von dem Ergänzungsverlangen erfassten Gegenstände nach § 124 Abs. 1 Satz 1 AktG unverzüglich nach Zugang des Verlangens bekannt zu machen. Das gilt auch dann, wenn die Tagesordnung einer Hauptversammlung, die auf ein Minderheitsverlangen hin einberufen wurde, ergänzt werden soll.<sup>157</sup>

Das **Erfordernis** einer **unverzüglichen Bekanntmachung** ist nicht nur als **Handlungsanweisung** an den **Vorstand** zu verstehen, für eine schnelle Bekanntmachung der Gegenstände zu sorgen, damit das Anliegen der Minderheit noch auf einer anstehenden Hauptversammlung behandelt werden kann. Der Vorstand trägt damit auch den **berechtigten Informationsinteressen** der anderen **Aktionäre** Rechnung. Denn der der Verpflichtung zur

---

<sup>155</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>156</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>157</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

Bekanntmachung der Tagesordnungspunkte mit der Einberufung innewohnende Zweck einer sachgemäßen Information der Aktionäre kommt auch dem in § 124 Abs. 1 Satz 1 AktG geregelten Erfordernis der unverzüglichen Bekanntmachung die Tagesordnung ergänzender Gegenstände zusammen mit dem in § 122 Abs. 2 Satz 3 AktG angeordneten Mindestabstand des Ergänzungsverlangens zur Hauptversammlung von 24 Tagen zu. Damit sachgerecht über ergänzte Gegenstände beraten und gegebenenfalls abgestimmt werden kann, müssen die Aktionäre vor der Hauptversammlung ausreichend Zeit zur Vorbereitung haben. Gegebenenfalls wird zudem die Entscheidung zur Teilnahme an der Hauptversammlung durch die ergänzten Tagesordnungspunkte beeinflusst. Daher muss, wenn ergänzte Gegenstände zur Tagesordnung erst nach der Einberufung bekannt gemacht werden, vor der Hauptversammlung oder vor dem letzten Anmelde- und/oder Nachweistag ein angemessener Prüfungszeitraum für die Aktionäre verbleiben (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie [ARUG], BT-Drucks. 16/11642, S. 30). Auch die dem Vorstand zuzubilligende Frist zur rechtlichen Überprüfung des Ergänzungsverlangens darf nicht dazu führen, dass die Ergänzung der Tagesordnung nicht mehr rechtzeitig bekannt gemacht werden kann.<sup>158</sup>

Das Recht der Aktionäre auf sachgerechte Information muss auch dann im Spannungsverhältnis mit dem **Recht der Minderheit**, die Möglichkeit zu erhalten, den Willen anderer Aktionäre in einer Hauptversammlung zu beeinflussen, gewahrt werden, wenn nicht der Vorstand, sondern die Minderheitsaktionäre die ergänzte Tagesordnung nach einer gerichtlichen Ermächtigung bekanntmachen.<sup>159</sup>

Wird dem Verlangen nach § 122 Abs. 2 AktG, dass Gegenstände auf die Tagesordnung gesetzt und bekanntgemacht werden, nicht entsprochen, kann das **Gericht** die Aktionäre, die das Verlangen gestellt haben, auf Antrag ermächtigen, den Gegenstand bekanntzumachen (§ 122 Abs. 3 Satz 1

---

<sup>158</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>159</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

AktG). Der Vorstand entspricht dem Ergänzungsverlangen nicht, wenn er es ausdrücklich zurückweist oder über eine ihm zuzubilligende Prüfungsfrist hinaus untätig bleibt.<sup>160</sup>

Die **gerichtliche Ermächtigung** zur **Bekanntmachung** ergänzender **Tagesordnungspunkte** gilt für die folgende Hauptversammlung, wenn von ihr für die anstehende Hauptversammlung im Hinblick auf die Bekanntmachungsfrist kein Gebrauch mehr gemacht werden kann. Die Stellung eines erneuten Ergänzungsverlangens, das je nach Reaktion des Vorstands erneut gerichtlich durchgesetzt werden müsste, ist der Minderheit nicht zuzumuten. Insoweit gilt nichts anderes als bei der gerichtlichen Ermächtigung zur Einberufung einer Hauptversammlung. Die gerichtliche Ermächtigung ist grundsätzlich erst erschöpft, wenn die Hauptverhandlung gesetzes- und satzungsgemäß einberufen und durchgeführt worden ist. Das folgt aus dem Zweck der Ermächtigung. § 122 Abs. 1 bis Abs. 3 AktG gewährleistet Minderheitsaktionären, dass die Hauptversammlung zusammentritt und sich mit Angelegenheiten befasst, deren Behandlung diese Aktionäre wünschen. Das Verlangen ist erst erfüllt, wenn die Hauptversammlung sich mit den der beantragten Ermächtigung zugrundeliegenden Gegenständen befasst hat.<sup>161</sup>

Unabhängig davon könnten die Minderheitsaktionäre ihr Verlangen, dass Gegenstände auf die Tagesordnung gesetzt und bekanntgemacht werden, weit im Vorfeld der nächsten erreichbaren Hauptversammlung vor deren Einberufung erneut stellen. Der Vorstand muss nach **erneutem Ergänzungsverlangen** vor der Einberufung die Gegenstände mit der Einberufung bekanntmachen (§ 124 Abs. 1 Satz 1 AktG). Unterlässt der Vorstand das, kommt das einer Ablehnung gleich und die Minderheitsaktionäre können unmittelbar nach der Einberufung bei Gericht um die Ermächtigung zur Bekanntmachung nachsuchen. In diesem Fall können die Minderheitsaktionäre die Gegenstände nach der gerichtlichen Ermächtigung so rechtzeitig

---

<sup>160</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>161</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

bekanntmachen, dass das Informationsinteresse der anderen Aktionäre gewahrt wird.<sup>162</sup>

