



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 158/16

Verkündet am:  
13. März 2018  
Kirchgeßner  
Justizinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

BGB § 823 Abs. 2 Bf.; GmbHG § 73 Abs. 3; AktG §§ 268 Abs. 2, 93 Abs. 5

a) § 73 Abs. 3 GmbHG ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

b) Ein Liquidator einer GmbH, der bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter eine Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber einem Gläubiger nicht berücksichtigt hat, ist dem Gläubiger analog § 268 Abs. 2 Satz 1, § 93 Abs. 5 AktG unmittelbar zum Ersatz bis zur Höhe der verteilten Beträge verpflichtet, wenn die Gesellschaft bereits im Handelsregister gelöscht ist.

BGH, Urteil vom 13. März 2018 - II ZR 158/16 - LG Waldshut-Tiengen  
AG Waldshut-Tiengen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann, Sunder und Dr. Bernau sowie die Richterin B. Grüneberg

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Waldshut-Tiengen vom 17. Mai 2016 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte war Liquidator und Alleingesellschafter sowie Geschäftsführer der F. GmbH (im Folgenden: F. GmbH).
- 2 Von Juli bis Dezember 2010 erbrachte die Klägerin für die F. GmbH Steuerberaterleistungen. Im gleichen Jahr erstellte sie den Jahresabschluss der Gesellschaft sowie deren Körperschafts- und Gewerbesteuererklärung jeweils für 2009. Der Jahresabschluss, welcher eine Rückstellung „für Abschluss und Prüfung“ in Höhe von 2.500 € auswies, wurde am 3. Dezember 2010 zwischen den Parteien besprochen und dem Beklagten übergeben.

3           Mitte 2010 beschloss der Beklagte die Auflösung der Gesellschaft. Am  
24. Juni 2010 wurde die Auflösung der F.       GmbH im Handelsregister ein-  
getragen und anschließend im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Am  
24. Januar 2011 wurde die GmbH im Handelsregister gelöscht.

4           Für die im Jahr 2010 erbrachten Leistungen stellte die Klägerin der  
F.       GmbH mit Schreiben vom 29. Juni 2012 einen Betrag in Höhe von  
2.246,96 € in Rechnung. Bei der Liquidation und vor Verteilung des Vermögens  
der GmbH war diese Forderung unberücksichtigt geblieben.

5           Mit der Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten die Bezahlung dieser  
Forderung.

6           Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Dagegen richtet sich  
die vom Berufungsgericht zugelassene Revision, mit der der Beklagte seinen  
Klagabweisungsantrag weiter verfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

7           Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

8           I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stehe gegen den  
Beklagten ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 73 Abs. 3 GmbHG in  
Höhe von 2.246,96 € zu.

9           Zwar hafte der Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG nur gegenüber der  
Gesellschaft. § 73 Abs. 3 GmbHG stelle jedoch ein Schutzgesetz im Sinne des  
§ 823 Abs. 2 BGB dar, so dass die Klägerin den Beklagten unmittelbar in An-

spruch nehmen könne. § 73 Abs. 3 GmbHG sichere das Befriedigungsrecht der Gläubiger der GmbH, indem er Ausschüttungen des Gesellschaftsvermögens vor der Befriedigung der Gläubiger verbiete. Der Direktanspruch des Gläubigers komme daher erst zum Tragen, wenn die Liquidation abgeschlossen sei.

10           Der Beklagte habe schuldhaft gegen dieses Schutzgesetz verstoßen, da er den ihm bekannten Anspruch der Klägerin gegen die F. GmbH in Höhe von 2.246,96 € vor Verteilung des Gesellschaftsvermögens unberücksichtigt gelassen habe.

11           Er habe die Klägerin damit so zu stellen, wie sie bei einer Berücksichtigung der Forderung bei der Liquidation gestanden hätte. Der in der Bilanz zurückgestellte Betrag in Höhe von 2.500 € hätte zur vollen Befriedigung ausgereicht, so dass der Beklagte den vollen Rechnungsbetrag nebst Zinsen schulde.

12           II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Der Klägerin steht die von ihr geltend gemachte Forderung in dem vom Berufungsgericht zuerkannten Umfang zu.

