

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2021**

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

In der nachstehenden Übersicht sind die im 2. Halbjahr 2021 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:

- 
- <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.

a)

Die Geltendmachung eines **Anspruchs** der **Gesellschaft** gegen einen **Gesellschaftsschuldner** als **Dritten** durch einen **Gesellschafter** beruht auf einem **anderen Anspruchsgrund** als dessen **Inanspruchnahme als Mitgesellschafter** durch einen Gesellschafter aufgrund einer Auseinanderstellungsrechnung.<sup>3</sup>

b)

Die **Einziehung** einer **Gesellschaftsforderung** ist bei einer Personengesellschaft ein **Akt** der **Geschäftsführung**, die grundsätzlich Aufgabe der geschäftsführenden Gesellschafter ist. Die **Gesellschafter** einer GbR können nach § 709 Abs. 1 BGB und, falls sich die Gesellschaft im Abwicklungsstadium befindet, nach § 730 Abs. 2 BGB die Geschäfte der Gesellschaft, falls nicht ein anderes vereinbart ist, nur **gemeinschaftlich** führen. Die können deswegen auch nur gemeinschaftlich eine der Gesellschaft zustehende Forderung einklagen.<sup>4</sup>

Hierbei ist es **unerheblich**, dass ein Gesellschafter auf **Zahlung an** die **GbR** klagt und damit im Falle der Klagestattgabe die Leistung allen Gesamthändlern somit auch einem Mitgesellschafter zugutekommt. Dieser **Schutz reicht nicht** aus, um die Belange der (übrigen) Gesellschafter zu wahren. Denn unabhängig vom Ausgang des Prozesses kann allein die Tatsache, dass der **Rechtsstreit** geführt worden ist, der **Gesellschaft** (mittelbar) **schaden**. Demgemäß braucht kein Gesellschafter zu dulden, dass ein nichtberechtigter Gesellschafter die in der klageweisen Geltendmachung einer Forderung gegen Dritte liegende Geschäftsführungsmaßnahme allein trifft und damit die gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Geschäftsführungsbefugnis durchbricht.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Urteil vom 03. August 2021 – [II ZR 283/19](#) – juris, Rn. 16.

<sup>4</sup> Urteil vom 07. Juli 2021 – [VIII ZR 52/20](#) – juris, Rn. 28.

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

Selbst eine **abweichend** von der gesetzlich normierten Gesamtvertretung (§ 709 Abs. 1, § 714 BGB) **vereinbarte Einzelvertretungsbefugnis** des Gesellschafters würde ihm **nicht** das **Recht** geben, den **Prozess** im **eigenen Namen** zu führen.<sup>6</sup>

Als **actio pro socio** wird die **Geltendmachung** eines **Anspruchs** aus dem **Gesellschaftsverhältnis** durch einen **Gesellschafter im eigenen Namen gegen** einen **Mitgesellschafter** auf Leistung an die Gesellschaft bezeichnet. Sie wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist **Ausfluss** des **Mitgliedschaftsrechts** des Gesellschafters.<sup>7</sup> Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn nicht ein Mitgesellschafter in Anspruch genommen wird, sondern ein Dritter als Mieter einer im Gesamthandseigentum der Gesellschafter stehenden Immobilie (sog. **actio pro societate**).<sup>8</sup>

Die Befugnis eines einzelnen Gesellschafters einer GbR, im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen, kann im Einzelfall auf die **Notkompetenz** nach **§ 744 Abs. 2 BGB** gestützt werden. Hiernach ist jeder Teilhaber berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen.<sup>9</sup> Es ist anerkannt, dass in analoger Anwendung dieser Vorschrift **Rechte einer GbR** durch einen **einzelnen Gesellschafter** im eigenen Namen geltend gemacht werden können. Auch **Verfahrenshandlungen** wie die Klage können als Erhaltungsmaßnahmen i.S.v. § 744 Abs. 2 BGB notwendig sein, was aber voraussetzt, dass gerade die Klage eines einzelnen Gesellschafters eine Maßnahme ist, die zur Erhaltung eines zur Gemeinschaft gehörenden Gegenstands erforderlich ist.<sup>10</sup> Ferner sind in besonders gelagerten Fällen auch **einzelne Gesellschafter prozessführungsbefugt**, wenn die anderen Gesellschafter sich unter Zurückstellung der Gesellschaftsinteressen im

---

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

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

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

bewussten Zusammenwirken mit dem Dritten **weigern**, an der Geltendmachung einer Gesellschaftsforderung mitzuwirken.<sup>11</sup>

Seite 4 von 57

Der **einzelne Gesellschafter** kann immer dann eine Gesellschaftsforderung einklagen, wenn er an der Geltendmachung ein **berechtigtes Interesse** hat, die anderen Gesellschafter die Einziehung der Forderung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigern und zudem der verklagte Gesellschaftsschuldner (hier: der beklagte Mieter) an dem gesellschaftswidrigen Verhalten beteiligt ist. Den klagenden Gesellschafter in einem solchen Fall auf den umständlichen Weg zu verweisen, zunächst die **anderen Gesellschafter** auf **Mitwirkung** an der Geltendmachung der Forderung **zu verklagen**, wäre bei Beteiligung des Beklagten am gesellschaftswidrigen Verhalten ein **unnötiger Umweg**.<sup>12</sup>

Ungeachtet der vorgenannten Ausnahmefälle vom Grundsatz fehlender Prozessführungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters kann ein Prozess auch noch **in gewillkürter Prozessstandschaft** geführt werden.<sup>13</sup> Jemand darf ein fremdes Recht aufgrund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung im eigenen Namen im Prozess verfolgen, sofern er hieran ein eigenes **schutzwürdiges Interesse** hat und diese sog. gewillkürte Prozessstandschaft<sup>14</sup> **offenlegt**. Deren Regeln finden auch im Verhältnis des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Gesellschaftsschuldner Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn ein Gesellschafter aufgrund einer ihm nach dem Gesellschaftsvertrag zustehenden Alleinvertretungsmacht ohne weiteres in der Lage wäre, den Rechtsstreit gegen den Gesellschaftsschuldner im Namen der Gesellschaft zu führen.<sup>15</sup>

---

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

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

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 41.

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

Die **Ermächtigung** zu einer Prozessführung im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft kann **konkludent** und auch noch **nach Klageerhebung** erteilt werden.<sup>16</sup> Die Ermächtigung muss im **maßgebenden Zeitpunkt** der **letzten mündlichen Verhandlung** vor dem Berufungsgericht vorgelegen haben.<sup>17</sup>

Sofern die **GbR materiell-rechtliche Anspruchsinhaberin** ist, kann sie beim Abschluss von diesbezüglichen Rechtsgeschäften (hier: Abgeltungsvereinbarung gemäß § 311 Abs. 1, § 397 Abs. 2, § 779 BGB) von einem **Mitgesellschafter wirksam vertreten** werden. Dessen Handeln ist nicht (erst) unter Rechtsscheingrundsätzen (Anscheinsvollmacht) zu prüfen, sondern zuvor ist zu klären, ob der Mitgesellschafter organschaftlich oder aufgrund rechtsgeschäftlicher Bevollmächtigung dazu befugt war, für die GbR zu handeln.<sup>18</sup>

In Betracht kommt zum einen das Handeln als **organschaftlicher Vertreter** der Gesellschaft, wenn eine von der gesetzlichen Gesamtvertretungsbefugnis (§§ 714, 709 Abs. 1 BGB) abweichende **Einzelvertretung** vereinbart wurde.<sup>19</sup> Zum anderen kann der Mitgesellschafter durch den oder die anderen Gesellschafter rechtsgeschäftlich zum Abschluss derartiger (Abgeltungs-) Vereinbarungen bevollmächtigt worden sein. Denn mit der alleinigen Vertretung der Gesellschaft kann auch einer der Mitgesellschafter im Wege einer Vollmachtserteilung betraut werden. Das muss **nicht ausdrücklich**, sondern **kann** auch in **konkludenter Form** geschehen und **einzelne Fälle betreffen** oder **generell** gelten. Wurde der **Gesellschaftsvertrag formlos** geschlossen, sind an eine derartige **Bevollmächtigung keine besonderen Anforderungen** zu stellen.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 43.

<sup>17</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 55.

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 56.; vgl. zum Zustandekommen einer solchen Vereinbarung BGH, Urteil vom 10. März 1955 – II ZR 309/53 – BGHZ 16, 394, 396 f.

<sup>20</sup> a.a.O., juris, Rn. 57.

c)

Der **Abfindungsanspruch** eines aus einer GbR ausscheidenden Gesellschafters unterliegt gemäß § 195 BGB der **regelmäßigen Verjährungsfrist** von **drei Jahren**. Der Anspruch auf Zahlung eines Auseinandersetzungs Guthabens **entsteht** grundsätzlich mit dem **Ausscheiden** des Gesellschafters und kann nach seiner **Fälligkeit** geltend gemacht bzw. mit einer **Klage** durchgesetzt werden. Der auf den **Unternehmenswert** gerichtete Abfindungsanspruch ist auch bei **ratierlicher Auszahlung** ein **einheitlicher Gesamtanspruch**, der mit der Fälligkeit der ersten Rate erstmalig als solcher geltend gemacht werden kann.<sup>21</sup>

Der **Verjährungsbeginn** setzt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit grundsätzlich nur die **Kenntnis** der den **Anspruch begründenden Umstände** voraus (§ 199 Abs. 1 BGB). **Nicht erforderlich** ist in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die **zutreffenden rechtlichen Schlüsse** zieht. **Ausnahmsweise** kann die **Rechtsunkenntnis** des Gläubigers den **Verjährungsbeginn** aber **hinausschieben**, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der **Zumutbarkeit der Klageerhebung** als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn. Der Zumutbarkeit einer Klageerhebung kann es auch entgegenstehen, dass der Gläubiger sich mit der Klage zu seinem Vorbringen in einem noch nicht abgeschlossenen **Vorprozess** in **Widerspruch** setzen müsste. In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird die Zumutbarkeit einer auf die Geltendmachung des Abfindungsanspruchs gerichteten Klageerhebung verneint, wenn in einem Streit über das Ausscheiden eine einigermaßen verlässliche rechtliche Einschätzung der **Wirksamkeit** der **Kündigung** offensichtlich nicht gegeben ist.<sup>22</sup> Die Feststellung, ob und wann der Geschädigte Kenntnis von bestimmten tatsächlichen Umständen hatte, unterliegt als Ergebnis tatrichterlicher

---

<sup>21</sup> Urteil vom 22. Januar 2019 – [II ZR 59/18](#) – juris, LS und Rn. 10.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

Würdigung nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Dieses kann aber ohne Einschränkungen beurteilen, ob dem Geschädigten eine Klageerhebung aufgrund des vom Tatrichter festgestellten Kenntnisstands zumutbar war.<sup>23</sup>

Wendet sich der durch **Beschluss** der Gesellschafter aus **wichtigem Grund ausgeschlossene Gesellschafter** im **Klageweg** gegen die **Wirksamkeit** seines Ausschlusses, ist es ihm im **Regelfall nicht zuzumuten**, seinen **Abfindungsanspruch vor der rechtskräftigen Entscheidung** über die Wirksamkeit des Ausschlusses gerichtlich geltend zu machen.<sup>24</sup> Es entspricht vielmehr den wohlverstandenen Interessen auf Gläubiger- und Schuldnerseite, wenn der Abfindungsanspruch erst geltend gemacht wird, nachdem Klarheit über das Ausscheiden des ausgeschlossenen Gesellschafters geschaffen wurde.<sup>25</sup>

So hängt die Wirksamkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus **wichtigem Grund** typischerweise von der Beurteilung ab, ob den übrigen Gesellschaftern die **weitere Zusammenarbeit** mit dem vom Ausschluss betroffenen Gesellschafter **zumutbar** ist. Eine Entscheidung hierüber erfordert eine **umfassende Würdigung** aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer beiden Seiten gerecht werdenden Gesamtabwägung. Dabei sind vor allem Art und Schwere des **Fehlverhaltens** des Auszuschließenden sowie auch ein etwaiges Fehlverhalten des den Ausschluss betreibenden Gesellschafters zu berücksichtigen. Macht der durch einen Gesellschafterbeschluss ausgeschlossene Gesellschafter die **Nichtigkeit des Ausschließungsbeschlusses** geltend, beruht die Beurteilung, ob ein den Ausschluss rechtfertigender wichtiger Grund vorlag, auf einer Würdigung und **Abwägung** von tatsächlichen Umständen, deren Ergebnis auch der **Rechtskundige** häufig **nur schwer vorhersehen** kann. Die beim möglichen Abfindungsgläubiger hierdurch auftretende **Ungewissheit** über

---

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

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

die Wirksamkeit seines Ausschlusses **steht wertungsmäßig** der **Tatsachenkenntnis gleich**. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Wirksamkeit des Ausschlusses zwischen den Parteien nicht im Streit steht oder derart offensichtlich ist, dass der betroffene Gesellschafter keine begründeten Zweifel an der Wirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses haben durfte.<sup>26</sup>

Ein **Vertrauen** der **Gesellschaft** bzw. der **verbleibenden Gesellschafter**, nach der **Entscheidung** über die **Wirksamkeit** des **Ausschlusses** nicht mehr auf eine **Abfindung** in Anspruch genommen zu werden, ist **nicht schutzwürdig** und diese sind auch ohne weiteres in der Lage, die für die **Berechnung** eines **Abfindungsanspruchs** erforderlichen **Tatsachen** zu **erheben** und ggfs. zu **sichern**. Der Abfindungsanspruch des Ausgeschlossenen nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB richtet sich **gegen** die **Gesellschaft**. Die übrigen **Gesellschafter haften** entsprechend § 128 HGB für diese Verbindlichkeit **persönlich**. Der Streit über die Wirksamkeit des Ausschlusses aus der Gesellschaft ist, wenn der Gesellschaftsvertrag hierzu nichts anderes vorsieht, zwischen den Gesellschaftern auszutragen. Im Hinblick auf den das Personengesellschaftsrecht beherrschenden **Grundsatz** der **Selbstorganschaft** ist die **Gesellschaft als Abfindungsschuldnerin** auch dann, wenn sie am Streit der Gesellschafter über die Wirksamkeit des Ausschlusses nicht selbst beteiligt ist, darüber informiert, dass eine Klärung hierzu noch aussteht. Dass dem ausgeschlossenen Gesellschafter für den Fall der Wirksamkeit des Ausschlusses entweder gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB oder entsprechend dem im Gesellschaftsvertrag Vereinbarten ein Abfindungsanspruch zusteht oder er ggf. nach § 739 BGB für einen Fehlbetrag aufkommen muss, ist ebenso selbstverständlich wie die Abhängigkeit dieser Ansprüche von der noch ausstehenden Klärung.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>27</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.