Letztlich müssen die **Minderheitsaktionäre** nicht bis zur nächsten, vom Vorstand aus eigenem Antrieb einberufenen Hauptversammlung warten. Sie können **selbst aktiv** werden und nach § 122 Abs. 1 AktG verlangen, dass der Vorstand eine Hauptversammlung einberuft, damit diese sich mit den der beantragten Ermächtigung zugrundeliegenden Gegenständen befasst. Hierbei ist zwar zu beachten, dass das Einberufungsverlangen an dem vorgeschriebenen Quorum scheitert, wenn die Anteile der Minderheit zusammen den anteiligen Betrag von 500.000,00 € erreichen, nicht aber den zwanzigsten Teil des Grundkapitals. Diese Einschränkung betrifft indes größere Gesellschaften und daher in der Regel nicht die nicht börsennotierten Aktiengesellschaften. Kommt der Vorstand dem Verlangen nicht nach, kann sich die Minderheit nach § 122 Abs. 3 AktG zur Einberufung einer Hauptversammlung und der Bekanntmachung von Tagesordnungspunkten ermächtigen lassen. Die von den Minderheitsaktionären nach gerichtlicher Ermächtigung gemäß § 122 Abs. 3 AktG einberufene Hauptversammlung kann der Vorstand dann nicht mehr absagen, weshalb die Minderheitsaktionäre auch gegen einen obstruierenden Vorstand durchsetzen können, dass sich die Hauptversammlung mit Angelegenheiten befasst, deren Behandlung sie wünschen. Die mit der Verweisung der Aktionäre auf das Verfahren der gerichtlichen Ermächtigung nach § 122 Abs. 3 AktG gegebenenfalls verbundene Verzögerung ist nach der Wertung des Gesetzgebers grundsätzlich hinzunehmen.<sup>163</sup>

Soweit sich das Anliegen der Minderheit auf Gegenstände der Tagesordnung der aktuellen Hauptversammlung bezieht, bedürfen Anträge hierzu nach § 124 Abs. 4 Satz 2 AktG ohnehin keiner Bekanntmachung.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>163</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>164</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

Der in § 123 Abs. 4 Satz 2 AktG geregelte **Nachweisstichtag** kann bei einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft nicht als Grenze für die Bekanntmachung nach gerichtlicher Ermächtigung festgelegt werden. Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften (im Folgenden: Aktionärsrechterichtlinie) bestimmt, dass die Bekanntmachung „vor dem geltenden Nachweisstichtag im Sinne des Artikels 7 Absatz 2 erfolgt“. Um dieser Vorgabe der Aktionärsrechterichtlinie zu genügen, muss bei börsennotierten Inhaberaktien, für die § 123 Abs. 4 Satz 2 AktG den Nachweisstichtag auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung legt, die geänderte Tagesordnung spätestens am 22. Tag vor der Hauptversammlung bekannt gemacht werden. Das deutsche Recht trägt dem durch § 122 Abs. 2 Satz 3 AktG Rechnung, wonach Anträge auf Ergänzung der Tagesordnung bei börsennotierten Gesellschaften mindestens 30 Tage vor der Hauptversammlung zugehen müssen. So bleibt auch bei Inhaberaktien ein Zeitrahmen, der die Einhaltung der Vorgaben der Aktionärsrechterichtlinie erlaubt. Bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften taugt der Nachweisstichtag als zeitliche Grenze der Bekanntmachung durch den Vorstand nach einem Minderheitenverlangen nicht, da das Ergänzungsverlangen nach § 122 Abs. 2 Satz 3 AktG erst 24 Tage vor der Hauptversammlung eingehen muss und eine Veröffentlichung der ergänzten Tagesordnung nach sachgerechter Prüfung durch den Vorstand vor dem Nachweisstichtag nicht möglich ist. Diese Erwägung gilt erst recht für die Bekanntmachung aufgrund einer gerichtlichen Ermächtigung, die zeitlich später erteilt wird.<sup>165</sup>

Zur Bestimmung eines das Recht der Aktionäre auf sachgerechte Information währenden Zeitraums für die Bekanntmachung von Gegenständen nach einer gerichtlichen Ermächtigung i.S.d. § 122 Abs. 3 AktG wird als Ausgangspunkt die in der Fristenregelung für das Ergänzungsverlangen

---

<sup>165</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers für die Bekanntmachung durch den Vorstand bei börsennotierten Aktiengesellschaften herangezogen. Da das Verlangen 30 Tage vor der Versammlung zu stellen ist (§ 122 Abs. 2 Satz 3 AktG) stehen bei Beachtung des Nachweisstichtags in § 123 Abs. 4 Satz 2 AktG neun Tage für die nachträgliche Bekanntmachung zur Verfügung. Aus dem Umstand, dass neun Tage für Prüfung und Bekanntmachung in jedem Fall genügen müssen, wird gefolgert, dass die Ergänzung der Tagesordnung durch den Vorstand bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften spätestens 15 Tage vor der Hauptversammlung bekannt gemacht werden muss.<sup>166</sup>

Die **nicht ordnungsgemäße Bekanntmachung der Tagesordnung** führt als **Gesetzesverstoß** regelmäßig auf eine **Anfechtungsklage** hin zur **Nichtigerklärung** der die entsprechenden Tagesordnungspunkte betreffenden **Beschlüsse**. Nach der Rechtsprechung des Senats ist für die Nichtigerklärung bei einem Gesetzes- oder Satzungsverstoß nach § 243 Abs. 1 AktG die Relevanz des Verfahrensverstößes für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht eines objektiv urteilenden Aktionärs maßgebend, im Sinne eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gemäß § 243 Abs. 1 AktG rechtfertigt. Die Anfechtbarkeit ist danach nur dann ausgeschlossen, wenn dem Verfahrensverstoß die für eine sachgerechte Meinungsbildung eines objektiv urteilenden Aktionärs erforderliche Relevanz fehlt.<sup>167</sup>

Die **Relevanz** ist bei Bekanntmachungsmängeln i.S.v. § 124 Abs. 4 Satz 1 AktG **regelmäßig zu bejahen**. Nach dieser Vorschrift dürfen über Gegenstände der Tagesordnung, die nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sind, keine Beschlüsse gefasst werden. Der Regelung liegt die gesetzliche Wertung zugrunde, dass Bekanntmachungsmängel für das Teilhabe-