13           1. Allerdings folgt der Anspruch der Klägerin - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 73 Abs. 3 GmbHG, da § 73 GmbHG kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist (MünchKommGmbHG/Müller, 2. Aufl., § 73 Rn. 43 f.; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 73 Rn. 22 f.; Servatius in Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 15; Hohner in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 73 Rn. 40; aA Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 32; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 73 Rn. 13; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 6; Brünkmans/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 30; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 49; Büteröwe in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 73 GmbHG Rn. 15;

Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 73 Rn. 22; Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 73 Rn. 29; Kohlmann/Dormehl in Saenger, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 40; Passarge in Passarge/Torwegge, Die GmbHG in der Liquidation, 2008, § 8 Rn. 494; Paura in Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., § 73 Rn. 48).

- 14 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Norm Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das in Frage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben. Andererseits soll der Anwendungsbereich von Schutzgesetzen nicht ausufern. Deshalb reicht es nicht aus, dass der Individualschutz durch Befolgung der Norm als ihr Reflex objektiv erreicht werden kann; er muss vielmehr im Aufgabenbereich der Norm liegen. Zudem muss die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen, wobei in umfassender Würdigung des gesamten Regelungszusammenhangs, in den die Norm gestellt ist, zu prüfen ist, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des dagegen Verstoßenden mit allen damit zugunsten des Geschädigten gegebenen Beweiserleichterungen zu knüpfen (BGH, Urteil vom 22. Juni 2010 - VI ZR 212/09, BGHZ 186, 58 Rn. 26; Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10,

BGHZ 192, 90 Rn. 21; Urteil vom 11. Juni 2013 - II ZR 80/12, ZIP 2013, 1565 Rn. 35, jeweils mwN).

15            b) Nach diesen Maßstäben ist § 73 GmbHG kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

16            aa) Gegen eine Einordnung des § 73 GmbHG als Schutzgesetz spricht der Wille des historischen Gesetzgebers.

17            Zwar dient die Norm auch dem Schutz der Gläubiger vor der Gefahr, dass sie infolge einer Ausschüttung des allein haftenden Gesellschaftsvermögens mit ihren Forderungen ausfallen. Gemäß § 73 Abs. 3 GmbHG ist der Liquidator aber allein der Gesellschaft gegenüber verpflichtet. Lediglich für diese sieht die Norm einen Anspruch auf Ersatz bei Pflichtverletzungen vor (RGZ 109, 387, 391; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., § 73 Rn. 14; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 73 Rn. 13).

18            Es war eine bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers, bei Verletzung der Pflichten des Liquidators nach § 73 GmbHG mit Absatz 3 der Norm lediglich eine Innenhaftung zu begründen. In der Begründung zu dem Entwurf des heutigen § 73 GmbHG wird zwar ausgeführt, dass die Festsetzung des Sperrjahres und die dem Liquidator dabei obliegenden Pflichten zugunsten der Gesellschaftsgläubiger normiert wurden. Gleichzeitig wird aber klargestellt, es reiche aus, wenn die Ersatzpflicht der Liquidatoren für eine Zuwiderhandlung allein gegenüber der Gesellschaft bestehe (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, § 72 S. 113). Auch der spätere - letztlich nicht umgesetzte - Regierungsentwurf eines GmbHG hielt die Streichung des Absatz 3 für erforderlich, um den § 73 GmbHG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB einordnen zu

können (Regierungsentwurf eines GmbHG, BT-Drucks. VI/3088, S. 207 und BT-Drucks. 7/253, S. 207 jeweils zu § 224 GmbHG-E).

19           Soweit eingewandt wird (K. Schmidt in ZIP 1981, 1, 8), dass die Begründung des historischen Gesetzgebers des GmbHG von 1891 zu § 72 des Entwurfs jener der Begründung zu § 62 des Entwurfs gleiche, welcher dem § 64 GmbHG a.F. mit einigen Änderungen im Wesentlichen entspreche und für den die drittschützende Wirkung anerkannt sei, vermag dies eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Zwar hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 16. Dezember 1958 (VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100, 103) die Eigenschaft des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. als Schutzgesetz anerkannt. Indes sahen die Regierungsentwürfe eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) von 1972 und 1973 (BT-Drucks. VI/3088 und BT-Drucks. 7/253) in Kenntnis dieser Rechtsprechung den Absatz 3 von § 73 GmbHG dennoch als Hindernis für die Einordnung der Norm als Schutzgesetz an.