Dem ausgeschlossenen Gesellschafter muss ungeachtet der sofortigen Wirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses von Verfassungen wegen die Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen die Maßnahme zustehen. Er muss es bis zur gerichtlichen Klärung regelmäßig nicht hinnehmen, unter Aufgabe seines Standpunkts, aus der Gesellschaft nicht wirksam ausgeschlossen worden zu sein, seinen Abfindungsanspruch zu verfolgen und sich damit in Widerspruch zu dem eigentlich verfolgten Rechtsschutzziel setzen.<sup>28</sup> Weder die Möglichkeit, den Abfindungsanspruch im selben Prozess hilfsweise zu verfolgen noch die Möglichkeit einer Hemmung der Verjährung durch eine Streitverkündung gemäß § 72 Abs. 1 ZPO, § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB führen zu einer anderen Beurteilung.<sup>29</sup>

Die **hilfsweise Geltendmachung des Abfindungsanspruchs** im Rechtsstreit mit den Gesellschaftern über die **Wirksamkeit des Ausschlusses** kommt regelmäßig nur unter dem Gesichtspunkt ihrer Haftung entsprechend § 128 HGB in Betracht. Dem ausgeschlossenen Gesellschafter muss es aber unbenommen bleiben, seinen Abfindungsanspruch **gegen die Gesellschaft selbst** zu verfolgen. Abgesehen davon würde die hilfsweise Geltendmachung des Abfindungsanspruchs gegen die übrigen Gesellschafter zudem die Klärung der Wirksamkeit des Ausscheidens für die Beteiligten erschweren, ohne dass damit erkennbare Vorteile in Bezug auf die Geltendmachung der im Raum stehenden Folgeansprüche verbunden wären. Überzeugt sich das Gericht im ersten Rechtszug von der Wirksamkeit des Ausschlusses, wäre es nicht prozessökonomisch, den möglicherweise aufwändigen Streit über den Abfindungsanspruch zu führen, bevor über die Wirksamkeit des Ausschlusses rechtskräftig entschieden ist. Ein **Teilurteil** könnte nur ergehen, wenn über den Hilfsantrag zumindest dem Grunde nach entschieden wird, damit mit der Entscheidung über den Hauptantrag der Entscheidung über den Hilfsantrag sachlich nicht vorgegriffen wird. Mit einer solchen Entscheidung ist den Beteiligten im Regelfall

---

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

wenig gedient, insbesondere würde diese Vorgehensweise nichts daran ändern, dass eine streitige Auseinandersetzung über die Höhe des Abfindungsanspruchs erst nach der Klärung der Wirksamkeit des Ausscheidens erfolgt.<sup>30</sup>

Auf die Frage, ob der **Gesellschaft** nach § 72 Abs. 1 ZPO im Rechtsstreit über die Wirksamkeit des Ausschlusses mit der Folge einer **Hemmung** der **Verjährung** des Abfindungsanspruchs nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB in zulässiger Weise der **Streit verkündet** werden kann, kommt es nicht an. Die Möglichkeit einer vorsorglichen, die Verjährung hemmenden Streitverkündung hat auf die Beurteilung, ob dem Ausgeschlossenen nach den ihm vorliegenden Kenntnissen die Rechtsverfolgung zumutbar ist, keinen maßgebenden Einfluss.<sup>31</sup> Etwas anderes kann nur im **Ausnahmefall** in Betracht kommen, wenn die Wirksamkeit des Ausschlusses offensichtlich ist und der ausgeschlossene Gesellschafter diese ohne tragfähigen Grund in Frage stellt.<sup>32</sup>

## 2.

### Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

#### a)

Die ursprünglich durch die Leistung der **Einlage** gemäß § 171 Abs. 1 HGB **erloschene Außenhaftung** eines Kommanditisten kann durch **Ausschüttungen** gemäß § 172 Abs. 4 HGB **wieder aufleben**.<sup>33</sup> Der **Insolvenz-**

---

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>33</sup> Urteile vom 22. Juni 2021 – [II ZR 101/19](#) – juris, Rn. 8 ; – [II ZR 102/19](#) – juris, Rn. 8; – [II ZR 103/19](#) –; – [II ZR 105/19](#) –; – [II ZR 106/19](#) – und – [II ZR 107/19](#) –; ebenso Urteile vom 13. Juli 2021 – [II ZR 92/20](#) – und – [II ZR 126/19](#) – sowie vom 03. August 2021 – [II ZR 194/20](#) – und vom 13. Juli 2021 i.d.F. des Berichtigungsbeschlusses vom 06. August 2021 – [II ZR 172/19](#) –.

**verwalter** einer GmbH & Co. KG (im Streitfall eine Publikumsfondsgesellschaft) kann eine **offene Haftung** nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 1, § 172 Abs. 2 HGB nur insoweit **geltend machen**, als die **Inanspruchnahme** des **Kommanditisten** zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, denen dieser nach §§ 171, 172 HGB haftet, **erforderlich** ist. Der Kommanditist kann dagegen entsprechend § 422 Abs. 1 Satz 1, **§ 362 Abs. 1 BGB** einwenden, dass der zur Befriedigung dieser Gläubiger erforderliche Betrag bereits durch Zahlungen anderer Kommanditisten aufgebracht wurde.<sup>34</sup> Ob dieser **Einwand** durchgreift, hängt zum einen von dem Umfang der von Haftung des Kommanditisten umfassten Forderungen ab und zum anderen auf dem Umfang der von anderen Kommanditisten erbrachten Zahlungen sowie der zur Verfügung stehende Insolvenzmasse.<sup>35</sup>

Eine **Haftung** des **Kommanditisten** für die **angemeldeten Forderungen anderer Kommanditisten** auf Auszahlung ihrer Einlage oder Rückzahlung von vor der Insolvenz zurückgezahlter Ausschüttungen besteht **nicht**. Diese Ansprüche sind entweder unmittelbar oder der Sache nach auf **Rückzahlung** der **Kommanditeinlage** gerichtet, die im Insolvenzfall jedoch zur Befriedigung der Gläubiger als Haftungsmasse zur Verfügung stehen muss. Die diesbezüglichen Forderungen sind daher **keine Insolvenzforderungen** i.S.d. § 38 InsO, sondern erst im Rahmen des sich an die **Schlussverteilung** anschließenden Innenausgleichs der Gesellschafter zu berücksichtigen.<sup>36</sup> Entsprechendes gilt für die von **Kommanditisten angemeldeten Schadensersatz- und Zinsforderungen** aufgrund der Verfolgung ihrer Ansprüche auf Rückgewähr der geleisteten Einlage oder von ihnen zurückgezahlter Ausschüttungen, die ebenso wie die auf Rückzahlung der Einlage gerichteten Forderungen dem Innenverhältnis der Gesellschafter zuzuordnen sind.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

Der **Kommanditist haftet** demgegenüber nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB für die gegen die Gesellschaft bestehenden **Gewerbesteuerforderung** jedenfalls insoweit, als sie auf der Hinzurechnung des Unterschiedsbetrags nach § 5a Abs. 4 EStG zum Gewinn der Schuldnerin beruht.<sup>38</sup> Der Kommanditist haftet nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB in der Insolvenz der Gesellschaft jedenfalls für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten, die **bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet** worden sind. Auf die insolvenzrechtliche Einordnung dieser Verbindlichkeiten kommt es nicht an. Für die Frage, ob eine bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Forderung vorliegt, können die für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach **§ 160 HGB** entwickelten **Abgrenzungskriterien** herangezogen werden. Danach ist bei der hier zu beurteilenden Steuerforderung nicht auf die vollständige Verwirklichung des steuerauslösenden gesetzlichen Besteuerungstatbestands abzustellen, sondern darauf, ob der **Grund der Besteuerung** zu einem **Zeitpunkt gelegt** wurde, zu dem der Gesellschafter noch Einfluss nehmen konnte und die Führung der Gesellschaft auch zu seinem Nutzen erfolgte.<sup>39</sup>

**b)**

Die **Gesellschafter** einer **Kommanditgesellschaft**, die als **Obergesellschaft** an einer anderen **Kommanditgesellschaft als Untergesellschaft** beteiligt ist, **haften** auch gegenüber den **Gläubigern der Untergesellschaft**. Diese Haftung wird in der **Insolvenz** der **Untergesellschaft** von deren **Insolvenzverwalter** geltend gemacht, solange nicht über das Vermögen der Obergesellschaft ihrerseits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (§ 171 Abs. 2 HGB).<sup>40</sup>

Der **Insolvenzverwalter** der Kommanditgesellschaft ist gemäß § 171 Abs. 2 HGB zur Einziehung der **wiederaufgelebten Außenhaftung** eines Kommanditisten gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB für die Gläubiger

---

<sup>38</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>40</sup> Urteil vom 03. August 2021 – [II ZR 123/20](#) – juris, Rn. 9.

der Gesellschaft (Schuldnerin) befugt. Es ist unerheblich, dass der Kommanditist an der Schuldnerin nicht selbst, sondern lediglich mittelbar über den Dachfonds als Kommanditist der Kommanditistin beteiligt ist.<sup>41</sup> Ob die **Einziehungsbefugnis** des Insolvenzverwalters gemäß § 171 Abs. 2 HGB in der **Insolvenz** nur der **Untergesellschaft** auch die **Inanspruchnahme** eines Gesellschafters der an der Untergesellschaft beteiligten **Obergesellschaft** umfasst, wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.<sup>42</sup>

Teilweise wird bei **mehrstöckigen Kommanditbeteiligungen** die Ermächtigung des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung der Haftung der Kommanditisten der Obergesellschaft dem Dachfonds gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft den Schuldnerinnen **abgelehnt**, sofern ein Insolvenzverfahren über die Obergesellschaft nicht eröffnet wurde. Nur das nach § 171 Abs. 1 HGB den Gläubigern zustehende Recht werde gemäß § 171 Abs. 2 HGB vom Insolvenzverwalter ausgeübt. Dieses beinhalte lediglich die Geltendmachung der Haftung der Gesellschafter derjenigen Gesellschaft, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Eine **analoge Anwendung** von **§ 171 Abs. 2 HGB** sei **ausgeschlossen**, da sich der Sinn der Norm, die Gläubigergleichbehandlung, nicht erreichen lasse, weil neben den Gläubigern der Untergesellschaft weitere Gläubiger der nicht insolventen Obergesellschaft vorhanden sein könnten. Zum Teil wird bei einem doppelstöckigen Fonds ein Durchgriff auf Kommanditisten der Kommanditisten für nicht möglich gehalten. Der Kommanditist hafte gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, an der er selbst beteiligt sei. Eine Haftung in Form einer Kette bestehe nicht.<sup>43</sup>

Hingegen **bejahen** andere **Instanzen** und Stimmen im **Schrifttum** in dieser Situation sowohl die **Einziehungsbefugnis** des Insolvenzverwalters der Untergesellschaft als auch die Haftung des Kommanditisten der

---

41 a.a.O., juris, Rn. 16.

42 a.a.O., juris, Rn. 17.

43 a.a.O., juris, Rn. 18.

Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft.<sup>44</sup> Der **II. Senat** schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. Die Kommanditisten der Obergesellschaft haften gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft. Diese Haftung wird in der Insolvenz der Untergesellschaft von deren Insolvenzverwalter geltend gemacht, solange nicht über das Vermögen der Obergesellschaft ihrerseits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (§ 171 Abs. 2 HGB).<sup>45</sup>

In einer **doppelstöckigen Kommanditgesellschaft haftet die Obergesellschaft** gemäß §§ 171, 172 HGB bzw. § 128 HGB für die **Verbindlichkeiten der Untergesellschaft**; für die Haftung der Obergesellschaft haften wiederum deren Gesellschafter.<sup>46</sup> Die Außenhaftung der Obergesellschaft als Kommanditistin der Untergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft ist eine Verbindlichkeit der Obergesellschaft im Sinne von § 128 HGB bzw. §§ 171, 172 HGB. **Haftungsbegründend** sind dabei unabhängig von ihrem Rechtsgrund **sämtliche Verbindlichkeiten** der Kommanditgesellschaft der Obergesellschaft gegenüber Dritten. Eine solche Verbindlichkeit, für die der Kommanditist der Obergesellschaft haftet, ist auch die Außenhaftung der Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft. Dementsprechend können außerhalb der Insolvenz die Gläubiger der Untergesellschaft unmittelbar auf die Kommanditisten der Obergesellschaft zugreifen, soweit die Voraussetzungen ihrer Haftung im Übrigen vorliegen.<sup>47</sup>

Diese Haftung wird in der Insolvenz der Untergesellschaft von deren **Insolvenzverwalter** geltend gemacht, solange nicht über die Obergesellschaft ihrerseits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

Für dieses Ergebnis spricht bereits der **Wortlaut** von **§ 171 Abs. 2 HGB**.<sup>49</sup> Hierfür spricht auch der **Sinn und Zweck** von § 171 Abs. 2 HGB.<sup>50</sup> Dass auf diese Weise eine **gleichmäßige Teilhabe** der Gläubiger einer überschuldeten Obergesellschaft, über die das Insolvenzverfahren nicht eröffnet wurde, möglicherweise nicht erreicht werden kann, weil nicht alle Gläubiger der Obergesellschaft am Insolvenzverfahren über die Untergesellschaften teilnehmen, rechtfertigt nicht, den Zweck der Vorschrift auch bezogen auf die Gläubiger der Untergesellschaften aufzugeben. Andernfalls wäre bei einer **zahlungsfähigen Obergesellschaft** die **anteilige Partizipation** der **Gläubiger** der überschuldeten Untergesellschaft gefährdet, die § 171 Abs. 2 HGB gerade bewirken will. Die Ablehnung der Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters für die Haftung der Kommanditisten der Obergesellschaft hätte aber zur Folge, dass die Gläubiger der Untergesellschaft unter Umgehung des Insolvenzverwalters direkt auf die Kommanditisten der Obergesellschaft zugreifen könnten. Im Erfolgsfalle ginge dessen Einziehungsbefugnis gegenüber der Obergesellschaft unter Umständen ins Leere. Würden nämlich so viele Kommanditisten der Obergesellschaft an die Gläubiger der Untergesellschaft zahlen, dass die wiederaufgelebte Haftung der Obergesellschaft erlischt, könnte die Obergesellschaft gegenüber dem Insolvenzverwalter der Untergesellschaft einwenden, ihre Haftung sei durch die dann berechnete Zahlung ihrer Kommanditisten an die Gläubiger erloschen.<sup>51</sup>

Dass auch über die **Obergesellschaft** das **Insolvenzverfahren** eröffnet wurde, ist deshalb **nicht Voraussetzung** der **Inanspruchnahme** ihrer **Kommanditisten** durch den Insolvenzverwalter der Untergesellschaft, sondern würde ihr im Gegenteil entgegenstehen, weil dann § 171 Abs. 2 HGB zugunsten des Insolvenzverwalters der Obergesellschaft eingreifen würde.<sup>52</sup>

---

49 a.a.O., juris, Rn. 24.

50 a.a.O., juris, Rn. 26.

51 a.a.O., juris, Rn. 27.