---

<sup>166</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>167</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

recht des Aktionärs grundsätzlich von Bedeutung sind. Das gilt insbesondere für die rechtzeitige Bekanntmachung ergänzender Tagesordnungspunkte, durch die den Aktionären ausreichend Zeit eingeräumt werden soll, sich mit der ergänzten Tagesordnung zu befassen und aufgrund dieser Vorbereitung ihr Rede-, Frage- und Stimmrecht sinnvoll auszuüben, und insbesondere darüber zu befinden, ob sie an der Hauptversammlung teilnehmen wollen.<sup>168</sup> Angesichts der **Bedeutung**, die der **rechtzeitigen Information** über ergänzte Gegenstände der Tagesordnung für die Aktionäre zukommt, ist der Gesetzesverstoß, der in der verspäteten Bekanntmachung am letzten möglichen Tag der Anmeldung zur Hauptversammlung liegt, zudem auch nicht etwa so marginal, dass ihm ausnahmsweise die erforderliche **Relevanz** für eine **sachgerechte Meinungsbildung** der Aktionäre abzusprechen wäre.<sup>169</sup>

In einem **atypischen Sonderfall** kann es verwehrt sein, sich auf einen Bekanntmachungsmangel zu stützen. Dies kann der Fall sein, wenn der Bekanntmachungsfehler für das Teilnahme- und Abstimmungsverhalten des klagenden Vorstandsmitglieds keine Bedeutung hatte, weil ihm die nicht bekanntgemachte Information ohnehin bekannt sein konnte und musste.<sup>170</sup>

Der **Einwand** eines **individuellen Rechtsmissbrauchs** durch Erhebung der Anfechtungsklage ist zwar grundsätzlich möglich. Die allgemeine Kontrollfunktion der Anfechtungsklage berührt den individuellen Charakter des Anfechtungsrechts des Aktionärs nicht. Ihm verbleibt in jedem Stadium des Verfahrens die Verfügungsbefugnis über sein Anfechtungsrecht. Wegen der im allgemeinen Interesse liegenden Kontrollfunktion des Anfechtungsrechts kommen Beschränkungen der gesetzlichen Anfechtungsbefugnis aufgrund eines individuellen Rechtsmissbrauchs aber allenfalls ausnahmsweise bei einzelnen klar abgrenzbaren Fallgestaltungen in Betracht.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>169</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>170</sup> a.a.O., juris, Rn. 37.

<sup>171</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

b)

Ein **Beschluss** über die **Bestellung** eines **besonderen Vertreters** gemäß **§ 147 Abs. 2 Satz 1 AktG** setzt lediglich voraus, dass ein Beschluss zur Geltendmachung von **Ersatzansprüchen** gemäß **§ 147 Abs. 1 AktG bereits gefasst** wurde oder **zeitgleich** gefasst wird. Eine weitergehende „Glaubhaftmachung“ der Ersatzansprüche kann für den Bestellungsbeschluss mithin nicht gefordert werden. Setzt aber der Bestellungsbeschluss einen Geltendmachungsbeschluss voraus, so bestimmt dieser die geltend zu machenden Ersatzansprüche, während der Bestellungsbeschluss einer näheren Bestimmung nur bedarf, wenn nicht alle zur Geltendmachung beschlossenen Ersatzansprüche vom besonderen Vertreter geltend gemacht werden sollen. Entsprechend genügt im Bestellungsbeschluss eine Bezugnahme auf den Geltendmachungsbeschluss. Bei einer erneuten Prüfung der tatsächlichen Grundlagen der zur Geltendmachung beschlossenen Ersatzansprüche wäre nicht die gleiche, sondern dieselbe Rechtsfrage erneut zu beurteilen, nämlich die, ob der Geltendmachungsbeschluss hinreichend bestimmt ist.<sup>172</sup>

Ein **Geltendmachungsbeschluss** ist **nicht** deshalb **nichtig**, weil das Bestehen von **Ersatzansprüchen unwahrscheinlich** ist.<sup>173</sup> Es ist **umstritten**, ob ein Geltendmachungsbeschluss nichtig ist, wenn **tatsächliche Anhaltspunkte** für das Bestehen der Ersatzansprüche fehlen.<sup>174</sup> Von einer Ansicht wird bei einem Fehlen tatsächlicher Anhaltspunkte für das Bestehen von Ersatzansprüchen ein mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbarender Eingriff in das aktienrechtliche Kompetenzgefüge angenommen, was zu einer Nichtigkeit des Geltendmachungsbeschlusses gemäß § 241 Nr. 3 AktG führe.<sup>175</sup> Eine andere Ansicht nimmt hingegen in einem solchen Fall nur einen **Anfechtungsgrund** gemäß § 243 Abs. 1 AktG an.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Urteil vom 30. Juni 2020 – [II ZR 8/19](#) – juris, Rn. 17.

<sup>173</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>174</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>175</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>176</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

Der II. Zivilsenat schließt sich der zuletzt genannten Ansicht an. Ein **Geltendmachungsbeschluss** ist **nur nichtig**, wenn die **Ersatzansprüche nicht hinreichend individualisierbar** sind.<sup>177</sup>

Der **Lebenssachverhalt**, auf den der geltend zu machende Ersatzanspruch gestützt wird, muss in einem Geltendmachungsbeschluss gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG **ausreichend klar und konkret beschrieben** sein, damit Vorstand und Aufsichtsrat bzw. der besondere Vertreter den Umfang ihres Mandats erkennen können und die Gerichte im Falle der Bestellung eines besonderen Vertreters dessen Vertretungsmacht zu prüfen in der Lage sind.<sup>178</sup> Über diese Individualisierung der Ersatzansprüche hinausgehende Anforderungen an die Tatsachengrundlage führen **nicht** zur **Nichtigkeit** eines Geltendmachungsbeschlusses nach § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG.<sup>179</sup> Soweit zusätzliche Anforderungen an eine Tatsachengrundlage aus der Treuepflicht der Gesellschafter und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs hergeleitet werden, ist **Rechtsfolge** eines Verstoßes gegen die Treuepflicht stets nur die **Anfechtbarkeit** des Beschlusses.<sup>180</sup>