20           Darüber hinaus vermag die Anerkennung des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. als Schutzgesetz keine Anhaltspunkte dafür zu bieten, auch § 73 GmbHG als Schutzgesetz anzuerkennen, da es insoweit an der Vergleichbarkeit der Regelungsinhalte der Normen fehlt. § 64 Abs. 1 GmbHG a.F., welcher dem heutigen § 15a InsO entspricht, normierte die Insolvenzantragspflicht, ohne dass an dessen Verletzung Rechtsfolgen geknüpft sind, die mit jenen des § 73 Abs. 3 GmbHG vergleichbar sind. Zudem geht der Schutzzumfang des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. weit über den des § 73 GmbHG hinaus. Die Normierung der Insolvenzantragspflicht dient nicht nur der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, sondern bezweckt auch, insolvenzreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2014 - II ZR 113/13, NZI 2015, 234 Rn. 21). Die Norm verbie-

tet dabei nicht nur Vermögensverschiebungen zugunsten der Gesellschafter. Sie schützt die Gläubiger auch vor sonstigen Nachteilen, die eintreten können, wenn der Insolvenzantrag verspätet gestellt wird.

21           bb) Gegen eine Einordnung des § 73 GmbHG als Schutzgesetz spricht auch der Gesetzeszweck.

22           Bei der Entscheidung, ob eine Norm als Schutzgesetz anzusehen ist, ist auf den objektiven Gesetzeszweck, die ratio legis, abzustellen und zu prüfen, ob die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruches, auch soweit er nicht erkennbar vom Gesetz erstrebt wird, in den fraglichen Fällen sinnvoll und im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint (BGH, Urteil vom 22. Juni 2010 - VI ZR 212/09, BGHZ 186, 58 Rn. 29; Urteil vom 13. Dezember 2011 - XI ZR 51/10, BGHZ 192, 90 Rn. 21). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

23           Zwar dient die in § 73 GmbHG normierte Ausschüttungssperre und angeordnete Haftung der Liquidatoren auch dem Schutz der Gläubiger, indem die Liquidatoren zum Ersatz der verteilten Beträge solidarisch verpflichtet sind, wenn sie den Absätzen 1 und 2 dieser Vorschrift zuwider handelnd das Vermögen der Gesellschaft vor Tilgung und Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft und vor Ablauf eines Sperrjahres verteilen oder den geschuldeten Betrag eines bekannten Gläubigers nicht hinterlegen. Dies macht § 73 GmbHG indes nicht zum Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

24           Die Ausformung der Haftung nach § 73 Abs. 3 GmbHG als reine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft entspricht derjenigen der Kapitalerhaltungsvorschriften in §§ 30, 31 GmbHG. Für diese hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass es sich nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt und der intendierte Gläubigerschutz dadurch erreicht wer-



den könne, dass die Gläubiger die sich aus der Verletzung von § 30 GmbHG ergebenden Erstattungs- und Schadensersatzansprüche der Gesellschaft pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen können (BGH, Urteil vom 19. Februar 1990 - II ZR 268/88, BGHZ 110, 342, 360).

25           Der Einwand, § 73 GmbHG gehe mit der von ihm normierten "totalen Ausschüttungssperre" über den Schutz des § 30 GmbHG hinaus, da die Norm jegliche Ausschüttung verbiete, bevor die Voraussetzungen von § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG erfüllt seien, auch wenn reichhaltige Rücklagen vorhanden seien (Kleindiek in Lutter/Hommelhof, GmbHG, 19. Aufl., § 73 Rn. 1), trägt nicht. Im Ergebnis wird hierdurch lediglich das Kapitalerhaltungsgebot strenger gefasst, nicht jedoch werden zusätzliche Pflichten gegenüber außenstehenden Dritten begründet. § 73 GmbHG regelt - wie §§ 30, 43 GmbHG oder § 93 AktG, für die bereits höchstrichterlich geklärt ist, dass sie keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind (BGH, Urteil vom 19. Februar 1990 - II ZR 268/88, ZIP 1990, 578, 584) - allein die Pflichten des Liquidators aus seinem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Deren Verletzung ist ebenso wenig wie die Kapitalerhaltungsregel der Parallelnorm des § 30 GmbHG geeignet, zugunsten außenstehender Dritter Ansprüche zu begründen.

