

**Berichtigt durch
Beschluss vom 6. August 2021
Ginter, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle**



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 172/19

Verkündet am:
13. Juli 2021
Ginter
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg sowie die Richter V. Sander und Dr. von Selle im schriftlichen Verfahren, in dem Schriftsätze bis zum 2. Juni 2021 eingereicht werden konnten,

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird der Beschluss des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 3. Juli 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die auf die Haftung des Beklagten gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gestützte Widerklage abgewiesen wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 20.707,33 € festgesetzt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem am 21. November 2013 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der D.

GmbH & Co. Tankschiff KG, einer Publikumsfondsgesellschaft in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft (im Folgenden: Schuldnerin). Unternehmensgegenstand der Schuldnerin war der Erwerb, Betrieb und die Vercharterung eines Tankschiffs, welches der Kläger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens veräußerte. Bei der Festsetzung der Gewerbesteuer der Schuldnerin für das Jahr 2014 wurde ihrem Gewinn wegen ihres Wechsels der Besteuerungsart zur Tonnagebesteuerung ein Unterschiedsbetrag gemäß § 5a Abs. 4 EStG hinzugerechnet. Die mit Bescheid vom 8. April 2016 festgesetzte Steuer wurde im Insolvenzverfahren in Höhe von 1.550.159,80 € als Masseverbindlichkeit geltend gemacht.

2 Der Kläger ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Herrn H. (im Folgenden: Erblasser), der als Kommanditist mit einer Einlage von 46.016,27 € an der Schuldnerin beteiligt war und in den Jahren 1999 bis 2007 Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 27.609,76 € erhielt. Dabei war sein Kapitalanteil im Zeitpunkt der Ausschüttungen jeweils durch Verluste unter den Betrag seiner Haftsumme herabgemindert. Hiervon zahlte der Erblasser 6.902,44 € an die Schuldnerin zurück.

3 Mit der allein noch verfahrensgegenständlichen Widerklage hat der Beklagte den Kläger aus der Außenhaftung als Kommanditist nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB sowie zur Durchführung des Innenausgleichs unter den Gesellschaftern auf Zahlung von 20.707,33 € in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht durch Beschluss als unzulässig verworfen, soweit sie sich

gegen die Abweisung der auf die Durchführung des Innenausgleichs unter den Gesellschaftern gestützte Widerklage gerichtet hat, und hinsichtlich der Abweisung der auf die Außenhaftung als Kommanditist gestützten Widerklage zurückgewiesen. Mit der vom Senat bezüglich der Abweisung der auf die Außenhaftung gestützten Widerklage zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen diesbezüglichen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

6 Ein Anspruch des Beklagten gegen den Kläger aufgrund der Außenhaftung nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB scheitere daran, dass der mit der Widerklage geltend gemachte Betrag nicht zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger benötigt werde. Das Landgericht habe hierzu zutreffend ausgeführt, dass die bereits von anderen Kommanditisten geleisteten Rückzahlungen in Höhe von 900.000 € ausreichen, um die von der Haftung des Erblassers erfassten Gläubigerforderungen von allenfalls 566.655,65 €, bestehend aus den zur Tabelle festgestellten Forderungen in Höhe von 86.616,86 €, weiteren 203.353,12 € für angemeldete Zins- und Schadensersatzansprüche von Kommanditisten aufgrund der Rückforderung ihrer Einlagen oder von ihnen geleisteter Rückzahlungen sowie 276.695,67 € für eine angemeldete Forderung einer P. GmbH & Co. KG,

zu befriedigen. Die Haftung des Erblassers erstreckte sich dagegen nicht auf Forderungen von Gesellschaftern auf Rückgewähr von ihnen bereits zurückgezahlter Ausschüttungen, die der Sache nach keine Drittforderungen seien. Zum anderen hatte der Erblasser nicht für die Gewerbesteuerforderung für das Jahr 2014. Hierbei handele es sich um eine Masseverbindlichkeit im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, für die nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB eingezogene Beträge nicht verwendet werden dürften, da die Einziehungsbefugnis des Beklagten nach § 171 Abs. 2 HGB bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft voraussetze. Die Gewerbesteuerforderung sei indes noch nicht mit dem Wechsel der Gewinnermittlungsart durch die Schuldnerin vor der Insolvenzeröffnung und der damit einhergehenden Feststellung des Unterschiedsbetrags begründet worden, sondern erst mit der gemäß § 5a Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 EStG steuerauslösenden Veräußerung des Fondsschiffs durch den Beklagten. Im Übrigen komme es auf diese Forderung schon deshalb nicht an, weil auch diese noch ohne Zahlung des Klägers aus der vorhandenen Masse von 2.206.724,64 € bedient werden könnte.