Zwar werden in Rechtsprechung und Schrifttum unter dem Erfordernis der Bestimmtheit **zusätzliche Anforderungen** an die Tatsachengrundlage gestellt. Der II. Zivilsenat lässt **offen**, ob derartige zusätzliche Anforderungen an die Tatsachengrundlage eines Geltendmachungsbeschlusses gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG zu stellen sind oder ob nicht vielmehr die mit Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. Januar 1986 zu § 46 Nr. 8 GmbHG entwickelten Grundsätze auf § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG zu übertragen sind. Danach reicht es grundsätzlich aus, dass der die Abstimmung beantragende Gesellschafter im Einzelnen umreißt, worin die Pflichtverletzung und der Tatbeitrag der einzelnen Mitgesellschafter besteht; ähnlich wie bei der von einer Minderheit nach § 147 AktG zu erzwingenden Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Gründer, Vorstandsmitglieder etc. ... kommt es

---

<sup>177</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>178</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>179</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>180</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

im GmbH-Recht **nicht** darauf an, ob der **Prozess Aussicht auf Erfolg** hat.<sup>181</sup> Das **Fehlen** tatsächlicher **Anhaltspunkte** oder einer überwiegenden **Wahrscheinlichkeit** führt jedenfalls **nicht** zu einer **Nichtigkeit** des Geltendmachungsbeschlusses. § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG weist der Hauptversammlung gerade das Recht zu, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu beschließen. Ein Beschluss, der auf unzureichenden Verdachtsmomenten beruht, greift nicht derart in das **Kompetenzgefüge** der Aktiengesellschaft ein, dass dies mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren wäre. Gleiches gilt für die Bestellung eines besonderen Vertreters. Obwohl dessen Bestellung das Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft ausschnittsweise ändert, führt nicht automatisch jeder einfache Rechtsfehler zu einem gemäß § 241 Nr. 3 AktG mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbarenden Eingriff in dieses Kompetenzgefüge.<sup>182</sup>

Der **Geltendmachungsbeschluss** ist auch **nicht** deswegen nach **§ 241 Nr. 3 AktG nichtig**, weil von ihm auch **konzernrechtliche Ansprüche**, nämlich Ansprüche gegen die Klägerin als das im faktischen Konzern herrschende Unternehmen und deren gesetzliche Vertreter gemäß § 317 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 AktG, **mitumfasst** sind.<sup>183</sup>

Ob Ansprüche gegen das im faktischen Konzern herrschende Unternehmen und dessen gesetzliche Vertreter gemäß § 317 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 AktG von § 147 Abs. 1 AktG erfasst sind, ist **umstritten**.<sup>184</sup> **Teilweise** wird vertreten, § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG **gelte nicht** für Ansprüche aus §§ 309, 317 AktG, da der Wortlaut des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG die Ansprüche nach §§ 309, 317 AktG nicht erwähne.

---

<sup>181</sup> a.a.O., juris, Rn. 29 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 20. Januar 1986 – II ZR 73/85 – juris, Rn. 14.

<sup>182</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>183</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>184</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

**Andere** gehen hingegen davon aus, dass § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG auch Ansprüche nach §§ 309, 317 AktG erfasst, mithin ein Nebeneinander der Einzelklagebefugnis des Aktionärs und des Klageerzwingungsrechts nach §§ 147 f. AktG besteht.<sup>185</sup> Der **II. Zivilsenat** schließt sich der letztgenannten Auffassung an. **Konzernrechtliche Haftungsansprüche** nach **§§ 309, 317 AktG** gehören zu den **Ersatzansprüchen gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG**.<sup>186</sup>

Der **Wortlaut** des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG steht einer Einbeziehung der §§ 309, 317 AktG nicht entgegen. Zwar erstreckt sich der Wortlaut des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht auf die Ansprüche gegen das im faktischen Konzern (zum Vertragskonzern: § 308 AktG) herrschende Unternehmen und dessen gesetzliche Vertreter gemäß § 317 Abs. 1, Abs. 3 AktG. Anekdotischermaßen ist der Wortlaut der Norm aber auch hinsichtlich der Ansprüche nach §§ 310, 318 AktG nicht abschließend.<sup>187</sup> Aus den **Gesetzesmaterialien** zum AktG 1965 ergeben sich keine konkreten Hinweise darauf, ob das Verfolgungsrecht nach §§ 147 ff. AktG auf konzernrechtliche Ansprüche aus den §§ 309, 317 AktG erstreckt werden sollte. Der Wortlaut der Regierungsbegründung ist hinsichtlich des Verhältnisses des Individualklagerechts zu den Rechten aus § 147 AktG nicht eindeutig.<sup>188</sup> Die **Gesetzes-systematik** spricht dafür, Ansprüche aus §§ 309, 317 AktG in den Anwendungsbereich des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG einzubeziehen. Nach nahezu einhelliger Ansicht sind die konzernrechtlichen Haftungstatbestände der §§ 310, 318 AktG, welche sich auf Pflichtverletzungen der „eigenen“ Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft beziehen, von § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG erfasst, obwohl auch diese dort nicht aufgeführt sind. Gelten aber die §§ 147, 148 AktG für Ersatzansprüche aus durch die Abhängigkeit bedingten Geschäftsführungsverstößen, so spricht bereits das in

---

<sup>185</sup> a.a.O., juris, Rn. 33 f.

<sup>186</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>187</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

<sup>188</sup> a.a.O., juris, Rn. 37 mit Hinweis auf RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12 und RegE AktG, BT-Drucks. 3/1915 und 4/171, jeweils S. 228 zu § 298 RegE.