26           cc) Gegen die Einordnung des § 73 Abs. 3 GmbHG als Schutzgesetz spricht zudem der Verweis auf § 43 Abs. 3 und 4 GmbHG.

27           Nach § 43 Abs. 3 S. 2 GmbHG ist § 9b Abs. 1 GmbHG entsprechend anzuwenden. Die darin normierten Vergleichs- und Verzichtverbote der Gesellschaft auf Ersatzansprüche wären entbehrlich, wenn den Gläubigern ein eigener deliktischer Schadensersatzanspruch zustünde.

28           Daneben bestimmt § 43 Abs. 4 GmbHG eine spezielle Verjährungsregel. Durch die Annahme, § 73 GmbHG stelle ein Schutzgesetz dar, würde diese

unterlaufen, denn die regelmäßige Verjährung (§§ 195, 199 BGB) eines Anspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB könnte nach den Umständen des Einzelfalles und für die einzelnen Gläubiger unterschiedlich - kürzer, aber auch länger - ausfallen.

29            2. Die angefochtene Entscheidung erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

30            Der Anspruch der Klägerin ergibt sich - für den hier vorliegenden Fall der Beendigung der Liquidation - aus einer entsprechenden Anwendung der § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG (MünchKommGmbHG/Müller, 2. Aufl., § 73 Rn. 36; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 73 Rn. 13; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 29; Brünkmans/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 28; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 73 Rn. 13; Kolmann/Dormehl in Saenger, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 42; Paura in Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., § 73 Rn. 49; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 73 Rn. 21; Servatius in Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 15; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 49; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 6; Passarge in Passarge/Torwegge, Die GmbHG in der Liquidation 2008, § 8 Rn. 493).

31            a) Voraussetzung der entsprechenden Anwendung einer Vorschrift sind eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes und eine vergleichbare Interessenlage (BGH, Urteil vom 28. Mai 2008 - VIII ZR 126/07, NJW 2008, 2257 Rn. 7 ff.; Urteil vom 25. September 2009 - V ZR 36/09, NJW 2009, 3644 Rn. 10; Urteil vom 4. August 2010 - XII ZR 118/08, NJW 2010, 3087 Rn. 11; Urteil vom 16. Oktober 2013

- IV ZR 390/12, NJW 2014, 778 Rn. 26 f.; Urteil vom 16. April 2015 - I ZR 69/11, NJW 2015, 3511 Rn. 30 f.). Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

32                   aa) Eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes besteht.

33                   (1) Ob eine derartige Lücke im Gesetz vorhanden ist, die im Wege der Analogie ausgefüllt werden kann, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig sein (BGH, Urteil vom 13. November 2001 - X ZR 134/00, BGHZ 149, 165, 174; Urteil vom 28. Mai 2008 - VIII ZR 126/07, NJW 2008, 2257 Rn. 7). Lücken im Gesetz können auch nachträglich dadurch entstehen, dass infolge der technischen oder der wirtschaftlichen Entwicklung neue Fragen auftauchen, die im Rahmen des Regelungszwecks nunmehr der Regelung bedürfen, die aber der Gesetzgeber noch nicht gesehen hat (Larenz/Canaris, Methode der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 200).

34                   (2) Eine nachträgliche Unvollständigkeit im Gesetz liegt vor.

35                   Gemäß § 73 Abs. 3 GmbHG haftet der Liquidator allein der Gesellschaft gegenüber, wenn er bei der Liquidation gegen seine Pflichten nach § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG verstößt. Das GmbHG enthält indes keine Bestimmung, die den Gläubigern das Recht einräumt, diesen Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG unmittelbar im eigenen Namen geltend zu machen. Der Gläubiger hat lediglich die Möglichkeit, einen Titel gegen die Gesellschaft zu erwirken und sich im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach §§ 829, 835 ZPO den Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG pfänden und überweisen zu lassen.

36 Später hat der Gesetzgeber erkannt, dass es infolge der wirtschaftlichen Entwicklungen über Jahrzehnte entgegen seiner ursprünglichen Regelungsabsicht notwendig ist, dem Gesellschaftsgläubiger einen unmittelbaren Anspruch gegen den Abwickler im Falle der Verletzung seiner Pflichten aus § 73 GmbHG entsprechend den Regelungen im Aktienrecht zu gewähren (BT-Drucks. VI/3088 S. 207; BT-Drucks. 7/253 S. 207 jeweils zu § 224 GmbHG-E). Auch wenn die beabsichtigte Streichung des § 73 Abs. 3 GmbHG letztlich nicht erfolgte, womit der Gesetzgeber über § 823 Abs. 2 BGB einen Direktanspruch begründen wollte, so bleibt doch die Erkenntnis der Notwendigkeit eines Direktanspruchs infolge veränderter wirtschaftlicher Umstände durch den Gesetzgeber bestehen.