52 a.a.O., juris, Rn. 28.

c)

Im Fall der **Herabsetzung** der **Haftsumme** ist die **Außenhaftung** des **Kommanditisten** für **Altverbindlichkeiten** im Umfang des die neue Haftsumme übersteigenden Betrags entsprechend **§ 160 Abs. 1 und 2, § 161 Abs. 2 HGB zeitlich begrenzt**. Nach Ablauf der Nachhaftungsfrist von **fünf Jahren** haftet der Kommanditist auch gegenüber Altgläubigern nur noch bis zur Höhe der neuen verminderten Hafteinlage.<sup>53</sup>

Die zeitliche Begrenzung der Nachhaftung findet auch bei einer Herabsetzung der Hafteinlage Anwendung. Die **Herabsetzung** der **Hafteinlage** wirkt aus Sicht der Gläubiger wie ein **teilweises Ausscheiden** des Kommanditisten. Wer teilweise ausscheidet, haftet im Umfang seines Ausscheidens nicht strenger als ein Gesellschafter, der vollständig ausscheidet. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, dass bei grundsätzlicher Eröffnung der Möglichkeit zur Enthftung derjenige, der in Zukunft als Kommanditist nur noch in geringerem Umfang haften will, schlechter stehen soll als derjenige, der künftig überhaupt nicht mehr haften will. Der in § 174 Halbsatz 2 HGB niedergelegte Grundsatz der Unwirksamkeit der Herabsetzung der Hafteinlage gegenüber Altgläubigern wird deshalb durch die entsprechende Anwendung von § 160 Abs. 1 und 2, § 161 Abs. 2 HGB zeitlich begrenzt.<sup>54</sup>

Bei der entsprechenden Anwendung der § 160 Abs. 1 und 2, § 161 Abs. 2 HGB auf die Herabsetzung der Hafteinlage eines Kommanditisten **beginnt** die **fünfjährige Nachhaftungsfrist unabhängig** von der **Eintragung** der **Kapitalherabsetzung** in das **Handelsregister** bereits mit dem Ende des Tages, an dem der **Gesellschaftsgläubiger positive Kenntnis** von dem Herabsetzungsbeschluss erlangt. Die **Registereintragung** markiert nur den **letzten Tag des Fristbeginns**.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Urteil vom 04. Mai 2021 – [II ZR 37/20](#) – juris, Rn. 14; ebenso das Urteil vom gleichen Tag – [II ZR 150/20](#) –.

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.



Die Frage, ob für den Beginn des Laufs der fünfjährigen Nachhaftungsfrist bei der entsprechenden Anwendung auf die Situation der Herabsetzung der Haftenlage des Kommanditisten auf den **Wortlaut des § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB** und damit auf den Zeitpunkt der **Eintragung** in das **Handelsregister** abgestellt werden muss **oder** ob es auf eine bereits **früher erlangte Kenntnis** des Altgläubigers von der Herabsetzung der Haftenlage des Kommanditisten ankommen kann, wird nicht einheitlich beantwortet.<sup>56</sup> Richtig ist, dass die Nachhaftungsfrist bei teilweisem Rückzug aus der Haftungsverantwortung ebenso wie bei dem vollständigem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft mit der positiven Kenntnis des Gläubigers von der Kapitalherabsetzung beginnt. Damit, dass die **Eintragung** in das **Handelsregister** im **Außenverhältnis konstitutive Wirkung** für die **Kapitalherabsetzung** hat, lässt sich eine Ungleichbehandlung der Statusveränderungen im Hinblick auf den Beginn der Nachhaftung nicht rechtfertigen.<sup>57</sup>

Bei der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** beginnt die **Fünfjahresfrist** bei der in § 736 Abs. 2 BGB bestimmten sinngemäßen Anwendung des § 160 Abs. 1 HGB mit der **positiven Kenntnis** des jeweiligen **Gläubigers** von dem **Ausscheiden** des Gesellschafters aus der Gesellschaft, da man insoweit, anders als bei einer Personenhandelsgesellschaft, schon nicht an die Publizität durch Registereintragung des Ausscheidens anknüpfen kann. Die **Beweislast** für die fristauslösende positive Kenntnis trägt der ausgeschiedene **Gesellschafter**.<sup>58</sup>

Bei der **offenen Handelsgesellschaft** und bei der Kommanditgesellschaft beginnt die Nachhaftungsfrist **ebenfalls** mit positiver Kenntnis des Gläubigers vom Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft zu

---

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

laufen, obwohl das Ausscheiden bei den Personenhandelsgesellschaften anmelde- und eintragungspflichtig ist (§ 143 Abs. 2, § 162 Abs. 3 HGB).<sup>59</sup> Der II. Zivilsenat hat für die offene Handelsgesellschaft bereits entschieden, dass die Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister für den Beginn der fünfjährigen Enthaltungsfrist des § 160 Abs. 1 HGB nicht konstitutiv ist. Der Lauf der Frist beginnt bereits mit der positiven Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, wenn das Ausscheiden nicht oder später in das Handelsregister eingetragen wird.<sup>60</sup> Für den ausscheidenden **Kommanditisten** gilt wegen der identischen Interessenlage nichts anderes. Die Nachhaftungsbegrenzung kommt auch dem Kommanditisten im Fall seines Ausscheidens über § 161 Abs. 2 HGB zugute.<sup>61</sup> Wird die **Haftelinlage** eines Kommanditisten **herabgesetzt**, beginnt die Nachhaftungsfrist entsprechend § 160 Abs. 1 HGB **ebenfalls** nicht erst mit der Eintragung der Kapitalherabsetzung in das Handelsregister, sondern bereits mit der positiven Kenntnis des Altgläubigers von dem Herabsetzungsbeschluss.<sup>62</sup>

Der **Gesetzgeber** hat mit der **konzeptionellen Neuregelung** des **Enthaltungsrechts** der Personengesellschaften durch das **Nachhaftungsbegrenzungsgesetz** vom 18. März 1994<sup>63</sup> in § 736 Abs. 2 BGB einerseits und in § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB andererseits den Zweck verfolgt, eine **einheitliche Haftungsbegrenzung** im gesamten Personengesellschaftsrecht herzustellen. Dieses Regelungsziel verlangt es, den teilweisen Rückzug des Kommanditisten aus der Gesellschaft durch Verminderung seiner Haftungssumme und den vollständigen Rückzug des ausscheidenden Kommanditisten aus der Gesellschaft im Hinblick auf die Nachhaftungsbegrenzung gleich zu behandeln. Zu den vom Regelungsziel erfassten Personengesellschaften gehört auch die Kommanditgesellschaft und dabei nicht nur der persönlich haftende Gesellschafter, sondern auch die Kommanditisten,

---

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>63</sup> BGBl. I, S. 560 ff.

etwa beim Ausscheiden eines Kommanditisten unter Rückgewähr der Einlagen.<sup>64</sup>

**Ohne Erfolg** bleibt der **Einwand**, es könne deshalb für den Beginn der Enthaftungsfrist nicht auf die positive Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers von der Herabsetzung des Haftkapitals abgestellt werden, weil anders als für das Ausscheiden des Gesellschafters die **Eintragung im Handelsregister** für die **Herabsetzung** der Haftenlage gemäß § 174 Halbsatz 1 HGB **konstitutiv** ist. Denn die Eintragung hat keine konstitutive Wirkung für die Altgläubiger.<sup>65</sup> Im **Innenverhältnis** der Gesellschaft wird eine **Haftsummenherabsetzung** bereits mit der **Änderung des Gesellschaftsvertrags wirksam**. Die Eintragung der Herabsetzung der Haftenlage entfaltet **konstitutive Wirkung nur im Außenverhältnis**. Gerade für die **Altgläubiger**, um deren Ansprüche es bei der hier zu beantwortenden Frage geht, hat die Eintragung der Kapitalherabsetzung aber auch im Außenverhältnis **keine konstitutive Wirkung**. Für die Altgläubiger ändert sich allein durch die Eintragung nichts. Nach § 174 Halbsatz 2 HGB müssen Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Eintragung begründet waren, die Herabsetzung nicht gegen sich gelten lassen. Bildet die konstitutive Wirkung der Eintragung der Haftkapitalherabsetzung keine Haftungszäsur gegenüber den Altgläubigern, spricht dies dafür, die Eintragung auch nicht notwendig als Anknüpfungspunkt für den Beginn der Nachhaftungsfrist heranzuziehen, sondern den Zeitpunkt des Beginns der Nachhaftungsfrist auch im Fall der Herabsetzung der Haftsumme unabhängig von der in § 174 Halbsatz 1 HGB festgelegten konstitutiven Wirkung der Eintragung zu bestimmen.<sup>66</sup>

Entsprechend der **gesetzgeberischen Wertung** des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB ist es gerechtfertigt, dass bei Kenntnis des Altgläubigers von der im Innenverhältnis beschlossenen Haftsummenherabsetzung diese schon mit dem Zeitpunkt der Kenntnis dem Altgläubiger gegenüber Wirkung entfaltet

---

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 24; vgl. RegE BT-Drucks. 12/1868, S. 8.

<sup>65</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

und nicht erst mit deren späteren Eintragung im Handelsregister. Die **Eintragung** der Herabsetzung der Haftsumme ist danach nur wie bei der offenen Handelsgesellschaft der **späteste Zeitpunkt** für den Beginn der Nachhaftung, wenn keine positive Kenntnis vorliegt. So wird dem Anliegen des Gesetzgebers, eine einheitliche Haftungsbegrenzung im gesamten Personengesellschaftsrecht herzustellen, weitestgehend Rechnung getragen. Bei diesem Verständnis steht der Wortlaut des § 174 Halbsatz 1 HGB der hier vorgenommenen Gesetzesauslegung nicht entgegen.<sup>67</sup>

Darüber hinaus wird die gesetzgeberische Wertung des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB ungeachtet der konstitutiven Wirkung der Eintragung für die Herabsetzung im Außenverhältnis im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 174 HGB berücksichtigt, was im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Interessenlagen dafür spricht, diese auch bei der Enthftung des Kommanditisten gegenüber Altgläubigern heranzuziehen. Die Argumentation, für den Beginn der Nachhaftungsfrist könne nicht auf die positive Kenntnis des Gläubigers abgestellt werden, weil nur eine Kenntnis des Gläubigers von der Haftsummenherabsetzung im Zeitpunkt der Begründung der Forderung von Bedeutung sei, welche vorliegend nicht vorgelegen habe, überzeugt nicht.<sup>68</sup>

Der im Handelsregister **nicht eingetragene Kommanditist** haftet gemäß § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB denjenigen Gläubigern, die seine Beteiligung als Kommanditist kannten, nur in Höhe der vereinbarten Haftsumme. Diese gesetzgeberische Wertung wird auf § 174 HGB übertragen. Soweit die Haftsumme durch Änderung des Gesellschaftsvertrags herabgesetzt, aber diese Herabsetzung noch nicht im Handelsregister eingetragen ist, muss sich ein Gläubiger, der von der nicht eingetragenen Herabsetzung der Haftsumme bei Begründung seiner Forderung positive Kenntnis hat, diese trotz der Konstitutivwirkung der Eintragung entgegenhalten lassen.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

Dass die Eintragung nach der gesetzlichen Konstruktion zwar die Neu- von den Altgläubigern scheidet, dies aber nach einhelliger Auffassung dann nicht gilt, wenn der Gläubiger die Kapitalherabsetzung kennt, spricht dafür, dies bei der Nachhaftung zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen genauso zu handhaben. **Entscheidend ist nicht** die Frage der **konstitutiven oder deklaratorischen Wirkung** der **Handelsregistereintragung**, **sondern** die mit der Eintragung verbundene und bezweckte **Publizitätswirkung**. Hinter der gesetzlichen Regelung zum Fristbeginn bei der Nachhaftung steht der Gedanke der **Kenntnisnahmemöglichkeit** des **Gesellschaftsgläubigers**. Sinn des Abstellens des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Eintragung für den Fristbeginn ist es, den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft der Notwendigkeit zu entheben, alle Gläubiger einzeln von seinem Ausscheiden in Kenntnis zu setzen. Stattdessen lässt es der Gesetzgeber für den Fristbeginn ausreichen, dass die Gläubiger von dem Ausscheiden durch Einsichtnahme in das Handelsregister und die dortige Eintragung Kenntnis erlangen können. Hat ein Gläubiger allerdings **auf andere Weise** als durch die Handelsregistereintragung schon **Kenntnis** vom Ausscheiden eines Gesellschafters oder von einem vergleichbaren, dessen Haftung beschränkenden Umstand erlangt, so ist der Zweck des § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB bereits ohne eine solche Eintragung erreicht. Zum **Schutz** des betreffenden **Gläubigers** ist eine zusätzliche Eintragung **nicht mehr erforderlich**.<sup>70</sup>

Zuzugeben ist, dass der Neugläubiger – anders als der Altgläubiger – bei positiver Kenntnis von der im Handelsregister noch nicht eingetragenen, im Innenverhältnis aber bereits wirksamen Haftungsreduzierung bewusst ein Risiko in Kauf nimmt. Auf der anderen Seite erlangt der Altgläubiger mit der positiven Kenntnis von der Kapitalherabsetzung auch positive Kenntnis von der im Innenverhältnis wirksamen Haftungsreduzierung und hat fünf Jahre Zeit, auf die veränderte Haftungslage zu reagieren. Eine unangemessene

---

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

Gläubigerbenachteiligung steht mithin nicht zu besorgen. Demgegenüber wäre es nicht sachgerecht, das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft und das Teilausscheiden eines ohnehin nur beschränkt persönlich haftenden Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft unter Nachhaftungsgesichtspunkten unterschiedlich zu behandeln. Darin läge, weil mit dem Erlangen der positiven Kenntnis von der im Innenverhältnis wirksamen teilweisen Enthftung die fristgebundene Möglichkeit der Anspruchsverfolgung eröffnet ist und der gebotene Interessenausgleich hergestellt werden kann, eine vor dem Hintergrund der mit dem Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz beabsichtigten Einheitlichkeit der Haftungsbegrenzung im Personengesellschaftsrecht nicht vertretbare Besserstellung der Gläubiger einer Kommanditgesellschaft, bei der das Haftkapital herabgesetzt wird, gegenüber den Gläubigern einer Personengesellschaft, bei denen ein haftender Gesellschafter ganz ausscheidet.<sup>71</sup>

Ob eine **Forderung** eine "bis dahin begründete Verbindlichkeit" 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 Sinn sind vielmehr alle Schuldverpflichtungen, deren **Rechtsgrundlage bis zum Ausscheiden des Gesellschafters gelegt** worden ist, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später entstehen und fällig werden.<sup>72</sup> Stellt man für den Beginn der Nachhaftungsfrist bei der entsprechenden Anwendung des § 160 Abs. 1 HGB auf die Herabsetzung der Hafteinlage eines Kommanditisten auf einen vor der Eintragung der Herabsetzung in das Handelsregister liegenden Zeitpunkt der positiven Kenntnis eines Gläubigers von dem Beschluss über die Haftkapitalherabsetzung ab, kommt es für die Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern darauf an, ob die Rechtsgrundlage für die Verbindlichkeit **bis zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung** gelegt wurde. Wird die Forderung nach Kenntnis von

---

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

der Kapitalherabsetzung begründet, ist der Gläubiger ohnehin **Neugläubiger** im Sinne des § 174 HGB und muss die Herabsetzung gegen sich gelten lassen. Dann kommt es auf § 160 HGB nicht an.<sup>73</sup>

Mit **Ablauf** der **Nachhaftungsfrist** des **§ 160 HGB entfällt** in entsprechender Anwendung des **§ 217 BGB** nicht nur die **Haftung** für den geltend gemachten **Hauptanspruch**, sondern auch die Haftung für die von ihm **abhängenden Nebenleistungen**.<sup>74</sup>

**§ 217 BGB** findet auf die fünfjährige Nachhaftungsfrist des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB **entsprechende Anwendung**.<sup>75</sup> Bei der **Nachhaftungsfrist** des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB handelt es sich um **keine Verjährungsvorschrift**, sondern um eine **Ausschlussfrist**.<sup>76</sup> Einzelne Verjährungsvorschriften können auf Ausschlussfristen entsprechend angewendet werden, auch wenn nicht ausdrücklich auf sie verwiesen wird. Das ist im Einzelfall nach Sinn und Zweck der jeweiligen einzelnen Bestimmung zu entscheiden. Anders als für Verjährungsfristen gibt es für gesetzliche Ausschlussfristen keine allgemein geltenden Bestimmungen. Die getroffenen Regelungen sind verschieden je nach der Art und dem Inhalt des Rechts, das nach Fristablauf erlöschen soll. Hiernach richtet sich, welcher Zweck mit einer Ausschlussfrist verfolgt wird und welche Interessen dabei zu berücksichtigen sind.<sup>77</sup> Ob die für Verjährungsfristen geltende Koppelung der Verjährung der von dem Hauptanspruch abhängenden Nebenleistungen an die Verjährung des Hauptanspruchs in § 217 BGB auf die Ausschlussfrist des § 160 Abs. 1 Satz 1 HGB entsprechend anzuwenden ist, hängt mithin vom Sinn dieser Vorschrift ab.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

<sup>75</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 40 unter Verweis auf RegE BT-Drucks. 12/1868, S. 2.