§ 318 AktG für sie angeordnete Gesamtschuldverhältnis mit dem Ersatzpflichtigen nach § 317 AktG dafür, dass die §§ 147, 148 AktG auch auf Ersatzansprüche nach § 317 AktG anzuwenden und diese in einheitlicher Art und Weise prozessual geltend zu machen sind.<sup>189</sup>

Weiterhin sprechen **Sinn und Zweck** des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG dafür, seinen Anwendungsbereich auch auf konzernrechtliche Ansprüche zu erstrecken. § 147 AktG will die tatsächliche Geltendmachung bestimmter Ersatzansprüche sichern und soll so dem das pflichtgemäße Verhalten bewirkenden Haftungsdruck für die Organe Nachdruck verleihen. Zudem sollen die §§ 147 ff. AktG verhindern, dass Ersatzansprüche der Gesellschaft auf Grund einer Befangenheit der Mitglieder der Verwaltungsorgane nicht durchgesetzt werden.<sup>190</sup> Dem steht nicht entgegen, dass den Aktionären grundsätzlich die konzernrechtliche Einzelklage zusteht. Eine verdrängende Wirkung im Verhältnis zu den §§ 147, 148 AktG vermag dies nicht zu begründen. Im Unterschied zu §§ 309, 317 AktG räumt § 147 AktG den Aktionären kein Individualklagerecht ein, sondern begründet lediglich das Recht der Hauptversammlung, die Gesellschaft zur Klageerhebung zu zwingen. Die konzernrechtliche Individualklage ist im Verhältnis zu diesem Klageerzwingungsverfahren daher nicht spezieller, sondern ein **aliud**. Es erscheint im Hinblick auf das Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft wenig überzeugend, wenn einzelne Aktionäre Ansprüche der Gesellschaft im Wege der **Prozessstandschaft** nach § 309 Abs. 4, § 317 Abs. 4 AktG geltend machen könnten, die Hauptversammlung jedoch gehindert wäre, die Geltendmachung dieser Ansprüche nach § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG zu erzwingen. Unabhängig davon ist das Klagerecht jedes einzelnen Aktionärs nur auf den ersten Blick gleich oder sogar höherwertig. Tatsächlich ist es mit einem Prozesskostenrisiko belastet und hat daher keine große praktische Bedeutung.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> a.a.O., juris, Rn. 38 mit Hinweis auf RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 12.

<sup>190</sup> a.a.O., juris, Rn. 39 unter Bezugnahme auf RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 20.

<sup>191</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

Der Bestellungsbeschluss setzt voraus, dass ein Beschluss zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG gefasst wurde oder zeitgleich gefasst wird. **Fällt der Geltendmachungsbeschluss weg, verliert der Bestellungsbeschluss seine Grundlage** und das **Amt des besonderen Vertreters endet**, ohne dass es hierfür einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage bedarf.<sup>192</sup>

c)

Die **angemessene Barabfindung** im Falle des **Ausschlusses** von **Minderheitsaktionären** nach §§ 327a, 327b AktG kann nach dem Barwert der aufgrund eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags dem Minderheitsaktionär zustehenden Ausgleichszahlungen bestimmt werden, wenn dieser höher ist als der auf den Anteil des Minderheitsaktionärs entfallende **Anteil des Unternehmenswerts** und der Unternehmensvertrag zum nach § 327b Abs. 1 Satz 1 AktG maßgeblichen Zeitpunkt bestand und von seinem Fortbestand auszugehen war.<sup>193</sup>

**Angemessen** ist die Barabfindung, wenn sie dem ausgeschlossenen Aktionär **volle wirtschaftliche Kompensation** für den **Verlust** seiner **Unternehmensbeteiligung** verschafft, die **nicht unter dem Verkehrswert** liegen darf. Das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) vermittelt die mitgliedschaftliche Stellung des Aktionärs in der Gesellschaft sowie vermögensrechtliche Ansprüche. In vermögensrechtlicher Hinsicht umfasst die Beteiligung die Aussicht auf Dividende und den Anteil an Vermögenssubstanz, auf den bei Auflösung und Liquidation ein Anspruch besteht. Der Gleichlauf zwischen dem Wert des (einzelnen) Anteils und dem anteiligen Unternehmenswert ist auch dann gegeben, wenn ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag geschlossen wurde. Der Wert des

---

<sup>192</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

<sup>193</sup> Beschluss vom 15. September 2020 – [II ZB 6/20](#) – juris, Rn. 18.

Anteils des (außenstehenden) Minderheitsaktionärs hat sich durch den Unternehmensvertrag nicht vollständig vom Unternehmenswert abgekoppelt.<sup>194</sup>

Der **Wert** der Unternehmensbeteiligung ist vom **Gericht** im Wege der **Schätzung** nach **§ 287 Abs. 1 ZPO zu ermitteln**. Bewertungsobjekt ist die Unternehmensbeteiligung des Minderheitsaktionärs und nicht das Unternehmen, wobei weder das Verfassungsrecht noch das einfache Recht eine Bewertungsmethode vorgeben. Der Wert der Unternehmensbeteiligung kann sowohl unmittelbar, etwa durch Rückgriff auf den Börsenwert der Anteile, als auch mittelbar als quotaler Anteil an dem durch eine geeignete Methode, etwa der Ertragswertmethode, ermittelten Unternehmenswert, bestimmt werden. Die eine oder andere Methode scheidet nur aus, wenn sie aufgrund der Umstände des konkreten Falls nicht geeignet ist, den „wahren“ Wert abzubilden. Entscheidend ist, dass die Bewertungsmethode und das innerhalb der Bewertungsmethode gewählte Rechenverfahren den gesetzlichen Bewertungszielen, insbesondere den verfassungsrechtlichen Vorgaben, entspricht, in der Wirtschaftswissenschaft oder Betriebswirtschaftslehre anerkannt und in der Praxis gebräuchlich ist.<sup>195</sup>

Besteht ein **Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag**, tritt die gewinnunabhängige, in der Regel fest bemessene **Ausgleichszahlung** nach § 304 AktG an die Stelle der sonst aus dem **Bilanzgewinn** auszuschüttenden **Dividende** und stellt wirtschaftlich nichts anderes dar als die Verzinsung der vom Aktionär geleisteten Einlage; die Entgegennahme der Ausgleichszahlung ist Fruchtziehung, während die Barabfindung gemäß § 305 AktG den Stamm des Vermögens repräsentiert, der durch die Ausgleichszahlung nicht angerührt wird.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>195</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>196</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

Die Bestimmung des Anteilswerts anhand des **Barwerts** nach § 304 AktG kann eine geeignete Methode zur Ermittlung einer angemessenen Abfindung gemäß § 327b AktG sein.<sup>197</sup> Es ist **umstritten**, ob die Höhe der angemessenen Abfindung der ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre nach § 327b AktG bei Vorliegen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags von dem Barwert der festen Ausgleichszahlungen nach § 304 AktG als Mindestwert bestimmt wird.<sup>198</sup> Nach **einer Ansicht** ist der **Barwert** der Ausgleichszahlungen **nicht als Mindestwert** der Abfindung **heranzuziehen**. Der Barwert des festen Ausgleichs sei **ungeeignet**, den stichtagsbezogenen „wirklichen“ oder „wahren“ Wert des Anteilseigentums widerzuspiegeln. Nach **anderer Ansicht** bestimmt der Barwert der Ausgleichszahlungen den Mindestwert der Abfindung. Der Minderheitsaktionär sei für den Verlust seines Unternehmensanteils voll zu entschädigen. Da die Ausgleichszahlungen wie die Dividende Rechtsfrucht der Mitgliedschaft seien, müssten sie bei der Entschädigung als Mindestwert berücksichtigt werden.