37 (3) Die Unvollständigkeit ist planwidrig.

38 (a) Zwar ergibt sich aus der Begründung der Entwürfe zum heutigen § 73 GmbHG von 1891 die ursprüngliche Auffassung des Gesetzgebers, es reiche aus, den Gläubigern bei Pflichtverletzungen des Liquidators die Befriedigungsmöglichkeit durch Zugriff auf den der Gesellschaft zustehenden Ersatzanspruch gegen den Liquidator zu gewähren (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, zu § 72 S. 113). Aus dem Verweis in den Materialien zu § 73 GmbHG auf die Begründung zu § 62 GmbHG (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, zu § 62, S. 110) und dort wiederum auf die Materialien zu § 43 GmbHG folgt weiter, es solle insoweit ausreichen, dass der Ersatz an die Gesellschaft geleistet werde und die Befriedigung der Gläubiger nicht durch Verfügungen der Gesellschaft über Ersatzansprüche vereitelt werden können.

39           Der Schutz vor Verfügungen der Gesellschaft reicht indes nicht aus, um die Gläubiger der Gesellschaft vor sämtlichen Ausfällen zu schützen. Denn die Ausfälle der Gläubiger bei einem Verstoß des Liquidators gegen § 73 GmbHG beruhen regelmäßig nicht auf einer Verfügung der Gesellschaft, sondern auf der besonderen Situation im Abwicklungsstadium.

40           (b) Soweit der Gesetzgeber von 1891 noch davon ausging, dass es ausreiche, wenn der Ersatz an die Gesellschaft geleistet werde, lässt dies außer Acht, dass regelmäßig erst nach Beendigung der Liquidation und Auflösung der Gesellschaft bekannt wird, dass die Verteilung von Gesellschaftsvermögen pflichtwidrig erfolgt ist. In diesem Stadium ist der nur mittelbare Zugriff auf den Liquidator besonders gefährdet. Die mittelbare Befriedigung des Gläubigers erfolgt im Grundsatz dadurch, dass die Gesellschaft ihren Anspruch gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG geltend macht oder geltend machen kann. Damit trägt der Gläubiger das Risiko, dass die Haftungsansprüche von der Gesellschaft, deren Gesellschafter selbst kein unmittelbares Interesse an der Durchsetzung der Ansprüche gegen den Liquidator haben, nicht beigesteuert oder durch gesellschaftsinterne Einwirkungen beeinträchtigt werden und so der mit § 73 GmbHG beabsichtigten Gläubigerschutz unterlaufen wird.

41           Zwar hat der Gläubiger die Möglichkeit, einen Titel gegen die Gesellschaft zu erlangen, der ihm die Pfändung des Anspruchs der Gesellschaft gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG erlaubt. Dabei handelt es sich indes um einen zeitintensiven, kostenträchtigen und nicht prozessökonomischen Weg.

42           Wenn die GmbH im Handelsregister bereits gelöscht und noch Vermögen vorhanden ist, muss der Gläubiger zunächst beim zuständigen Registergericht die Anordnung der Nachtragsliquidation und die Bestellung eines Nach-

tragsliquidators beantragen (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 74 Rn. 19; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 60 Rn. 104), da der Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG, wenn der Gläubiger im Liquidationsverfahren zu Unrecht übergangen worden ist, Vermögen darstellt (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 74 Rn. 20; K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 74 Rn. 21; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 74 Rn. 7). Damit der Gläubiger hierauf zugreifen kann, muss es einen Rechtsinhaber geben, der darüber verfügen und gegen den er notfalls einen Titel erwirken kann (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1988 - II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 261). Bereits in diesem besonderen registergerichtlichen Verfahren hat der Gläubiger sowohl das Bestehen seiner Forderung gegen die Gesellschaft als auch die Nicht-Beendigung der Gesellschaft aufgrund noch vorhandenen Vermögens - namentlich den Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG - glaubhaft zu machen (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 74 Rn. 20; K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 74 Rn. 21; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 74 Rn. 50; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 74 Rn. 7 ff.; Krafka/Kühn, RegisterR, 10. Aufl., Rn. 437). Sobald das Registergericht die Nachtragsliquidation angeordnet hat, muss der Gläubiger gegen die Gesellschaft im Klageverfahren vor dem Amts- oder Landgericht mit allen prozessualen Risiken einen Titel erstreiten und sich im Anschluss daran im Rahmen der Zwangsvollstreckung den Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator nach §§ 829, 835 ZPO pfänden und überweisen lassen. Schließlich hat er dann in einem eigenständigen weiteren Verfahren noch den Einziehungsprozess unmittelbar gegen den Liquidator zu führen.