<sup>77</sup> a.a.O., juris, Rn. 41.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 42.

Der Gesetzgeber hat mit **§ 160 HGB nicht lediglich** eine **zeitliche Obergrenze** festgelegt. Er hat vielmehr eine **umfassende Regelung** des Problems der Nachhaftungsbegrenzung vorgenommen und im Interesse der Rechtssicherheit **für alle Verbindlichkeiten**<sup>79</sup> einheitlich den Weg einer klar festgelegten **Ausschlussfrist** gewählt. Sinn dieser Regelung ist es in erster Linie zu vermeiden, dass ein ausgeschiedener Gesellschafter zu lange Zeit mit einer Haftung für Verbindlichkeiten belastet wird, obwohl er wegen seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch von den Gegenleistungen und sonstigen Erträgen profitieren kann. Dieses Regelungsziel würde verfehlt, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter zwar nicht mehr für die Altgläubigerforderung, aber für von ihr abhängige Verzugszinsen oder Schadensersatzansprüche wegen Verzögerung der Leistung nach § 280 Abs. 2, § 286 BGB, insbesondere für **vorgerichtlichen Anwaltskosten** weiterhaften müsste. Dass diese Verzögerungsschäden nicht wegen der Verfolgung der Altforderung gegen die Gesellschaft, sondern aus der Geltendmachung der Außenhaftung gegenüber dem Gesellschafter entstanden sind, rechtfertigt im Hinblick auf das Ziel der umfänglichen Enthftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für alle Ansprüche zu einem klar festgelegten Zeitpunkt keine andere Wertung. Es wäre widersinnig, den ausgeschiedenen Gesellschafter einerseits davor zu schützen, sich nach Ablauf der Ausschlussfrist inhaltlich gegen den Hauptanspruch verteidigen zu müssen, ihm aber genau dies aufzuerlegen, um einen fortbestehenden Anspruch auf Ersatz eines Verzögerungsschadens abzuwehren.<sup>80</sup>

Der **entsprechenden Anwendung** des **§ 217 BGB steht nicht entgegen**, dass § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB zwar auf einige Verjährungsvorschriften, nicht aber auf § 217 BGB verweist. § 160 Abs. 1 Satz 3 HGB befasst sich lediglich mit der Hemmung der Ausschlussfrist. Dies schließt die

---

<sup>79</sup> RegE BT-Drucks. 12/1868, S. 2.

<sup>80</sup> a.a.O., juris, Rn. 43.



entsprechende Anwendung weiterer, in den §§ 214 ff. BGB geregelter Vorschriften über die Rechtsfolgen der Verjährung nicht aus.<sup>81</sup>

d)

Der **Geschäftsführer** der **Komplementär-GmbH** einer GmbH & Co. KG ist zum **Schadenersatz** aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO in der Fassung des Gesetzes vom 23. Oktober 2008<sup>82</sup> verpflichtet, wenn er es trotz Insolvenzzreife der Gesellschaft unterlassen hat, einen Eröffnungsantrag zu stellen. Der seine Insolvenzantragspflicht verletzende Geschäftsführer hat einem **vertraglichen Neugläubiger** den Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entsteht, dass er infolge des Vertragsschlusses mit der insolvenzzreifen Gesellschaft im Vertrauen auf deren Solvenz dieser noch Geld- oder Sachmittel als Vorleistungen zur Verfügung stellt und dadurch Kredit gewährt, ohne einen entsprechend werthaltigen Gegenanspruch oder eine entsprechende Gegenleistung zu erlangen, oder er infolge des Vertragsschlusses Aufwendungen erbracht hat.<sup>83</sup>

Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes vom 17. Oktober 2008<sup>84</sup>, der hier gemäß Art. 103m EGIInsO anwendbar ist, liegt trotz **rechnerischer** eine **insolvenzrechtliche Überschuldung nicht** vor, wenn die **Fortführung** des **Unternehmens** nach den Umständen **überwiegend wahrscheinlich** ist. Eine **positive Fortführungsprognose** setzt in **subjektiver Hinsicht** den **Fortführungswillen** des Schuldners bzw. seiner Organe und in **objektiver Hinsicht** die sich aus einem **aussagekräftigen Unternehmenskonzept** herzuleitende **Lebensfähigkeit** des Unternehmens voraus. Dem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept muss grundsätzlich ein Ertrags- und Finanzplan zugrunde liegen, der für einen **angemessenen Prognosezeitraum** aufzustellen ist und aus

---

<sup>81</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.

<sup>82</sup> BGBl. I, S. 2026; im Folgenden: a.F.

<sup>83</sup> Urteil vom 13. Juli 2021 – [II ZR 84/20](#) – juris, Rn. 66.

<sup>84</sup> Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG); BGBl. I, S. 1982.

dem sich ergibt, dass die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig zur Fortführung des Unternehmens ausreicht.<sup>85</sup>

Dem **Geschäftsleiter** ist bei der Beantwortung der Frage, ob eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann, ein **Beurteilungsspielraum** zuzubilligen. Bei der Prüfung, ob der Geschäftsleiter seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat, darf die Vermögenssituation der Gesellschaft nicht aus der Rückschau beurteilt werden, sondern es ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines ordentlichen Geschäftsleiters in der konkreten Situation abzustellen.<sup>86</sup> Notwendig ist zunächst eine **ausreichende Beurteilungsgrundlage**. Dazu muss der Geschäftsleitung zu den maßgeblichen Zeitpunkten jeweils ein **aussagekräftiger Ertrags- und Finanzplan** vorliegen, der für den gesamten Prognosezeitraum die zu erwartenden Zahlungsströme und damit den zukünftigen Liquiditätsbedarf hinreichend abbildet. Bei einer sich zunehmend abzeichnenden Verschlechterung der finanziellen Situation der Schuldnerin muss die Planungsrechnung in den gebotenen kurzen zeitlichen Abständen an die jeweilige Lage angepasst werden, so dass die Geschäftsleitung den Vermögensstand jederzeit im Blick hat.<sup>87</sup>

Liegt ein **Comfort Letter** in Form einer **harten Patronatserklärung** vor, ist die Schuldnerin **rechnerisch schon nicht überschuldet**. Eine Patronatserklärung, in der sich eine Patronin gegenüber einer Tochtergesellschaft **rechtsverbindlich** verpflichtet, die Tochtergesellschaft in der Weise auszustatten, dass sie stets in der Lage ist, ihren finanziellen Verbindlichkeiten zu genügen, vermeidet die insolvenzrechtliche Überschuldung.<sup>88</sup>

Handelt es sich bei einem Comfort Letter lediglich um eine **weiche Patronatserklärung**, die **keinen rechtsgeschäftlichen Charakter** hatte und keine Verbindlichkeit der Zusage des Patrons begründet, kommt diese

---

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 68.

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 69.

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 71.

<sup>88</sup> a.a.O., juris, Rn. 74.

**mangels** in der **Überschuldungsbilanz aktivierbarer Forderung** als **Mittel** zur **Vermeidung** der **rechnerischen Überschuldung** nicht in Betracht.<sup>89</sup>

Trotz Fehlens eines rechtlich verbindlichen Ausstattungsanspruchs ist eine weiche Patronatserklärung aber ein Umstand, dem im Rahmen der **Beurteilung**, ob gleichwohl die **Fortführung** des **Unternehmens** noch überwiegend wahrscheinlich ist (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 InsO a.F.), **Bedeutung** zukommen und der nicht außer Betracht bleiben kann, wenn es darum geht, ob die Geschäftsleitung sich noch innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums gehalten hat. Eine positive Fortführungsprognose im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 InsO a.F. scheidet nicht bereits deshalb aus, weil die Aufrechterhaltung der Liquidität der Gesellschaft von der Zurverfügungstellung ausreichender finanzieller Mittel durch Dritte, etwa einem Gesellschafter, abhängt, auf welche die Gesellschaft (noch) keinen rechtlich verbindlichen Anspruch hat.<sup>90</sup> Die Berücksichtigung etwaiger Finanzierungsbeiträge Dritter setzt im Rahmen der der Fortbestehensprognose zugrundeliegenden Ertrags- und Finanzplanung nicht zwingend voraus, dass diese rechtlich gesichert sind bzw. eine rechtsverbindliche Zusicherung gegeben ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn damit ausgedrückt werden soll, es müsse ein Rechtsanspruch (§ 194 Abs. 1 BGB) bestehen.<sup>91</sup> Vielmehr kommt es, wenn die Finanzierung der Sanierung einer in der Krise befindlichen Gesellschaft von den **Sanierungsbeiträgen Dritter** abhängt, darauf an, ob mit diesen und damit dem Gelingen der Sanierung insgesamt mit **überwiegender Wahrscheinlichkeit gerechnet** werden kann. Die einer Fortbestehensprognose zugrundeliegende Ertrags- und Finanzplanung bildet zukünftige Zahlungsströme ab, über deren Eintritt oder Ausfall lediglich eine mit **Unsicherheiten behaftete Vorhersage** möglich ist. Das Bestehen eines Rechtsanspruchs führt zwar regelmäßig dazu, dass der entsprechende Mittelzufluss ohne Weiteres in der Liquiditätsplanung

---

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 75.

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 77.

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 78.

Eingang finden kann. Allein maßgeblich ist dieser Gesichtspunkt jedoch nicht, wie sich nicht zuletzt darin zeigt, dass etwaige Erträge aus der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ebenso in der Finanzplanung angesetzt werden können, obgleich auf diese ebenfalls kein Rechtsanspruch besteht.<sup>92</sup>

Geht es darum, ob sich bei einer bereits in der Krise befindlichen Gesellschaft aufgrund der Ertrags- und Finanzplanung abzeichnende **Liquiditätslücken** nur **schließen lassen**, wenn man eine **Mittelzufuhr** durch einen **Patron** unterstellt, die dieser lediglich im Rahmen einer **weichen Patronatserklärung** zugesagt hat und auf die demgemäß **kein Rechtsanspruch** besteht, sind dem **Beurteilungsspielraum** der Geschäftsleitung vor dem Hintergrund der Interessen der Gläubiger der Gesellschaft allerdings **enge Grenzen** gesetzt.<sup>93</sup> Während im Falle einer **harten internen Patronatserklärung** der dem Tochterunternehmen gegen den Patron zustehende Ausstattungsanspruch in die Insolvenzmasse fällt, ist dies bei der weichen Patronatserklärung gerade nicht der Fall. Ließe man zu, dass ein Tochterunternehmen eine positive Fortbestehensprognose ohne Weiteres auf eine solche Patronatserklärung stützen könnte, eröffnete man dem Mutterunternehmen die Möglichkeit, in der Krise ihrer Tochtergesellschaft die **Insolvenz** der Tochter **auf Kosten** der übrigen **Gläubiger** zu **verzögern**, ohne ein zusätzliches eigenes Haftungsrisiko übernehmen zu müssen. Deshalb wird das aus einer lediglich **weichen Patronatserklärung** folgende **unverbindliche Versprechen** des Patrons, die Tochter mit ausreichender Liquidität zu versorgen, nur in Ausnahmefällen in der Ertrags- und Finanzplanung Berücksichtigung finden können. Dies gilt insbesondere, wenn sich für die Gesellschaft bereits abzeichnet, dass die Liquidität im Prognosezeitraum ohne eine Finanzierungsmaßnahme eines Gesellschafters nicht sichergestellt und dieser Gesellschafter nicht mehr bereit ist, den erforderlichen Finanzbedarf unter Inkaufnahme eines Verlustrisikos im Falle

---

<sup>92</sup> a.a.O., juris, Rn. 79.

<sup>93</sup> a.a.O., juris, Rn. 80.

der Insolvenzeröffnung zu decken, etwa indem er für **zusätzliches Eigenkapital, nachrangiges Fremdkapital** oder eine **harte Patronatserklärung** sorgt. In diesem Fall sind erhebliche Zweifel an einem weiteren Mittelzufluss angezeigt. In Rechnung zu stellen ist, dass der Patron möglicherweise lediglich erreichen will, die Liquiditätsausstattung der Tochter jederzeit einstellen zu können, ohne das Risiko einer weiteren Inanspruchnahme fürchten zu müssen.<sup>94</sup>

Unter solchen Umständen kann ein **ordentlicher Geschäftsleiter** in aller Regel **nicht** zu dem Ergebnis kommen, dass der **Patron** seiner nicht rechtsverbindlichen Ausstattungszusage während des **gesamten Prognosezeitraums** mit der **erforderlichen Wahrscheinlichkeit** tatsächlich nachkommen wird. In seiner Liquiditätsplanung haben die entsprechenden Mittel außer Betracht zu bleiben. **Außergewöhnliche Umstände**, die im **Ausnahmefall** eine abweichende Beurteilung rechtfertigen mögen, etwa, weil der Patron mit der Ausstattung der Gesellschaft ganz überwiegend **keine Gewinnerzielung** anstrebt und aus **übergeordneten Gründen** zur Übernahme von Verlusten bereit bzw. etwa im Bereich der **Daseinsvorsorge** verpflichtet ist, sind vom Geschäftsleiter substantiiert darzulegen und zu beweisen. Dafür genügt der Hinweis darauf, dass der Patron in der Vergangenheit finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt hat, mögen diese auch erheblich gewesen sein, für sich genommen nicht.<sup>95</sup> Die **Geschäftsleitung** hat nicht nur einmalig eine Fortbestehensprognose aufzustellen, sondern die **positive Fortbestehensprognose** auch **laufend zu überwachen**. Unabhängig davon hilft die Bestätigung einer nach wie vor praktisch jederzeit kündbaren Finanzierungsvereinbarung ohnehin nicht über die bestehenden Zweifel daran hinweg, ob der Patron seiner darüberhinausgehenden freiwilligen Finanzierungszusage uneingeschränkt nachkommen würde.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> a.a.O., juris, Rn. 81.