199

Der **Barwert** der Ausgleichszahlungen nach § 304 AktG ist nach Auffassung des II. Zivilsenats **geeignet**, die Höhe der angemessenen Barabfindung zu bestimmen, wenn der Unternehmensvertrag zum nach § 327b Abs. 1 Satz 1 AktG **maßgeblichen Zeitpunkt bestand** und von seinem **Fortbestand auszugehen** war. Die Diskontierung der Ausgleichszahlungen kann im Einzelfall eine aussagekräftige und geeignete Methode zur Ermittlung des Werts des Fruchtziehungsrechts sein, der den Wert der Unternehmensbeteiligung des Minderheitsaktionärs markiert.<sup>200</sup>

Der feste Ausgleichsanspruch gemäß § 304 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AktG tritt an die Stelle der aus dem Bilanzgewinn auszuschüttenden Dividende und bildet das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), welches die mitgliedschaftliche Stellung des Aktionärs in der

---

197 a.a.O., juris, Rn. 23.

198 a.a.O., juris, Rn. 24.

199 a.a.O., juris, Rn. 25 f.

200 a.a.O., juris, Rn. 27.

Gesellschaft sowie vermögensrechtliche Ansprüche vermittelt, nur teilweise ab. In vermögensrechtlicher Hinsicht umfasst die Beteiligung die Aussicht auf Dividende und den Anteil an Vermögenssubstanz, auf den bei Auflösung und Liquidation ein Anspruch besteht. Der Gleichlauf zwischen dem Wert des einzelnen Anteils und dem anteiligen Unternehmenswert ist auch dann gegeben, wenn ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag geschlossen wurde. Der Wert des Anteils des außenstehenden Minderheitsaktionärs hat sich durch den Unternehmensvertrag nicht vollständig vom Unternehmenswert abgekoppelt.<sup>201</sup>

Aus Sicht des ausgeschlossenen Minderheitsaktionärs bestimmen sich der **Wert** seiner **Unternehmensbeteiligung** und damit die **Angemessenheit** der **Abfindung** andererseits primär durch die **Erträge**, die er ohne Übertragung der Aktien auf den Hauptaktionär zukünftig tatsächlich erhalten hätte. Während der **Laufzeit** des **Unternehmensvertrags** sind das die Ausgleichszahlungen nach § 304 AktG, weshalb deren Wert bei der Barabfindung abzubilden ist. Die Diskontierung der Ausgleichszahlungen kann eine aussagekräftige und geeignete Methode sein, um den Wert des Fruchtziehungsrechts der Minderheitsaktionäre zu ermitteln.<sup>202</sup>

Der Berücksichtigung des **Barwerts** bei der **Bestimmung** der **angemessenen Abfindung** steht nicht entgegen, dass der Ausgleichsanspruch kein wertpapiermäßig in der Aktie verkörpertes Mitgliedschaftsrecht ist, sondern ein schuldrechtlicher Anspruch gegen das herrschende Unternehmen auf Grundlage des Unternehmensvertrags. Zwar geht der Ausgleichsanspruch mangels Verbriefung nicht infolge rechtsgeschäftlicher Übertragung der Aktie auf den Erwerber über. Der Minderheitsaktionär verliert jedoch infolge der Übertragung der Aktie seine Stellung als außenstehender Aktionär und damit den Anspruch auf die Garantiedividende, der beim Erwerber der Aktie, soweit dieser außenstehender Aktionär ist, originär entsteht. Der Verlust

---

<sup>201</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>202</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

dieser Vermögensposition, der infolge des Ausschlusses des Minderheitsaktionärs unmittelbar eintritt, ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgabe der vollen wirtschaftlichen Kompensation für den Verlust der Unternehmensbeteiligung in der Abfindung des Minderheitsaktionärs abzubilden. Da der **Ausgleichsanspruch** aus § 304 AktG nur die **Aussicht** auf die **Dividende** ersetzt, **nicht** aber den **Anteil an Vermögenssubstanz**, auf den bei Auflösung und Liquidation ein Anspruch bestünde, der ebenfalls Teil der in der Aktie verkörperten von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Vermögensrechte ist, stellt dessen Barwert regelmäßig **nur den Mindestwert** der Abfindung dar.<sup>203</sup>

Der **Ausgleichszahlung** kann nicht die **verfassungsrechtliche Schutzbedürftigkeit** abgesprochen, weil sie dem Aktionär durch Beendigung des Unternehmensvertrags kompensationslos entzogen werden könnte. Dem Minderheitsaktionär kann der Anspruch auf die feste Ausgleichszahlung nicht entschädigungslos entzogen werden, da bei Beendigung des Unternehmensvertrags an seine Stelle wieder der Anspruch auf die unsichere Dividende tritt. Das verfassungsrechtlich geschützte Vermögensrecht des Minderheitsaktionärs ist das Fruchtziehungsrecht sowohl in Gestalt der aus dem Bilanzgewinn auszuschüttenden Dividende als auch in Gestalt der vertraglich zugesagten Ausgleichszahlungen während des Bestands eines Unternehmensvertrags.<sup>204</sup>