- 43 (c) Das Schutzdefizit nach Beendigung der Liquidation steht in Diskrepanz zu dem Gläubigerschutz des Aktienrechts und widerspricht der Regelungsabsicht des GmbHG und insbesondere des § 73 GmbHG.

- 44 Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und - wie die Entwürfe eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) der Bundesregierung vom 31. Januar 1972 und vom 26. Februar 1973 aufzeigen - seine Auffassung gewandelt. Die Gesetzesentwürfe von 1972 (BT-Drucks. VI/3088) und 1973 (BT-Drucks. 7/253) gingen von der Notwendigkeit aus, den Gläubigern einen Direktanspruch gegen den Abwickler zuzuerkennen, damit diese den Abwickler in gleicher Weise wie im Aktienrecht unmittelbar in Anspruch nehmen können (Regierungsentwurf eines GmbHG, BT-Drucks. VI/3088, S. 207; BT-Drucks. 7/253, S. 207 zu § 224 GmbHG-E).
- 45 Der Gesetzgeber hat die Entwürfe eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) der Bundesregierung vom 31. Januar 1972 (BT-Drucks. VI/3088) und 26. Februar 1973 (BT-Drucks. 7/253) zwar bisher nicht umgesetzt. Entgegen der Auffassung der Revision steht dies der Annahme einer planwidrigen Regelungslücke jedoch nicht entgegen. Daraus kann nicht der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, er wolle einen Direktanspruch des Gläubigers gegen den Liquidator ausschließen. Die Umsetzung ist unterblieben, weil es aus Sicht des Gesetzgebers andere vordringlichere Vorhaben gab (Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GmbHG vom 2. September 1977, BT-Drucks. 8/134, S. 27). Mit dem Änderungsentwurf der Bundesregierung sollten dann zumindest die dringlichsten Änderungen des reformbedürftigen GmbHG alsbald verwirklicht werden (BT-Drucks. 8/134, S. 27).
- 46 bb) Die planwidrige Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung der § 268 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 5 AktG zu schließen. Ein unmittelbarer Anspruch des Gläubigers gegen den Liquidator besteht jedenfalls dann, wenn die Liquidation der GmbH beendet und lediglich ein Gläubiger vorhanden ist. Denn insoweit ist die bestehende Interessenlage bei § 73 Abs. 3 GmbHG

mit der vergleichbar, die in den § 268 Abs. 2 i.V.m. § 93 Abs. 5 AktG geregelt ist. Davon ist der Gesetzgeber selbst ausgegangen, der dem Gläubiger die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Abwickler in gleicher Weise wie im Aktienrecht eröffnen wollte (BT-Drucks. VI/3088, S. 207; BT-Drucks. 7/253, S. 207 zu § 224 GmbHG-E).

47 (1) Der Liquidator der GmbH, der gegen das liquidationsspezifische Kapitalerhaltungsgebot nach § 73 Abs. 1 GmbHG verstoßen hat, ist gemäß § 73 Abs. 3 GmbHG der Gesellschaft gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. Der Anspruch aus § 73 Abs. 3 GmbHG hat dieselbe Rechtsnatur wie der Anspruch aus § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG (pflichtwidrige Verteilung von Gesellschaftsvermögen) für den der Direktanspruch nach § 93 Abs. 5 AktG besteht. Genauso wie § 73 GmbHG handelt es sich bei § 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG um eine Kapitalerhaltungsvorschrift.