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Rn. 82.

<sup>96</sup> a.a.O., juris, Rn. 85.

Liegt **insolvenzrechtliche Überschuldung** vor, haftet der deshalb zum Antrag Verpflichtete nicht, wenn er darlegt und gegebenenfalls beweist, dass ihn an der verspäteten Antragsstellung kein Verschulden trifft.<sup>97</sup> Soweit der **Abschlussprüfer** bei seinem **uneingeschränkten Bestätigungsvermerk** von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ausgegangen ist, kann das den **Geschäftsführer nicht entschuldigen**. Aus einer positiven Fortführungsprognose im Sinn des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB lassen sich bereits im Hinblick auf die bilanzrechtliche Fortführungsvermutung und den regelmäßig geringeren Prognosezeitraum keine zwingenden Schlüsse auf eine positive Fortbestehensprognose im Sinn des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 InsO a.F. ziehen.<sup>98</sup>

### 3. Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

#### a)

Die Vorschriften in **§ 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO** unterwerfen neben Forderungen auf **Rückgewähr** eines **Gesellschafterdarlehens** auch **Forderungen** aus Rechtshandlungen, die einem solchen **Darlehen wirtschaftlich entsprechen**, dem **insolvenzrechtlichen Nachrang** und damit der **Insolvenzanfechtung**. Die **Generalklausel** der **wirtschaftlichen Vergleichbarkeit** soll die Rechtsprechung in den Stand setzen, sämtliche nicht ausdrücklich vom Wortlaut des Gesetzes erfasste, jedoch einem Gesellschafterdarlehen vergleichbare Sachverhalte entsprechend zu beurteilen. Für eine Forderung, die einem Darlehen wirtschaftlich entspricht, ist eine Rechtshandlung erforderlich, die in gleicher Weise wie ein Darlehen **Finanzierungsfunktion** hat. Entscheidend ist, dass der **Gesellschaft** wie

---

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 86.

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 87.

bei einem Darlehen **zeitweise** ein **Kapitalwert zur Nutzung überlassen** wird. Der Nachrang beruht auf der Bereitschaft des Gesellschafters, der Gesellschaft auf Zeit Mittel zur Finanzierung zur Verfügung zu stellen. Dies richtet sich nicht nach der rechtlichen Form etwaiger Geldgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, sondern nach der wirtschaftlichen Funktion des Geschäfts.<sup>99</sup>

Nach diesen Maßstäben unterliegt die **Auszahlung** eines **Gewinns** an den **Alleingesellschafter** einer GmbH als **Rückzahlung** einer wirtschaftlich einem **Darlehen entsprechenden Forderung** der **Anfechtung** nach § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, **wenn** der nunmehr ausgeschüttete Gewinn zuvor aufgrund einer Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters **auf neue Rechnung vorgetragen** worden war.<sup>100</sup> Eine **darlehensgleiche Forderung** liegt vor, wenn durch einen **Gewinnverwendungsbeschluss** ein Anspruch des Gesellschafters auf Ausschüttung des Gewinns der Gesellschaft begründet und die **Gewinnforderung nicht zeitnah ausgeschüttet**, sondern über einen längeren Zeitraum auf einem **Kapitalkonto** des Kommanditisten **stehen gelassen** wird. Denn ungeachtet des Entstehungsgrunds entsprechen einem Darlehen alle aus sonstigem Rechtsgrund herrührenden Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet werden, weil eine **Stundung** bei wirtschaftlicher Betrachtung eine **Darlehensgewährung** bewirkt.<sup>101</sup>

**Ausschüttung** eines **Gewinnvortrags** an den **Alleingesellschafter** einer GmbH unterliegen als **Rückgewähr** einer **darlehensgleichen Forderung** gleichfalls der **Anfechtung** nach § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegt. Indem sich der Gesellschafter bei der Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses entscheidet, den Jahresgewinn nicht auszuschütten, sondern auf neue Rechnung vorzutragen, trifft er wie bei der

---

<sup>99</sup> Urteil vom 22. Juli 2021 – [IX ZR 195/20](#) – juris, Rn. 7.

<sup>100</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>101</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

Gewährung eines Darlehens eine **Finanzierungsentscheidung** zugunsten der Gesellschaft.<sup>102</sup>

Seite 32 von 57

Nach **§ 29 Abs. 1 Satz 1 GmbHG** haben die Gesellschafter **Anspruch** auf den **Jahresüberschuss zuzüglich** eines **Gewinnvortrags** und **abzüglich** eines **Verlustvortrags**, soweit der sich ergebende Betrag nicht nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss nach § 29 Abs. 2 GmbHG oder als zusätzlicher Aufwand auf Grund des Beschlusses über die Verwendung des Ergebnisses von der Verteilung unter die Gesellschafter ausgeschlossen ist. Gemäß **§ 29 Abs. 2 GmbHG** können Gesellschafter im **Gewinnverwendungsbeschluss** einen Betrag als **Gewinn** auf das nächste Geschäftsjahr **vortragen**. Der Gewinnvortrag steht mit dem Ergebnis des nächsten Geschäftsjahrs im Rahmen des neuen Gewinnverwendungsbeschlusses wieder zur **Disposition** der Gesellschafter, **ohne** dass es der vorherigen **Auflösung durch Gesellschafterbeschluss** bedarf. Aber auch schon zuvor kann sofern gesellschaftsvertraglich nichts anderes bestimmt ist **jederzeit** durch einen Änderungsbeschluss eine Auflösung des Gewinnvortrags und Ausschüttung des Betrags an die Gesellschafter bewirkt werden.<sup>103</sup>

Der Gesellschafter überlässt der Gesellschaft beim Vortrag des Gewinns auf neue Rechnung, **wie** bei einem **Darlehen**, **vorübergehend Kapital** und verschafft ihr **temporär Liquidität**. Bei **wirtschaftlicher Betrachtungsweise** macht es beim Alleingeschafter einer GmbH **keinen Unterschied**, ob ein von der Gesellschaft erwirtschafteter Gewinn zunächst an den Gesellschafter ausgeschüttet und anschließend wieder als Gesellschafterdarlehen zur Verfügung gestellt wird oder der Gewinn gemäß § 29 Abs. 2 GmbHG auf neue Rechnung vorgetragen wird. Erst recht macht es keinen Unterschied, ob der erwirtschaftete Gewinn nach Fassung eines Ausschüttungsbeschlusses stengelassen wird oder erst auf neue

---

<sup>102</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>103</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.



Rechnung vorgetragen wird und ein Ausschüttungsbeschluss später gefasst wird. Stets stehen die Mittel der Gesellschaft zum Wirtschaften oder zur Vornahme von Investitionen zur Verfügung. Der Gesellschafter entscheidet sich in allen diesen Fällen dafür, der Gesellschaft eine Finanzierungsquelle für die weitere Geschäftstätigkeit zu überlassen, die ihm mittelbar über seine Stellung als Gesellschafter zugutekommt.<sup>104</sup>

Die in dem Beschluss nach § 29 Abs. 2 GmbHG liegende **Finanzierungsentscheidung** des Gesellschafters fällt in den **Anwendungsbereich** der **§ 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO**. Die vom Gesetzgeber gewählte Form einer **Generalklausel** soll die **Erfassung** gerade jener **Sachverhalte** ermöglichen, welche einer **Darlehensgewährung** durch einen Gesellschafter **wirtschaftlich entsprechen** und daher im **Interesse** des **Gläubigerschutzes** den **gleichen Rechtsfolgen** unterworfen werden müssen. Bei ihrer Auslegung ist Vorsorge dagegen zu treffen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Risiko auf die Gemeinschaft der Gesellschaftsgläubiger abwälzt. Die Rechtsfolgen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO dürfen nicht durch die Wahl einer bestimmten rechtlichen Konstruktion unterlaufen werden. Der Alleingesellschafter einer GmbH kann aber jederzeit eine von ihm gewünschte Gewinnverteilung beschließen oder abändern und durch die Vornahme eines Gewinnvortrags und dessen späterer Ausschüttung das Risiko einer Insolvenzanfechtung wegen Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens umgehen.<sup>105</sup>

Zwar **entsteht** der **Gewinnauszahlungsanspruch** des Gesellschafters einer GmbH erst mit und durch einen auf Ausschüttung des Gewinns gerichteten **Gewinnverwendungsbeschluss**. Erst ab diesem Zeitpunkt wird der Ausschüttungsanspruch als **selbständiger schuldrechtlicher Anspruch** dem Vermögen des Gesellschafters zugeordnet und kann ihm auch durch Mehrheitsbeschluss nicht mehr gegen seinen Willen entzogen

---

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>105</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

werden. Vor der Fassung eines auf Gewinnausschüttung gerichteten Verwendungsbeschlusses ist damit kein dem einzelnen Gesellschafter zuzuordnendes Fremdkapital vorhanden, welches der Gesellschafter der Gesellschaft überlassen und als Verbindlichkeit der Gesellschaft in der Bilanz verbucht werden könnte (§ 266 Abs. 3 C. HGB). Bei dem **Gewinnvortrag** handelt es sich **bilanziell** um **Eigenkapital** der Gesellschaft (§ 266 Abs. 3 A. IV. HGB). Er kann durch **spätere Verluste** der Gesellschaft wieder **aufgezehrt** werden und steht dann für eine Ausschüttung an die Gesellschafter nicht mehr zur Verfügung. Sowohl bei dem als **Eigenkapital** zu verbuchenden **Gewinnvortrag** als auch bei dem als **Fremdkapital** zu verbuchenden (noch nicht ausgezahlten) **Gewinnauszahlungsanspruch** des Gesellschafters handelt es sich aber jeweils um **Positionen** auf der **Passivseite** der **Bilanz**. Beiden Bilanzpositionen ist gemein, dass sie die **Finanzierungsquellen** der Gesellschaft ausweisen.<sup>106</sup>

Die Regelungen in **§ 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO** setzen die Überlassung von **Fremdkapital weder** ihrem **Wortlaut noch** ihrem **Sinn und Zweck** nach voraus. So liegt zwar regelmäßig eine darlehensgleiche Forderung vor, wenn der Gesellschafter der Gesellschaft aus seinem Vermögen vorübergehend einen Geldbetrag zur Verfügung stellt und sich Gesellschafter und Gesellschaft von vornherein darüber einig waren, dass die Gesellschaft das Geld zurückzahlen habe; in einem derartigen Fall ist der **Rückforderungsanspruch** des Gesellschafters **bilanziell** als **Fremdkapital** zu verbuchen. Dies schließt aber nicht aus, dass die **vorübergehende Überlassung** von **bilanziellem Eigenkapital wirtschaftlich** einem **Darlehen** gleichstehen kann. Entscheidend ist, dass der Gesellschafter seiner Gesellschaft einen ohne seine Handlung sonst im Vermögen der Gesellschaft nicht vorhandenen Geldbetrag verschafft oder belassen hat und die Gesellschaft hierdurch über **zusätzliche finanzielle Mittel** verfügt. Als darlehensgleich kann eine Forderung daher auch zu beurteilen sein, wenn der Gesellschafter einen fälligen Anspruch darlehensfremder Art nicht

---

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

gegen die Gesellschaft geltend macht, insbesondere im Fall einer **rechtlichen** oder **faktischen Stundung**.<sup>107</sup>

Seite 35 von 57

Dem entspricht der Fall bei der Entscheidung des Alleingeschafters einer GmbH, nach Feststellung des Jahresabschlusses den **erzielten Gewinn** nicht sogleich auszuschütten, sondern auf **neue Rechnung vorzutragen**. Denn mit dem **Ablauf des Geschäftsjahrs** wird bereits ein **mitgliedschaftlicher Anspruch** des Gesellschafters **auf Feststellung des Jahresabschlusses** und **Fassung eines Gewinnverwendungsbeschlusses** begründet. Aufgrund des Gewinnstammrechts ist der **Gewinnanspruch** des Gesellschafters **dem Grunde nach** gemäß § 29 GmbHG bereits dann **angelegt**, wenn die Gesellschaft Gewinne erzielt hat und der Gesellschafter nach den gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Verteilungsregeln daran teilhat. Sieht er gleichwohl von einer Ausschüttung ab und trägt den Gewinn auf neue Rechnung vor, überlässt er der Gesellschaft finanzielle Mittel zur weiteren Nutzung und verbessert so die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gesellschaft. Denn der tragende Grund der Nachrangigkeit im Insolvenzfall liegt darin, dass der Gesellschafter mit seiner Finanzierungsentscheidung die Kapitalausstattung der eigenen Gesellschaft verbessert hat.<sup>108</sup>

Der **Gewinnauszahlungsanspruch** des Gesellschafters findet jedoch in **§§ 30, 31 GmbHG** seine **Grenze**. Erleidet die Gesellschaft nach dem Bilanzstichtag, aber vor der Beschlussfassung über die Ergebnisverwendung **Verluste**, so dass ein nach dem festgestellten Jahresabschluss ausschüttungsfähiger Gewinn im Zeitpunkt des Verwendungsbeschlusses ganz oder teilweise nur noch unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG ausgeschüttet werden könnte, ist der auf vollständige Ausschüttung des nach dem Jahresabschluss ausschüttungsfähigen Gewinns gerichtete **Gewinnverwendungsbeschluss** gleichwohl **wirksam**. Jedoch ist die **Aus-**

---

<sup>107</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>108</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

**schüttung** an die Gesellschafter wegen §§ 30, 31 GmbHG so lange und so weit **gehemmt**, bis eine Ausschüttung wieder möglich ist, ohne das Stammkapital anzutasten.<sup>109</sup> Kann eine Gewinnausschüttung trotz eines entsprechenden Gewinnverwendungsbeschlusses wegen §§ 30, 31 GmbHG nicht vorgenommen werden, ist dies mit einer **erzwungenen Stundung** des Gewinnauszahlungsanspruchs des Gesellschafters **vergleichbar**. Der Gesellschafter trifft in diesem Fall **keine freiwillige Entscheidung**, der Gesellschaft das Kapital weiter zu belassen; er ist vielmehr wegen §§ 30, 31 GmbHG daran gehindert, eine Auszahlung an sich durchzusetzen. Dann stellt das Stehenlassen des Gewinnauszahlungsanspruchs **keine Rechtshandlung** dar, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht.<sup>110</sup>