Der **Unternehmensanteilswertermittlung** durch **Diskontierung** der **Ausgleichszahlungen** bei Barabfindung steht weiter nicht entgegen, dass die Ausgleichsberechtigung keine auf ewig sichere garantierte Rendite, sondern ihrer Natur nach vorübergehend ist. Schwierigkeiten bei der Prognose der Laufzeit des Unternehmensvertrags und die daraus resultierenden Unwägbarkeiten der Wertberechnung sind keine Besonderheiten des kapitalisierten Ausgleichs. Jede Unternehmenswertermittlung beruht zu einem

---

<sup>203</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>204</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

Großteil auf unsicheren Prognosen, Annahmen und Schätzungen. Erforderlich ist im Einzelfall eine **Prognose** der Laufzeit zum Bewertungsstichtag unter Abstraktion der konkreten Strukturmaßnahme. Bei dieser Prognose ist zu berücksichtigen, ob der **Unternehmensvertrag** nur **zeitlich befristet** oder auf **unbestimmte Zeit** abgeschlossen ist, ob, wann und durch wen er kündbar ist und schließlich, ob und wann mit Blick auf die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten eine Kündigung zu erwarten gewesen wäre. Auch bei der **Ertragswertmethode** nach dem IDW S1 2008 wird die Prognose der künftigen Erträge nur für einen kurzen Zeitraum von drei bis fünf Jahren auf die konkrete Unternehmensplanung und danach auf stark vereinfachte Annahmen gestützt. Das Risiko der Vertragsbeendigung ist wie andere aus der Organisationsstruktur der Gesellschaft resultierenden Risiken auch im Rahmen des Risikozuschlags für die Gesellschaft bei der Ermittlung des Verrentungszinssatzes abzubilden.<sup>205</sup>

Durch die Berücksichtigung der Ausgleichszahlungen wird dem Minderheitsaktionär auch nicht unangemessen das **Risiko** des **Wertverlusts** seiner Unternehmensbeteiligung abgenommen bzw. der Unternehmenswert zum Zeitpunkt des Abschlusses des Unternehmensvertrags festgeschrieben. Ein Minderheitsaktionär, der sich infolge seiner Entscheidung, die Unternehmensbeteiligung an dem beherrschten Unternehmen zu halten, die **Chance** auf eine **Werterhöhung** des Unternehmens erhält, trägt als Kehrseite auch das **Risiko**, nach der Beendigung des Unternehmensvertrags an einem **ausgezehrten Unternehmen** beteiligt zu sein. Dieses Risiko der Bleibeentscheidung des Minderheitsaktionärs realisiert sich durch seinen Ausschluss aus der Gesellschaft aber nicht, da die Übertragung der Aktien auf das herrschende Unternehmen den Unternehmensvertrag nicht beendet. Die Minderheitsaktionäre verlieren infolge ihres Ausschlusses nach § 327a AktG den Anspruch auf Ausgleichszahlungen, weil sie ihre Stellung als Minderheitsaktionäre verlieren, wohingegen der Mehrheitsaktionär genau diesen Betrag erspart. Vor dem Hintergrund des verfassungsrecht-

---

<sup>205</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

lichen Gebots des „vollen“ Ausgleichs erfordert eine angemessene Abfindung, dass die Minderheitsaktionäre mindestens den Betrag erhalten, den der Mehrheitsaktionär erspart.<sup>206</sup>

Die Unterschiede zwischen dem **Börsenwert**, der regelmäßig **Untergrenze** der **Abfindung** ist, und dem Barwert der Ausgleichszahlungen, schließen ebenfalls nicht aus, den Barwert der Ausgleichszahlungen bei der Bestimmung der angemessenen Abfindung zu berücksichtigen. Der Börsenkurs bildet eine Untergrenze, weil er jedenfalls in einem funktionierenden Markt den Verkehrswert der Aktie widerspiegelt, also den Preis, den der Minderheitsaktionär im Falle einer Deinvestitionsentscheidung, die ihm durch seinen Ausschluss aus der Gesellschaft unmöglich wird, auf dem Markt hätte realisieren können. Der Barwert der Ausgleichszahlungen ist zwar anders als der Börsenkurs kein durch Angebot und Nachfrage gebildeter Preis der Unternehmensbeteiligung, hat aber Einfluss auf diesen. Denn der Barwert der Ausgleichszahlung sichert dem Minderheitsaktionär die regelmäßig feste Ausgleichszahlung während der Laufzeit des Vertrags, § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG. Auf einem funktionierenden Markt wird die Höhe der Ausgleichszahlung bzw. deren Barwert den Preis der Aktie bestimmen, wenn sie die prognostizierten künftigen Erträge bzw. den anteiligen Ertragswert übersteigt.<sup>207</sup>

## 5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

---

<sup>206</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

<sup>207</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

a)

Wird eine von sämtlichen Gesellschaftern einer Personenhandelsgesellschaft (hier: Kommanditgesellschaft) vorgenommene Anmeldung zurückgewiesen, sind die zur Anmeldung berufenen Gesellschafter und nicht die Gesellschaft selbst beschwert und beschwerdeberechtigt.<sup>208</sup>

Nach § 59 Abs. 2 FamFG steht die Beschwerde allein dem Antragsteller zu, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann. Antrag im Sinne dieser Vorschrift ist auch eine Registeranmeldung.<sup>209</sup> Die Gesellschaft selbst kann im Anwendungsbereich des § 108 HGB keine Anmeldung vornehmen. Vielmehr sind die Gesellschafter nach § 108 Satz 1, § 161 Abs. 2 HGB zur Anmeldung berechtigt und verpflichtet. Nach Sinn, Zweck und Systematik der Anmeldevorschriften fällt bei einer Kommanditgesellschaft die Einräumung organschaftlicher Vertretungsmacht an Dritte in den Anwendungsbereich der §§ 107, 108 Satz 1 HGB.<sup>210</sup>

Anmeldungen zum Handelsregister, welche die in den §§ 106, 107 HGB genannten Verhältnisse der Kommanditgesellschaft betreffen, sind nach § 108 Satz 1, § 161 Abs. 2 HGB grundsätzlich von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken. Zwar erfasst § 108 Satz 1 HGB nur die in den §§ 106, 107 HGB genannten Tatsachen. Die Bestellung von Fremdgeschäftsführern findet dort keine Erwähnung. Dies liegt indes daran, dass das Recht der Personalhandelsgesellschaften von dem Grundsatz beherrscht wird, dass die gesetzliche (organschaftliche) Vertretungsbefugnis nur einem Gesellschafter und nicht einem Dritten zustehen kann.<sup>211</sup>

Wollte man die **Fremdorganschaft** bei der Kommanditgesellschaft im Insolvenzverfahren zulassen, wäre die mit der Bestellung des Fremdgeschäftsführers verbundene Einräumung der Vertretungsmacht an Nichtgesellschafter von gleicher Bedeutung für den Rechtsverkehr wie sonstige

---

<sup>208</sup> Beschluss vom 21. Juli 2020 – [II ZB 26/19](#) – juris, Rn. 23.