48 Der Direktanspruch nach § 93 Abs. 5 AktG setzt voraus, dass der Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Diese Situation liegt regelmäßig dann vor, wenn bereits Gesellschaftsvermögen unter Verstoß gegen Gläubigerschutzvorschriften verteilt worden ist und das übrige Vermögen der juristischen Person keine Aussicht auf Befriedigung mehr bietet oder die Liquidation bereits beendet ist.

49 Nach dem Recht der GmbH müssten die Gläubiger in derselben Situation zunächst die Gesellschaft verklagen und dann die Zwangsvollstreckung in ihren Schadensersatzanspruch gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG betreiben. Diesen unnötigen Umweg vermeidet die entsprechende Anwendung der § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG und vereinfacht so die Gläubigerbefriedigung. Mit dem Direktanspruch werden die Gefahren ausgeschaltet, die bei einem nur mittelbaren verbandsinternen Schutz die Befriedigung der Gläubiger



vereiteln können. Ein sachlicher Grund, der eine Übertragung dieses Schutzes auf das Recht der GmbH verbietet, ist nicht ersichtlich.

50           (2) Auch die Stellung des Abwicklers der Aktiengesellschaft auf der einen Seite und die des Liquidators der GmbH auf der anderen Seite gleicht sich nach Beendigung der Liquidation im Wesentlichen.

51           Im Liquidationsstadium geht es nicht mehr um eine werbende Geschäftstätigkeit der jeweiligen Gesellschaft (GmbH oder Aktiengesellschaft) mit unterschiedlichen wirtschaftlichen Zielen und Auswirkungen, sondern nur noch um die Abwicklung derselben. Die Aufgaben die die §§ 264 ff. AktG bzw. §§ 65 ff. GmbHG den Abwicklern bzw. Liquidatoren jeweils zuweisen, lassen in diesem Stadium keine wesentlichen Unterschiede erkennen.

52           (3) Gegen die Analogie spricht nicht, dass die Gläubiger einer Aktiengesellschaft die Möglichkeit haben, nicht nur die Organhaftung gegen den Abwickler, sondern auch Rückgewähransprüche gegen die Aktionäre aus § 264 Abs. 2, § 62 Abs. 1 AktG im Wege eines Direktanspruchs nach § 62 Abs. 2 AktG geltend machen zu können. Zwar gibt es im Recht der GmbH keine vergleichbare Regelung und die Gesellschafter können nur mittelbar in Anspruch genommen werden. Dies vermag jedoch nicht die Übertragung der aktienrechtlichen Verfolgungsbefugnis ins GmbH-Recht auszuschließen. Dass es ein Direktanspruch gegenüber den Gesellschaftern bei der GmbH nicht gibt, führt insbesondere nicht zu einer einseitigen Gefahrabwälzung auf den Liquidator oder einer ungerechtfertigten Entlastung der Gesellschafter. Zum einen ist der Liquidator der Gesellschaft gemäß § 73 Abs. 3 GmbHG zum Ersatz aller verteilten Beträge verpflichtet, während die Gesellschafter nur anteilig haften. Zum anderen handelt es sich bei der mittelbaren Inanspruchnahme der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen - im Vergleich zu der Pfändung des An-

spruchs der Gesellschaft gegen den Liquidator - um den umständlicheren und unsichereren Weg, um einen Ersatzanspruch wegen pflichtwidriger Verteilung von Gesellschaftsvermögen durchzusetzen.

53           b) Die Anspruchsvoraussetzungen der § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG analog, § 73 Abs. 3 S. 1 GmbHG sind gegeben.

54           aa) Die entsprechende Anwendung der § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG gibt der Klägerin die Befugnis, den Anspruch der Gesellschaft gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 S. 1 GmbHG unmittelbar im eigenen Namen geltend zu machen und Zahlung an sich zu verlangen.

55           (1) Soweit vertreten wird, der Direktanspruch nach § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG analog sei subsidiär und die Geltendmachung des Anspruchs gegen den Liquidator nach § 73 Abs. 3 GmbHG durch die Gesellschaft habe Vorrang (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 73 Rn. 13; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 49; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 73 Rn. 13; Paura in Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., § 73 Rn. 49; Kohlmann/Dormehl in Saenger, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 42), wobei der Gläubiger der GmbH eine Frist setzen könne (K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 73 Rn. 29; Brünkmanns/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 28; MünchKommGmbHG/Müller, 2. Aufl., § 73 Rn. 36), gilt dies jedenfalls nicht für den Fall, dass die GmbH bereits gelöscht ist (Büteröwe in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 73 GmbHG Rn. 14; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., § 73 Rn. 21). Dies widerspräche der mit der Gewährung des Direktanspruchs bezweckten vereinfachten Gläubigerbefriedigung nach Löschung der GmbH. Denn anderenfalls würde eine Nachtragsliquidation notwendig, was durch die Gewährung ei-

nes unmittelbaren Anspruchs des Gläubigers gegen den Liquidator gerade vermieden werden soll.