Lässt der Gesellschafter hingegen seine nach Fassung eines Gewinnverwendungsbeschlusses entstandene **Forderung** gegen die Gesellschaft auf Auszahlung **stehen**, obwohl eine Auszahlung ohne Verstoß gegen §§ 30, 31 GmbHG vorgenommen werden könnte, kann eine **Umwandlung** des **Gewinnauszahlungsanspruchs** in ein **Darlehen** im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vorliegen. Der Gesellschafter hätte in diesem Fall auch die Auszahlung verlangen und den Betrag anschließend der Gesellschaft als echtes Darlehen wieder zur Verfügung stellen können.<sup>111</sup> Entsprechendes gilt, wenn der **Alleingesellschafter** einer GmbH einen **Beschluss** nach § 29 Abs. 2 GmbHG fasst, den Gewinn auf **neue Rechnung vorzutragen**. Auch hier **fehlt** es an einer Rechtshandlung, die einem Darlehen wirtschaftlich entspricht, wenn der Gesellschafter hätte er die Ausschüttung des Betrags beschlossen an der Auszahlung **wegen §§ 30, 31 GmbHG gehindert** gewesen wäre.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

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

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

b)

Im Fall der **Verschmelzung** einer zur **Verwalterin** (§ 26 Abs. 1 WEG) einer **Wohnungseigentümergeinschaft** bestellten **juristischen Person** auf eine andere juristische Person geht die **Organstellung** und der **Verwaltervertrag** im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** auf den übernehmenden Rechtsträger über. Bei der **Ausgliederung** eines zum Verwalter bestellten **einzelkaufmännischen Unternehmens** zur **Neugründung** einer **Kapitalgesellschaft** gehen die Organstellung und der Verwaltervertrag **ebenfalls** in aller Regel im Wege der Rechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über; allein der Umstand, dass eine **natürliche Person** zum Verwalter bestellt wurde, gibt dem Verwalteramt und -vertrag **nicht** ein **höchstpersönliches Gepräge**.<sup>113</sup>

Die Frage, ob Verwalteramt und Verwaltervertrag bei Umwandlungsvorgängen auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, kann **nicht** anhand der Regelungen des **Bürgerlichen Gesetzbuches** (§§ 673, 613 Satz 1 BGB) oder des **Wohnungseigentumsgesetzes** (§ 26 Abs. 1 WEG) beantwortet werden, da das **Umwandlungsgesetz** für solche Vorgänge eine **vorrangige Sonderregelung** enthält. Dies gilt auch in dem Fall, dass der Verwalter sein einzelkaufmännisches Unternehmen zur Neugründung einer GmbH ausgliedert.<sup>114</sup>

Nach **§ 152 Satz 1 UmwG** kann das von einem **Einzelkaufmann** betriebene Unternehmen, dessen Firma im **Handelsregister eingetragen** ist, zur **Neugründung** einer **Kapitalgesellschaft ausgegliedert** werden. Die Ausgliederung stellt eine **Unterform der Spaltung** dar; ihre Rechtsfolgen richten sich nach § 158 i.V.m. den §§ 153 ff. UmwG sowie nach den §§ 123 ff. UmwG. Mit der **Eintragung im Handelsregister** geht das von der Ausgliederung umfasste **Vermögen** des einzelkaufmännischen Unternehmens einschließlich der **Verbindlichkeiten** im Wege der **partiellen Gesamt-**

---

<sup>113</sup> Urteil vom 02. Juli 2021 – [V ZR 201/20](#) – juris, Rn. 9.

<sup>114</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

**rechtsnachfolge** auf den **übernehmenden Rechtsträger** über (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Erfasst die Ausgliederung das gesamte Unternehmen des Einzelkaufmanns, so **erlischt** mit der Eintragung die von dem **Einzelkaufmann** geführte **Firma** (§ 158 i.V.m. § 155 UmwG). Von dem Übergang **ausgenommen** sind allerdings **höchstpersönliche Rechte** und **Pflichten**.<sup>115</sup>

Das **Verwalteramt** und der **Verwaltervertrag** sind aus **umwandlungsrechtlicher Sicht** regelmäßig **nicht** als **höchstpersönliche Rechtsverhältnisse** anzusehen, und zwar auch dann nicht, wenn eine natürliche Person mit den Aufgaben des Verwalters betraut ist.<sup>116</sup> Denn das Umwandlungsgesetz enthält in den §§ 152 ff., 123 ff. Regelungen für die Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens. Rechtsträger eines solchen Unternehmens ist stets eine natürliche Person. Wäre generell davon auszugehen, dass Rechtsverhältnisse, aus denen eine natürliche Person Dienst- oder Geschäftsbesorgungspflichten unterliegt, höchstpersönlicher Natur sind, liefen diese umwandlungsrechtlichen Regelungen für weite Tätigkeitsbereiche einzelkaufmännischer Unternehmen leer.<sup>117</sup>

Auch die **Stellung** des **Verwalters** einer Wohnungseigentümergeinschaft **rechtfertigt nicht** die **generelle Annahme** eines **höchstpersönlichen Rechtsverhältnisses**. Das Amt des Verwalters ist zwar mit Pflichten und Befugnissen verbunden, deren sachgerechte Wahrnehmung und Erfüllung erhebliche Bedeutung für die Wohnungseigentümer haben können. Den Wohnungseigentümern wird es daher regelmäßig darauf ankommen, einen fachkundigen Verwalter zu bestellen, dem sie die ordnungsgemäße Wahrnehmung der mit dem Amt verbundenen Aufgaben zutrauen (vgl. auch § 19 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 26a WEG). Das Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Eignung und Befähigung des von ihnen ausgewählten Verwalters ist aber, wenn der Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen

---

<sup>115</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

Unternehmens zum Verwalter bestellt wird, regelmäßig nicht darauf gerichtet, dass dieser die Aufgaben des Verwalters höchstpersönlich wahrnimmt. Vielmehr wird sich das **Vertrauen** im **Regelfall** auf die **Expertise** und **Leistungsfähigkeit** des von dem Verwalter geführten **Geschäftsbetriebs** richten. Dieses Vertrauen wird nicht schon dadurch enttäuscht, dass der Verwalter sein einzelkaufmännisches Unternehmen in eine neu gegründete Kapitalgesellschaft ausgliedert, da mit der **Umwandlung** als solcher **kein Verlust** an Sachkunde und Leistungsfähigkeit verbunden sein muss, namentlich wenn der Verwalter als Gesellschafter und Geschäftsführer maßgeblichen Einfluss auf die neu gegründete Gesellschaft nimmt. Das wird besonders deutlich, wenn der Einzelkaufmann, der mehrere Wohnungseigentümergeinschaften verwaltet, **Mitarbeiter** beschäftigt, denen die Betreuung bestimmter Objekte zugewiesen ist. In einem solchen Fall bedingt die Umwandlung von vornherein **keinen personellen Wechsel** in der Bearbeitung.<sup>118</sup>

Dass die Wohnungseigentümer nach der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft einen **Wechsel** in der **Geschäftsführung** und in dem **Gesellschafterbestand** nicht mehr verhindern können, führt **nicht** zu einer **anderen Bewertung**. Denn dem Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Person des Verwalters kann in einem solchen Fall durch das Recht zu dessen **Abberufung** und zur **außerordentlichen Kündigung** des **Verwaltervertrages** ausreichend Rechnung getragen werden. Dabei kann dahinstehen, ob die Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens des Verwalters und die damit verbundene Rechtsnachfolge der Kapitalgesellschaft in Organstellung und Verwaltervertrag schon für sich genommen einen **wichtigen Grund** darstellen, der die Wohnungseigentümergeinschaft zur Abberufung des Verwalters und zur außerordentlichen Kündigung des Verwaltervertrages berechtigt. Denn ein solches Recht besteht jedenfalls dann, wenn es zu einem solchen personellen Wechsel kommt und die Fortführung der Verwaltung durch die Kapitalgesellschaft unter der

---

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

neuen Geschäftsführung den Wohnungseigentümer **nicht zuzumuten** ist, wobei insoweit **keine hohen Anforderungen** zu stellen sind. Das gilt umso mehr, als die **Abberufung** des Verwalters nach **§ 26 Abs. 3 Satz 1 WEG** in der zum 1. Dezember 2020 in Kraft getretenen Fassung **jederzeit** möglich ist und der **Verwaltervertrag** spätestens sechs Monate nach der Abberufung des Verwalters **endet** (Satz 2). Die Wohnungseigentümer können somit im Falle eines als nachteilig angesehenen Wechsels in der Geschäftsführung der die Verwaltung übernehmenden GmbH den Verwaltervertrag kurzfristig beenden, ohne dass die Voraussetzungen für die Annahme eines zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grundes vorliegen müssen.<sup>119</sup>

Die **Höchstpersönlichkeit** des Rechtsverhältnisses zwischen der Gemeinschaft und dem Verwalter folgt auch **nicht** aus einer **ergänzenden Vertragsauslegung** des Verwaltervertrages dahingehend, dass bei der Bestellung einer natürlichen Person zum Verwalter im Zweifel von einem Ausschluss der Rechtsnachfolge auf eine Kapitalgesellschaft auszugehen wäre.<sup>120</sup> Voraussetzung hierfür wäre zunächst, dass der in § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordnete Übergang des abgespaltenen oder ausgegliederten Vermögens als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger überhaupt vertraglich ausgeschlossen werden kann. In der Literatur ist umstritten, ob für einzelne Rechtsverhältnisse bestehende Übertragungshindernisse die **partielle Gesamtrechtsnachfolge hindern** können. Der Bundesgerichtshof hat für den **Bauvertrag** und die Verschmelzung entschieden, dass ein **vereinbartes Abtretungsverbot** nach § 399 Alt. 2 BGB dem Übergang der dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber zustehenden Zahlungsansprüche auf die übernehmende Gesellschaft aufgrund der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge anlässlich einer Verschmelzung des Auftragnehmers auf die übernehmende Gesellschaft nicht entgegensteht. Es kann aber im Ergebnis dahinstehen,

---

<sup>119</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

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



ob der Übergang des mit einem einzelkaufmännischen Unternehmen geschlossenen Verwaltervertrages auf eine Kapitalgesellschaft im Wege der Ausgliederung durch eine vertragliche Regelung ausgeschlossen werden kann, denn die von dem Berufungsgericht befürwortete Auslegung des Verwaltervertrages kommt schon aus anderen Gründen nicht in Betracht.<sup>121</sup>

Es fehlt bereits an einer **planwidrigen Lücke** in dem Verwaltervertrag, die Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung wäre. Der Verwaltervertrag enthält zwar keine Regelung über die Folgen einer Umwandlung des Unternehmens der Verwalterin. Dies war aber auch nicht erforderlich, weil die Rechtsfolgen der Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens zur Neugründung einer Kapitalgesellschaft in den § 158 i.V.m. §§ 153 ff. UmwG sowie §§ 123 ff. UmwG geregelt sind. Danach gehen bestehende Verträge im Wege der Rechtsnachfolge über.<sup>122</sup> Zudem entspräche eine ergänzende Auslegung des Verwaltervertrages dahingehend, dass dieser von der Rechtsnachfolge ausgenommen ist, nicht dem **hypothetischen Willen** der Parteien, denn sie wäre nicht interessengerecht.<sup>123</sup>

Dass der Ausschluss der Rechtsnachfolge dem **Interesse des Verwalters**, der sein einzelkaufmännisches Unternehmen auf eine Kapitalgesellschaft ausgliedert, widerspräche, liegt auf der Hand, denn die Maßnahme zielt gerade auf den Übergang der von ihr umfassten Verträge auf das neu gegründete Unternehmen. Der Verwalter müsste, wenn der Übergang des Verwaltervertrages ausgeschlossen wäre, für jede von ihm verwaltete Wohnungseigentümergeinschaft eine Eigentümerversammlung einberufen, damit diese der Übertragung zustimmt oder die Bestellung der Kapitalgesellschaft und den Abschluss eines neuen Verwaltervertrages mit dieser beschließt.<sup>124</sup> Der Ausschluss der Rechtsnachfolge entspräche aber auch

---

<sup>121</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>122</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>123</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>124</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

nicht dem **Interesse** der **Wohnungseigentümer**. Scheitert bei der Ausgliederung des einzelkaufmännischen Unternehmens der Übergang des Vertrages auf die juristische Person, kommen zwei denkbare Rechtsfolgen in Betracht. Entweder endet das Verwalteramt und der Verwaltervertrag erlischt mit der Folge, dass die Wohnungseigentümergeinschaft **verwalterlos** wird. Damit träte ein den Interessen der Wohnungseigentümer widersprechender Zustand ein. Oder aber das Verwalteramt und der Verwaltervertrag verbleiben bei dem bisherigen Verwalter, weil nur die im Handelsregister eingetragene Firma erlischt und die natürliche Person als Rechtsträger (vgl. § 17 HGB) auch nach der Ausgliederung noch vorhanden ist. Dieser wäre aber **nicht** mehr in der Lage, seine **Aufgaben** wie bisher **zu erfüllen**; denn sein Geschäftsbetrieb wäre dann im Wege der Ausgliederung auf die juristische Person übergegangen. In beiden Fällen stünden die Wohnungseigentümer im Ergebnis **schlechter** da, als wenn – wie richtigerweise anzunehmen – Organstellung und Vertrag übergehen und die Kündigung nur in dem Fall ausgesprochen werden muss, dass die neue Verwalterin die sachliche Kundenbetreuung tatsächlich schlechter ausübt als das bisherige einzelkaufmännische Unternehmen. Es besteht daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch ein **praktisches Bedürfnis** für den Übergang von Amt und Vertrag auf die juristische Person.<sup>125</sup>

Der Umstand, dass die **juristische Person**, anders als natürliche Personen, **nur beschränkt haftet**, führt ebenfalls nicht dazu, dass von einem hypothetischen Willen der Wohnungseigentümer auszugehen wäre, den Verwaltervertrag nicht übergehen zu lassen. Denn der **Einzelkaufmann**, der sein Unternehmen ausgliedert, unterliegt nach §§ 156, 157 UmwG für fünf Jahre der **Nachhaftung** für Verbindlichkeiten, die auf die juristische Person übergehen. Während dieses Zeitraumes können die Wohnungs-

---

<sup>125</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

eigentümer einen anderen Verwalter bestellen, falls sie die Haftungsbeschränkung der juristischen Person nicht hinnehmen möchten.<sup>126</sup>

c)

Die **GmbH** trägt im **Rechtsstreit** um **Schadenersatzansprüche** gegen ihren **Geschäftsführer** gemäß **§ 43 Abs. 2 GmbHG** die **Darlegungs- und Beweislast** nur dafür, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein **Schaden** erwachsen ist. Hingegen hat der **Geschäftsführer** darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er seinen **Sorgfaltspflichten** gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG **nachgekommen** ist, ihn **kein Verschulden** trifft oder dass der Schaden auch bei **pflichtgemäßem Alternativverhalten** eingetreten wäre.<sup>127</sup>

Der **Geschäftsführer** einer GmbH ist gegenüber der Gesellschaft gemäß **§ 666 BGB i.V.m. §§ 675, 611 BGB** zur **Auskunftserteilung** verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch **nach der Abberufung** des Geschäftsführers und **Beendigung** des **Geschäftsführeranstellungsvertrags** fort.<sup>128</sup> Die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nach § 666 BGB setzt **nicht voraus**, dass der Geschäftsherr die begehrte Information zur Vorbereitung weiterer Ansprüche **benötigt**. Vielmehr genügt sein **allgemeines Interesse**, die Tätigkeit des Geschäftsbesorgers zu kontrollieren. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass die Verpflichtung ohne Einschränkungen besteht. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass der Auskunftsanspruch nach § 666 BGB lediglich eine aus dem Auftragsverhältnis folgende unselbständige **Nebenpflicht** darstellt. Hieraus ergibt sich, dass der Anspruch grundsätzlich von dem Auftrag beziehungsweise Geschäftsbesorgungsvertrag abhängig ist, dessen Absicherung er dient. **Inhalt** und **Grenzen** der Auskunftspflicht müssen sich stets auf das **konkrete Rechtsverhältnis** beziehen und haben sich auf dieser Grundlage nach **Treu und**

---

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>127</sup> Beschluss des II. Zivilsenats vom 22. Juni 2021 - [II ZR 140/20](#) - Rn. 10.