<sup>209</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>210</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>211</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

Änderungen in der organschaftlichen Vertretungsmacht. Dabei würde es sich dann um eine von § 107 HGB erfasste Tatsache handeln, deren Abmeldung nach § 108 Satz 1 HGB von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken wäre. § 107 HGB gewährleistet die Aktualität des Registers im Interesse des Rechtsverkehrs. Nach § 107 HGB sind Änderungen der organschaftlichen Vertretungsmacht der Gesellschafter anmeldepflichtig. Die Anmeldepflicht sämtlicher Gesellschafter soll für den Regelfall gewährleisten, dass die angemeldeten Tatsachen wahrheitsgemäß sind. Ferner bezweckt die Anmeldung durch alle Gesellschafter, ihnen die etwaige Unrichtigkeit einer Eintragung im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB zuzurechnen. Dieser durch das Zusammenspiel der §§ 107, 108 HGB bewirkte Schutz des Rechtsverkehrs, der gerade an der ordnungsgemäßen Verlautbarung organschaftlicher Vertretungsverhältnisse ein erhebliches Interesse hat, muss bei der Einräumung organschaftlicher Vertretungsmacht an Dritte in gleicher Weise gewährleistet werden, wie bei der in § 107 HGB ausdrücklich genannten Änderung der organschaftlichen Vertretungsmacht der Gesellschafter.<sup>212</sup>

In denjenigen Fällen, in denen die Anmeldung zum Handelsregister durch ein vertretungsberechtigtes Organ einer **Körperschaft** vorgenommen wird, ist Antragsteller i.S.d. § 59 Abs. 2 FamFG und damit beschwerdeberechtigt zwar auch der von der Anmeldung betroffene Rechtsträger, in dessen Namen die für ihn vertretungsberechtigte Person aufgetreten ist.<sup>213</sup> Einer **Ausweitung** dieser Rechtsprechung auf die Anmeldung durch die anmeldepflichtigen Gesellschafter einer **Kommanditgesellschaft** nach § 108 Satz 1, § 161 Abs. 2 HGB **scheidet jedoch aus**.<sup>214</sup> Gegen eine Ausweitung spricht der **Normzweck** des § 59 Abs. 2 FamFG. Die Regelung in § 20 Abs. 2 FGG stellt keine Erweiterung, sondern eine Einschränkung des Beschwerderechts dar, mit der Folge, dass nur der in seinen Rechten beeinträchtigte Antragsteller (§ 20 Abs. 1 FGG) beschwerdeberechtigt ist. Diese

---

<sup>212</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>213</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>214</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

Einordnung hat der Bundesgerichtshof für § 59 Abs. 2 FamFG bestätigt. Die für nur auf Antrag zu erlassende Beschlüsse geltende Regelung in **§ 59 Abs. 2 FamFG** begründet **keine eigenständige Beschwerdeberechtigung, sondern begrenzt** lediglich die grundsätzlich bestehende Beschwerdeberechtigung auf die Person des Antragstellers. Zielt die Vorschrift aber auf eine Begrenzung des Kreises der Beschwerdebefugten, verbietet sich eine großzügige Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm.<sup>215</sup> Der Gedanke, dass die auf eine Eintragung mit konstitutiver Wirkung gerichtete Anmeldung im Namen der Gesellschaft erfolgt und daher Anmeldende in einem derartigen Fall die Gesellschaft selbst, vertreten durch ihr Organ ist, lässt sich auf die Anmeldung durch sämtliche Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft nicht übertragen.<sup>216</sup> Die **Anmeldungen** nach § 108 Satz 1 HGB sind von **sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken**. Unerheblich ist, ob die Gesellschafter geschäftsführungs- oder vertretungsberechtigt sind oder nicht. Die Anmeldepflicht bei der Kommanditgesellschaft erfasst daher auch den Kommanditisten.<sup>217</sup>

**b)**

Nach § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO erhält eine inländische juristische Person oder parteifähige Vereinigung auf Antrag nur dann Prozesskostenhilfe, wenn die Kosten weder von ihr noch von am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.<sup>218</sup>

Das erforderliche allgemeine Interesse an der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder -verteidigung soll verhindern, dass Kapitalgesellschaften, deren Rechtsträgerschaft an ein ausreichendes Vermögen gebunden ist und die eine von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung nur besitzen, wenn sie in der Lage sind, ihre Ziele aus eigener Kraft zu verfolgen,

---

<sup>215</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>216</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>217</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>218</sup> Beschluss vom 30. Juli 2020 – [III ZA 10/20](#) – juris, Rn. 1.

ihre wirtschaftlichen Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verwirklichen. Der Anwendungsbereich des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO beschränkt sich mithin auf Sachverhalte, die größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens ansprechen und soziale Wirkungen nach sich ziehen können. Ein allgemeines Interesse im Sinne dieser Vorschrift kann danach angenommen werden, wenn außer den an der Führung des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten ein erheblicher Kreis von Personen durch die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder -verteidigung in Mitleidenschaft gezogen würde, die Vereinigung gehindert würde, der Allgemeinheit dienende Aufgaben zu erfüllen, von der Durchführung des Prozesses die Existenz des Unternehmens abhinge, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl von Arbeitsplätzen ein allgemeines Interesse besteht, oder eine erfolgreiche Rechtsverfolgung die Befriedigung einer Vielzahl von Kleingläubigern ermöglichen würde.<sup>219</sup>

Karlsruhe, den 17. März 2021

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

---

<sup>219</sup> a.a.O., juris, Rn. 2.