56 (2) Aus denselben Erwägungen kann der Gläubiger Zahlung an sich verlangen und ist nicht darauf beschränkt, Zahlung an die Gesellschaft zu fordern, wenn die Voraussetzungen der § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG analog vorliegen (MünchKommGmbHG/Müller, 2. Aufl., § 73 Rn. 36; aA Brünkmanns/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 28; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 73 Rn. 51).

57 Die Gewährung eines eigenen Anspruchs des Gläubigers der Gesellschaft entsprechend § 268 Abs. 2, § 93 Abs. 5 AktG dient der vereinfachten Gläubigerbefriedigung und Sicherstellung eines effektiven Rechtsschutz nach Löschung der GmbH. Ziel des Direktklagerechts ist die Befriedigung des ursprünglich gegen die Gesellschaft gerichteten Anspruchs. Der Gläubiger soll so gestellt werden, als hätte er bereits einen Titel gegen die Gesellschaft erwirkt, den Ersatzanspruch gegen den Liquidator aus § 73 Abs. 3 GmbHG gepfändet und zur Einziehung überwiesen bekommen. Eine Beschränkung des Gläubigers darauf, lediglich Zahlung an die Gesellschaft verlangen zu können, unterbricht diesen Weg der vereinfachten Gläubigerbefriedigung. Dies gilt jedenfalls, wenn - wie hier - lediglich ein Gläubiger vorhanden ist.

58 bb) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler und von der Revision unangefochten festgestellt, dass die Klägerin gegen die Gesellschaft die in der Rechnung vom 29. Juni 2012 abgerechnete und fällige Forderung aus Steuerberaterleistungen in Höhe von 2.246,96 € hat.

59 cc) Die Klägerin hat von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die Gesellschaft gelöscht ist.

60 dd) Der Gesellschaft steht gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch nach § 73 Abs. 3 S. 1 GmbHG zu. Das Berufungsgericht hat - insoweit von der Revision unangefochten - festgestellt, dass der Beklagte schuldhaft gegen § 73 Abs.1 und 2 GmbHG verstoßen habe, da er die ihm bekannten Ansprüche der Klägerin vor Verteilung des Gesellschaftsvermögens unberücksichtigt gelassen habe.

61 Nach § 93 Abs. 5 AktG muss zwar grundsätzlich eine gröbliche Pflichtverletzung vorliegen. Bei einem Verstoß gegen die Sondertatbestände des § 93 Abs. 3 AktG - welcher hier aufgrund der pflichtwidrigen Verteilung von Gesellschaftsvermögen (§ 93 Abs. 3 Nr. 5 AktG) vorliegt - besteht das Verfolgungsrecht der Gläubiger jedoch ohne Rücksicht auf die Schwere des Verschuldens (MünchKommAktG/Spindler, 4. Aufl., § 93 Rn. 269; Dauner-Lieb in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 93 Rn. 50; Koch in Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 93 Rn. 82; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 93 Rn. 298).

62 ee) Der Beklagte ist zur Zahlung der vollen von der Klägerin eingeforderten Summe verpflichtet. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dem Beklagten sei der Anspruch der Klägerin vor der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bekannt gewesen. Der Beklagte hat die Klägerin so zu stellen, wie sie bei einer Berücksichtigung der Forderung bei der Liquidation gestanden hätte. Das Gesellschaftsvermögen hätte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zur vollen Befriedigung ausgereicht, so dass der Beklagte an die Klägerin den

Rechnungsbetrag in Höhe von 2.246,96 € sowie die wegen der Nichtberücksichtigung der Forderung angefallenen Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB ab dem 30. Juli 2012 zu zahlen hat.

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

AG Waldshut-Tiengen, Entscheidung vom 27.08.2015 - 7 C 3/14 -

LG Waldshut-Tiengen, Entscheidung vom 17.05.2016 - 2 S 51/15 -