<sup>128</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

**Glauben** (§ 242 BGB) am Maßstab der **Erforderlichkeit** und **Zumutbarkeit** zu orientieren.<sup>129</sup>

Seite 44 von 57

Danach besteht auch die **(nachvertragliche) Auskunftspflicht** des Geschäftsführers **nicht uneingeschränkt**. Diese hängt vielmehr maßgeblich vom **Informationsbedürfnis** der Gesellschaft ab, bei einem vorbereitenden Auskunftsanspruch namentlich vom Aufklärungsbedürfnis zur Geltendmachung eventueller Hauptansprüche. Im Haftungsprozess gegen den ehemaligen Geschäftsführer trägt dieser zwar die Darlegungs- und Beweislast für sein pflichtgemäßes Verhalten. Ein Auskunftsinteresse ergibt sich aber ungeachtet dessen aus dem begründeten Verdacht einer Pflichtverletzung und der Wahrscheinlichkeit eines daraus resultierenden Schadens. Die Auskunftspflicht des Geschäftsführers wird auch nicht dadurch eingeschränkt, dass der Geschäftsführer mit der verlangten Auskunft eine Pflichtverletzung offenbaren würde.<sup>130</sup>

**d)**

Die **Sittenwidrigkeit** i.S.d. § 826 BGB der **vorsätzlichen Insolvenzverschleppung** folgt regelmäßig bereits aus dem vorsätzlichen Verstoß des Antragspflichtigen gegen seine Pflicht. Wenn der **Geschäftsführer** die **Insolvenzreife** der Gesellschaft **erkennt** und das **Unternehmen** dennoch **weiterführt**, lässt das darauf schließen, dass er das unabweisbare Ende des Unternehmens zum Nachteil der Gläubiger nur hinauszögern will. Für Umstände, nach denen ein Verstoß gegen die guten Sitten ausnahmsweise ausscheidet, ist der beklagte Geschäftsführer darlegungsbelastet. Die Sittenwidrigkeit kann etwa dann entfallen, wenn der Geschäftsführer den Antrag unterlassen hat, weil er die Krise den Umständen nach als überwindbar und darum Bemühungen um ihre Behebung durch einen Sanierungsversuch als lohnend und berechtigt ansehen durfte.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>130</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>131</sup> Urteil vom 27. Juli 2021 – [II ZR 164/20](#) – juris, Rn. 26.

Der nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Insolvenzverschleppung verantwortliche Geschäftsleiter einer GmbH haftet für solche **Rechtsverfolgungskosten**, für deren Verursachung ein rechtfertigender Anlass bestand oder die durch die Insolvenzverschleppung herausgefordert wurden und die sich weder als ungewöhnlich noch als gänzlich unangemessen darstellen.<sup>132</sup> Der Schutzzweck der Norm des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO a.F. umfasst den Ersatz solcher (Rechtsverfolgungs-) Kosten, welche dem Gläubiger, der nach Insolvenzreife der GmbH einen Vertrag mit dieser abgeschlossen hat, wegen der Verfolgung seiner Zahlungsansprüche gegen die Gesellschaft entstanden sind. Die Insolvenzantragspflicht soll den Vertragspartner einer GmbH davor schützen, dass er sich durch die Prozessführung mit der unerkannt insolvenzreifen Gesellschaft mit Kosten belastet, die er bei der Gesellschaft als Kostenschuldnerin nicht mehr realisieren kann. Zu den Rechtsverfolgungskosten in diesem Sinn gehören auch die **Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens**. Dieser Schaden ist auch nach einer vorsätzlich sittenwidrigen Insolvenzverschleppung nach § 826 BGB ersatzfähig.<sup>133</sup>

Der **Schutzbereich** einer vorsätzlich sittenwidrigen Insolvenzverschleppung im Sinn des § 826 BGB erfasst darüber hinaus Personen, die vor Insolvenzreife in Vertragsbeziehungen mit einer GmbH getreten sind und durch einen gegen die mittlerweile unerkannt insolvenzreife Gesellschaft eingeleiteten Rechtsstreit oder ein gegen diese eingeleitetes selbständiges Beweisverfahren mit Kosten belastet werden, für die sie bei der Gesellschaft keinen Ersatz erlangen können.<sup>134</sup>

Auch bei § 826 BGB wird der Haftungsumfang nach Maßgabe des **Schutzzwecks** der **Norm** beschränkt. Es muss ein **innerer Zusammenhang** mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage bestehen, nicht nur eine bloße zufällige äußere Verbindung. Abzustellen ist auf den Schutz-

---

<sup>132</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>133</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

<sup>134</sup> a.a.O., juris, Rn. 35.

zweck der konkret verletzten Verhaltensnorm, wie hier des Verbots der Insolvenzverschleppung.<sup>135</sup> Als Ausgangspunkt zur Bemessung des Schutzbereichs dient daher auch hier der Schutzzweck des **Verbots** der **Insolvenzverschleppung**. Das Verbot **dient** nicht nur der **Erhaltung** des **Gesellschaftsvermögens**, sondern hat auch den Zweck, insolvenzreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds **vom Geschäftsverkehr fernzuhalten**, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden. Der **Schutzbereich** des **§ 826 BGB** ist im Hinblick auf die aus der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung regelmäßig folgenden Sittenwidrigkeit **weiter als** der des **§ 15a Abs. 1 InsO**. Der Geschäftsführer einer GmbH, der durch eine Insolvenzverschleppung einen nicht vom Schutzbereich des § 15a Abs. 1 InsO abgedeckten Vermögensschaden verursacht, kann daher aus § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein, was insbesondere Bedeutung im Hinblick auf den geschützten Personenkreis erlangen kann. In den Schutzbereich der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung können selbst zuvor mit der Gesellschaft **vertraglich nicht gebundene Dritte** einbezogen sein.<sup>136</sup>

Ein Verhalten kann hinsichtlich der Herbeiführung bestimmter Schäden, insbesondere auch hinsichtlich der Schädigung bestimmter Personen, als sittlich anstößig zu werten sein, während ihm diese Qualifikation hinsichtlich anderer, wenn auch ebenfalls adäquat verursachter Schadensfolgen nicht zukommt. Die Ersatzpflicht beschränkt sich in einem solchen Fall auf diejenigen Schäden, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen. Ein solcher Schaden liegt vor, wenn eine Person vor Insolvenzreife in Vertragsbeziehungen mit der GmbH getreten ist und durch einen gegen die mittlerweile unerkannt insolvenzreife Gesellschaft eingeleiteten Rechtsstreit oder ein gegen diese eingeleitetes selbständiges Beweisverfahren mit Kosten belastet wird, für die sie bei der Gesellschaft keinen Ersatz erlangen kann. Die Schädigung der Vertragspartner der

---

<sup>135</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

<sup>136</sup> a.a.O., juris, Rn.37.

Gesellschaft durch weitere im Vertragsverhältnis wurzelnde, aber wirtschaftlich unsinnige und ohne durchsetzbaren Erstattungsanspruch gegenüber der Gesellschaft bleibende Aufwendungen ist die zwangsläufige Folge der Insolvenzverschleppung und liegt auch unmittelbar in der Zielrichtung des sittenwidrigen Verhaltens, weil der Schädiger nur unter Inkaufnahme dieser Schäden die Insolvenz verschleppen kann. Eine Ausuferung der Haftung des Geschäftsführers steht nicht zu befürchten, da nicht jeder beliebige Dritte geschützt ist, sondern die Haftung an die vor Insolvenzreife bereits bestehende Rechtsbeziehung zur Gesellschaft anknüpft.<sup>137</sup>

Jedenfalls bei der Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO a.F. ist dem in voller Höhe ersatzpflichtigen **Geschäftsführer** entsprechend **§ 255 BGB** ein **Anspruch auf Abtretung der Insolvenzforderung** des Neugläubigers gegen die Gesellschaft zuzubilligen, um dem **schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot** Rechnung zu tragen. Diesen Anspruch muss der Geschäftsführer im Haftungsprozess allerdings mit der **Einrede** des Zurückbehaltungsrechts nach §§ 273, 274 BGB geltend machen.<sup>138</sup>

e)

Eine **Schiedsklausel** im **Gesellschaftsvertrag** einer GmbH ist aufgrund ihres körperschaftsrechtlichen Charakters **objektiv auszulegen**. Maßgeblich ist der **schriftliche Vertrag** nach seinem **Wortlaut, Zusammenhang und Zweck**; die Vorstellungen und der Wille der Gründungsgesellschafter, die im Gesellschaftsvertrag keinen Niederschlag gefunden haben, sind nicht zu berücksichtigen. Die vom Tatrichter vorgenommene Auslegung unterliegt der vollen drittinstanzlichen Nachprüfung.<sup>139</sup> Erfasst die Schiedsklausel auch **Beschlussmängelstreitigkeiten**, ist dies unwirksam, wenn sie dieserhalb den Mindestanforderungen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 06. April 2009 – II ZR 255/08,

---

<sup>137</sup> a.a.O., juris, Rn. 38.

<sup>138</sup> a.a.O., juris, Rn. 39.

<sup>139</sup> Beschlüsse vom 23. September 2021 – [I ZB 12/21](#) – und – [I ZB 13/21](#) – juris, Rn. 13.

BGHZ 180, 221 Rn. 20; Urteil vom 26. Juni 2018 – II ZR 205/16, NJW 2018, 3014 Rn. 15 bis 19) nicht genügt. Hieraus folgt aber nicht ohne Weiteres die Gesamtnichtigkeit der Klausel.<sup>140</sup>

Gemäß **§ 139 BGB** führt die **Nichtigkeit** eines **Teils** der vertraglichen Regelungen nur dann zur **Nichtigkeit** des **gesamten Rechtsgeschäfts**, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch **ohne** den **nichtigen Teil** vorgenommen sein würde. Die Vorschrift ist nach ihrem Sinngehalt grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn die Parteien anstelle der nichtigen Regelung, hätten sie die Nichtigkeit gekannt, eine andere, auf das zulässige Maß beschränkte vereinbart hätten. Dies setzt voraus, dass sich der Vertragsinhalt in eindeutig abgrenzbarer Weise in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen lässt. Konkrete, über allgemeine Billigkeitserwägungen hinausgehende Anhaltspunkte müssen darüber hinaus den Schluss rechtfertigen, dass die **Aufspaltung** dem entspricht, was die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung geregelt hätten.<sup>141</sup> Aus dem Umstand, dass die Vertragsschließenden „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis einer Entscheidung durch das Schiedsgericht zugeführt haben, kann nicht darauf geschlossen werden, sie hätten bei Kenntnis der Teilnichtigkeit der Schiedsvereinbarung eine umfassende Zuständigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit gegenüber einer gespaltenen Zuständigkeit bevorzugt.<sup>142</sup>

Der **Wortlaut** einer Schiedsklausel, nach dem „alle“ Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis erfasst werden, liefert einen gewichtigen Anhaltspunkt dafür, dass sämtliche Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis – gleich aus welchen Motiven – umfassend der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen werden sollen. Dieser **Regelungszweck liefe** bei Annahme einer Gesamtnichtigkeit der Schiedsklausel **vollständig leer**.<sup>143</sup> Die in einer „alle

---

<sup>140</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>141</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

<sup>142</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>143</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.



Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis“ umfassenden Schiedsklausel zum Ausdruck kommende Intention, sämtliche Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen, führt mangels entgegenstehender **konkreter Umstände** im Falle der Teilnichtigkeit der Schiedsklausel zu ihrer Aufrechterhaltung im zulässigen Umfang.<sup>144</sup> Die Schiedsklausel lässt sich darüber hinaus in **eindeutig abgrenzbarer Weise** in den nichtigen Teil und den von der Nichtigkeit nicht berührten Rest aufteilen. Der Begriff der Beschlussmängelstreitigkeiten ist in der Rechtsprechung hinreichend konturiert und hat auch Eingang in die Vertragspraxis gefunden.<sup>145</sup> Die Zuständigkeit für die Entscheidung über eine **Ausschlussklage** kann auf ein **Schiedsgericht** übertragen werden.<sup>146</sup>

#### 4. Recht der Aktiengesellschaft

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

##### a)

Eine **AG** darf gemäß **§ 114 Abs. 1 AktG** grundsätzlich **keine Honorare** an ein **Aufsichtsratsmitglied** zahlen, bevor der zugrundeliegende **Beratungsvertrag** vom Aufsichtsrat **genehmigt** worden ist. Der Regelungszweck des § 114 AktG ist im Zusammenhang mit demjenigen des **§ 113 AktG** zu sehen. Nach § 113 AktG hat die **Hauptversammlung** über die **Höhe der Vergütung** der **Aufsichtsratsmitglieder** zu entscheiden, soweit das nicht bereits in der **Satzung** geschehen ist. Der Zweck des § 114 AktG besteht zum einen darin, **Umgehungen** des § 113 AktG zu **verhindern**, indem es dem Aufsichtsrat ermöglicht wird, den vom Vorstand geschlossenen Beratungsvertrag **präventiv** darauf zu **überprüfen**, ob er tatsächlich in

---

<sup>144</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>145</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>146</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Gebot des § 113 AktG nur **Dienstleistungen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit** zum Gegenstand hat. Der dadurch bewirkte Zwang, den Beratungsvertrag offenzulegen und dem Aufsichtsrat zur Zustimmung zu unterbreiten, soll diesem zugleich die Möglichkeit eröffnen, **sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen** der Aktiengesellschaft an einzelne Aufsichtsratsmitglieder etwa in Form überhöhter Vergütungen und damit eine denkbare unsachliche, der Erfüllung seiner Kontrollaufgabe abträgliche Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorstand zu **verhindern**.<sup>147</sup>

Diese **Kontrolle** ist auch dann geboten, wenn der **Beratungsvertrag** nicht mit dem **Aufsichtsratsmitglied** persönlich, sondern mit einer **Gesellschaft** geschlossen wird, deren **Alleingesellschafter** und **Geschäftsführer** das Aufsichtsratsmitglied ist oder an der das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, und ihm dadurch **mittelbare Zuwendungen** zufließen, bei denen es sich nicht nur um abstrakt betrachtet ganz geringfügige Leistungen handelt oder die im Vergleich zu der von der Hauptversammlung festgesetzten Aufsichtsratsvergütung einen vernachlässigenswerten Umfang haben.<sup>148</sup>

Der **Normzweck** der **§§ 113, 114 AktG**, nämlich die Aktiengesellschaft vor **verdeckten Aufsichtsratsvergütungen** und der **Gefährdung** der **Unabhängigkeit** des Aufsichtsratsmitglieds durch zu enge Beraterbeziehungen zu schützen, erfasst auch den Fall, dass die **AG** den **Vertrag** mit einer **Gesellschaft** schließt, deren **gesetzlicher Vertreter** ihr **Aufsichtsratsmitglied** ist.<sup>149</sup> Denn die unvoreingenommene und unabhängige Überwachung der AG durch den Aufsichtsrat kann auch in diesem Fall beeinträchtigt sein. Unabhängig von der Beteiligung des gesetzlichen Vertreters an seiner Gesellschaft und/oder der Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Vergütung

---

<sup>147</sup> Urteil vom 29. Juni 2021 – [II ZR 75/20](#) – juris, Rn. 13.

<sup>148</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

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

trifft ihn der wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg seiner Gesellschaft in seiner beruflichen Stellung.<sup>150</sup>

**§ 115 AktG** entfaltet gegenüber einer solchen **erweiternden Auslegung des § 114 AktG keine Sperrwirkung**.<sup>151</sup> Anders als § 115 AktG, der den Zustimmungsvorbehalt für Kreditgewährungen an Aufsichtsratsmitglieder ausdrücklich auf eine Reihe von Umgehungssachverhalten ausdehnt (vgl. auch § 89 AktG), enthält § 114 AktG zwar keine entsprechende Regelung. Da ein Sachgrund hierfür nicht ersichtlich ist, ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hat, offenbare Umgehungen der §§ 113, 114 AktG in deren Anwendungsbereich einzubeziehen. Entscheidend ist allein, dass anderenfalls Umgehungen der genannten Vorschriften durch Einschaltung einer Gesellschaft, deren gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist, Tür und Tor geöffnet wäre und ein bewusstes Absehen des Gesetzgebers von einem Umgehungsschutz regelmäßig nicht angenommen werden kann.<sup>152</sup>

Es lässt sich deshalb aus § 115 AktG nicht entnehmen, dass es für die **analoge Anwendung** des **§ 114 AktG** auf den vorliegenden Fall an einer **planwidrigen Regelungslücke** fehle. Es ist nicht auszuschließen, dass das Aufsichtsratsmitglied, insbesondere wenn es aufgrund seiner Stellung als Vorsitzender des Aufsichtsrats besonderen Einfluss ausüben kann, bei dem Vertragsschluss (allein) die Interessen der von ihm vertretenen Gesellschaft im Blick hat und sich auf der anderen Vertragsseite bei seiner Aktiengesellschaft auch dann für den Vertragsschluss einsetzt, wenn dieser für sie nachteilig ist. Bereits der Verdacht, dass das Aufsichtsratsmitglied seine Position als gesetzlicher Vertreter des Vertragspartners ausnutzen kann, um Beratungsmandate für diesen zu akquirieren, erfordert, den Anwendungsbereich des § 114 AktG auch auf diese Fallkonstellation zu erstrecken. Solche Vertragsgestaltungen werden damit auch nicht aus-

---

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

<sup>151</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>152</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

geschlossen, sondern sie unterliegen lediglich der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats, § 114 Abs. 1 AktG.<sup>153</sup>

Seite 52 von 57

Der entsprechend anzuwendende **§ 115 AktG** sieht für die von ihm geregelten Umgehungssachverhalte **keine Geringfügigkeitsgrenze** vor. Nach Sinn und Zweck der §§ 113, 114 AktG kommt es bei einem gesetzlichen Vertreter des Vertragspartners der Aktiengesellschaft, welcher ein erfolgsunabhängiges bzw. tätigkeitsbezogenes Festgehalt bezieht, auch nicht auf das Verhältnis der Aufsichtsratsvergütung zu dem genehmigungspflichtigen Beraterhonorar des von ihm vertretenen Vertragspartners, dem das Honorar allein zufließt, an.<sup>154</sup> § 114 Abs. 2 AktG findet auch auf **Aufsichtsratsmitglieder** Anwendung, deren **Bestellung fehlerhaft** erfolgt ist.<sup>155</sup> Erfasst werden von § 114 AktG auch Verträge mit dem Aufsichtsratsmitglied, die **vor Beginn** seiner **Amtstätigkeit** geschlossen wurden.<sup>156</sup>

**Rückzahlungspflichtig** ist nach dem Wortlaut des § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG das **Aufsichtsratsmitglied**. Soll ein Aufsichtsratsmitglied die §§ 113, 114 AktG durch eine Gestaltung der vorliegenden Art nicht umgehen können, so müssen die Rechtsfolgen einer etwaigen Unzulässigkeit des Beratervertrages unter Einschluss derjenigen des Fehlens einer Zustimmung des Aufsichtsrats gemäß § 114 Abs. 1 AktG, insbesondere die aktienrechtliche Rückgewährverpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds gemäß § 114 Abs. 2 AktG, auch gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied eingreifen, der als gesetzlicher Vertreter des Vertragspartners der Aktiengesellschaft gehandelt hat.<sup>157</sup> Auf den **Rückgewähranspruch** ist die **regelmäßige Verjährungsfrist** der **§§ 195, 199 BGB** anzuwenden.<sup>158</sup>

---

<sup>153</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>154</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>155</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>156</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

<sup>157</sup> a.a.O., juris, Rn. 33.

<sup>158</sup> a.a.O., juris, Rn. 34.

b)

Der **Insolvenzverwalter** über das Vermögen einer AG ist **befugt, Nichtigkeitsklage** nach § 256 Abs. 7 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG zu erheben, soweit die **Fehlerhaftigkeit des Jahresabschlusses** die **Insolvenzmasse betrifft**, was anzunehmen ist, wenn der Insolvenzverwalter die Ersetzung des angegriffenen Jahresabschlusses durch einen für die Masse günstigeren Jahresabschluss erstrebt. Dies gilt in gleicher Weise für den Fall des § 253 Abs. 2 AktG.<sup>159</sup> Die **Bilanznichtigkeitsklage** ist im Ausgangspunkt nach § 256 Abs. 7 Satz 1, § 249 Abs. 1 Satz 1 AktG **gegen die Gesellschaft zu richten** ist. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert daran nichts. Da die Klage des Insolvenzverwalters auf eine Mehrung der Insolvenzmasse gerichtet ist, ist die Verteidigung gegen diese Klage Sache der Gesellschaft, die nach dem **Grundsatz der Doppelvertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten** wird.<sup>160</sup>

c)

Wird die **AG aufgelöst und abgewickelt, verbietet § 272 Abs. 1 AktG** die **Verteilung von Vermögen** an die **Aktionäre** vor Ablauf eines Jahres, seit dem der Aufruf der Gläubiger bekanntgemacht worden ist. Nach dem § 272 Abs. 1 AktG zugrundeliegenden **Thesaurierungsgebot** ist in diesem Stadium der Liquidation jegliche Auszahlung von Gesellschaftsvermögen verboten, da wegen der **vorrangigen Gläubigerbefriedigung** nicht nur der Gesamtvermögensbestand, sondern auch die Liquidität der aufgelösten Gesellschaft zu sichern ist.<sup>161</sup>

Durch eine **Hinterlegung** wird das Vermögen der AG i.S.d. § 272 Abs. 1 AktG **verteilt**, auch wenn die AG nicht auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat (§ 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB).<sup>162</sup> Die Hinterlegung ist **Erfüllungssurrogat**. Ist die Rücknahme ausgeschlossen, wird der Schuldner durch

---

<sup>159</sup> Beschluss vom 11. Mai 2021 – [II ZR 56/20](#) – juris, Rn. 26.

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

<sup>161</sup> Urteil vom 09. November 2021 – [II ZR 137/20](#) – juris, Rn. 10.

<sup>162</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte (§ 378 BGB). Bei nicht ausgeschlossener Rücknahme erlischt die Schuld zwar nicht schon durch die Hinterlegung (§ 379 Abs. 1 BGB). Sie erlischt aber bei Annahme durch den Gläubiger (§ 376 Abs. 2 Nr. 2 BGB), was auch dem bei Hinterlegung unbekanntem Gläubiger möglich ist.<sup>163</sup>

Mit der Annahme tritt Erfüllung auch bei einer unrechtmäßigen Hinterlegung ein. Es ist daher insoweit nicht entscheidend, ob ein Anspruch der Aktionäre auf Teilhabe am Auseinandersetzungserlös wegen § 272 Abs. 1 AktG noch nicht erfüllbar ist, so dass eine gleichwohl erfolgte Hinterlegung unrechtmäßig ist. Mit der Annahme innerhalb des Sperrjahrs verstößt der Aktionär auch nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), so dass sie nicht nichtig ist, sondern ihn lediglich gemäß **§ 62 AktG zur Rückzahlung verpflichtet**. Davon abgesehen wird der AG durch die nicht schuldbefreiende Hinterlegung dem Zweck des § 272 Abs. 1 AktG zuwider **Liquidität entzogen**. Das Recht zur Rücknahme ist der **Pfändung** durch Gläubiger der Gesellschaft gemäß § 377 Abs. 1 BGB zudem **nicht unterworfen**.<sup>164</sup>

Die **Satzung** einer AG ist wie der sie **ändernde Gesellschafterbeschluss** nach ihrem **objektiven Erklärungsbefund auszulegen**. Die Auslegung hat objektiv nach Wortlaut, Zusammenhang und Zweck zu erfolgen.<sup>165</sup> Werden in einem **Beschluss mehrere Satzungsänderungen** zusammengefasst und ist eine der Satzungsänderungen **nichtig**, sind die weiteren Satzungsänderungen ebenfalls nichtig, wenn ein **innerer Zusammenhang** zwischen den Änderungen gegeben ist. Wenn in einem Antrag zu einem Tagesordnungspunkt wie bei verschiedenen Änderungen der Satzung mehrere Beschlussgegenstände zusammengefasst werden, beurteilt sich die **Gesamtnichtigkeit** des Beschlusses bei der Nichtigkeit eines Teils entsprechend § 139 BGB. Danach ist der ganze Beschluss nichtig, wenn nicht

---

<sup>163</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>164</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>165</sup> a.a.O., juris, Rn.12.

anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Insoweit kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Hauptversammlung an, der grundsätzlich durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln ist.<sup>166</sup>

## 5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

### a)

Bei einer **Verurteilung** einer **GbR** (hier: Rechtsanwaltsgesellschaft), auf den Zeitpunkt des Ausscheidens eines Gesellschafters eine ordnungsgemäße und vollständige **Abschichtungsbilanz** gemäß § 738 BGB zu erstellen und vorzulegen und hiermit oder gesondert Auskunft zu leisten über den Geschäftswert, die offenen Forderungen und dem Stand des Privat- oder Kapitalkontos zum Zeitpunkt des Ausscheidens sowie über die Einnahmen und Ausgaben der Gesellschaft Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt aus schwebenden Geschäften unter Berücksichtigung des Gewinnanteils der ausscheidenden Gesellschafters, richtet sich der **Wert** der für die **Statt- haftigkeit** einer **Nichtzulassungsbeschwerde** nach **§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO** maßgeblichen Beschwer im Wesentlichen danach, welcher **Aufwand an Zeit und Kosten** für die Beklagte erforderlich ist, um die aufgegebenen Auskünfte zu erteilen.<sup>167</sup> Zu veranschlagen ist lediglich der Aufwand für die Auskunftserteilung an den Gesellschafter. Ein „zeitlicher Puffer“ für eventuelle Rückfragen durch das Finanzamt oder das Gericht und diesbezüglich notwendige Erläuterungen sind regelmäßig nicht zu berücksichtigen.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>167</sup> Beschluss vom 08. Juni 2021 – [II ZR 166/20](#) – juris, Rn. 3.

<sup>168</sup> a.a.O., juris, Rn. 3.

Soll im Einzelfall ein **Geheimhaltungsinteresse** der zur Auskunft verurteilten Partei für die Bemessung des Rechtsmittelinteresses erheblich sein, muss diese darlegen und erforderlichenfalls glaubhaft machen, dass ihr durch die Erteilung der Auskunft ein **konkreter wirtschaftlicher Nachteil** droht. Dies kommt etwa in Betracht, wenn in der Person des Auskunftsbegehrenden die Gefahr begründet ist, dieser werde von den ihm offenbarten Tatsachen über den Rechtsstreit hinaus in einer Weise Gebrauch machen, die schützenswerte wirtschaftliche Interessen des zur Auskunft Verpflichteten gefährden könnten.<sup>169</sup> Für die Darlegung einer konkreten Gefahr reicht der **vage Hinweis**, dass die Daten in der Abfindungsaufstellung für die Rechtsanwaltskanzlei, der der ausgeschiedene Rechtsanwalt nunmehr angehöre, verfügbar gemacht würden, nicht aus. Dem ausgeschiedenen Rechtsanwalt wurden auf Grund seiner Tätigkeit in der Sozietät und seiner Gesellschafterstellung die Vergütungsstrukturen, die wesentlichen Mandate und andere Geschäftsbeziehungen ohnehin bekannt. Zudem wird die Abfindungsbilanz regelmäßig für einen bereits geraume Zeit zurückliegenden Stichtag aufzustellen sein. Der Streit über die Wirksamkeit der Mandatsschutzklausel ist kein Anhaltspunkt für eine konkrete Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der zu offenbarenden Tatsachen.<sup>170</sup>

**b)**

Eine **inländische juristische Person** oder **parteifähige Vereinigung** erhält gemäß § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO auf Antrag **Prozesskostenhilfe**, wenn die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde.<sup>171</sup> Durch dieses Erfordernis soll verhindert werden, dass mittellose Verbände eigene wirtschaftliche Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verwirklichen. Es trägt den besonderen Verhältnissen der juristischen Personen und rechtsfähigen Vereinigungen

---

<sup>169</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>170</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>171</sup> Beschluss vom 09. November 2021 – [II ZR 224/20](#) – juris, Rn. 5.



Rechnung, die eine von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung nur dann besitzen, wenn sie in der Lage sind, ihre Ziele aus eigener Kraft zu verfolgen.<sup>172</sup> 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 angenommen werden, wenn außer den an der Führung des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten ein erheblicher Kreis von Personen durch die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in Mitleidenschaft gezogen würde, die Vereinigung gehindert würde, der Allgemeinheit dienende Aufgaben zu erfüllen, oder wenn von der Durchführung des Prozesses die Existenz eines Unternehmens abhinge, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl von Arbeitsplätzen ein allgemeines Interesse besteht. Diese Voraussetzungen können auch erfüllt sein, wenn eine erfolgreiche Rechtsverfolgung die Befriedigung einer Vielzahl von Kleingläubigern ermöglichen würde.<sup>173</sup>

Karlsruhe, den 02. Februar 2022

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

---

<sup>172</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>173</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.