7 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann die Abweisung der Widerklage hinsichtlich einer Haftung des Klägers nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB keinen Bestand haben.

8 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die ursprünglich durch die Leistung der Einlage gemäß § 171 Abs. 1 HGB erloschene Außenhaftung des Erblassers durch die Ausschüttungen in der Zeit von 1999 bis 2007 gemäß § 172 Abs. 4 HGB in Höhe von 27.609,76 € wieder aufgelebt ist. Da der Erblasser hierauf nur einen Betrag von 6.902,44 € zurückgezahlt hat, besteht noch ein offener Haftungsbetrag in Höhe von 20.707,32 €.

- 9 2. Ebenfalls zutreffend ist, dass der Beklagte diese offene Haftung nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 1, § 172 Abs. 2 HGB nur insoweit geltend machen kann, als die Inanspruchnahme des Klägers zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, denen der Erblasser nach §§ 171, 172 HGB haftet, erforderlich ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 271/08, BGHZ 189, 45 Rn. 18 mwN). Der Kläger 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 (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2020 - II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 25 ff.), und dass die im Übrigen zur Verfügung stehende Insolvenzmasse voraussichtlich genüge, einen danach verbleibenden Restbetrag zu decken (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2020 - II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 32).
- 10 3. Unzutreffend ist jedoch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der von den Kommanditisten bereits aufgebrachte Betrag von 900.000 € und die im Übrigen zur Verfügung stehende Masse reiche zur Befriedigung der zu berücksichtigenden Gläubigerforderungen aus.
- 11 a) Insofern hat das Berufungsgericht noch zu Recht eine Haftung des Klägers für die angemeldeten Forderungen anderer Kommanditisten auf Auszahlung ihrer Einlage oder Rückzahlung von vor der Insolvenz zurückgezahlter Ausschüttungen verneint. 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 im Sinne von § 38 InsO, sondern erst im Rahmen des sich an die Schlussverteilung anschließenden Innenausgleichs der Gesellschafter zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2017 - II ZR 353/15, ZIP 2018, 18 Rn. 24, 37 f., 43 ff.).

- 12 Entsprechendes gilt - was das Berufungsgericht offengelassen hat - 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 (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2020 - II ZR 108/19, ZIP 2021, 255 Rn. 23).
- 13 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen eine Haftung des Erblassers nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB für die Gewerbesteuerforderung für das Jahr 2014 verneint. Die Haftung des Erblassers umfasst auch diese Forderung jedenfalls insoweit, als sie auf der Hinzurechnung des Unterschiedsbetrags nach § 5a Abs. 4 EStG zum Gewinn der Schuldnerin beruht.
- 14 Wie der Senat nach Erlass der angefochtenen Entscheidung mit Urteil vom 15. Dezember 2020 (II ZR 108/19, ZIP 2021, 255 Rn. 24 ff.) entschieden hat, haftet der Kommanditist 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 (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2020 - II ZR 108/19, ZIP 2021, 255 Rn. 42 f.). 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.

15 Das ist hier jedenfalls insoweit der Fall, als die Gewerbesteuerforderung für das Jahr 2014 auf der Hinzurechnung des Unterschiedsbetrags nach § 5a Abs. 4 EStG beruht, da sie jedenfalls in diesem Umfang spätestens mit der Feststellung des Unterschiedsbetrags im Zuge des Wechsels der Gewinnermittlungsart und damit noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurde (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2020 - II ZR 108/19, ZIP 2021, 255 Rn. 45 ff.; Beschluss vom 29. April 2021 - IX ZR 154/20, juris Rn. 14).

16 c) Rechtsfehlerhaft ist auch die hilfsweise Begründung des Berufungsgerichts, die von der Haftung des Erblassers umfassten Verbindlichkeiten könnten auch bei Berücksichtigung der Gewerbesteuerforderung ohne Inanspruchnahme des Klägers aus der vorhandenen Masse bedient werden. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, dass bei der Prüfung, ob ein nach den Zahlungen anderer Kommanditisten verbleibender Restbetrag durch die im Übrigen zur Verfügung stehende Masse gedeckt werden kann, vorrangig zu bedienende Masseverbindlichkeiten (§ 53 InsO) in Abzug zu bringen sind.

17 Die von der Haftung des Erblassers erfassten Verbindlichkeiten belaufen sich nach den bisherigen Feststellungen auf bis zu 1.913.472,33 €. Insoweit ist hier außer den zur Tabelle festgestellten Forderungen in Höhe von 86.616,86 € und der Gewerbesteuerforderung - sollte diese in voller Höhe zu berücksichtigen sein - von 1.550.159,80 € auch die weitere Forderungsanmeldung der P. GmbH & Co. KG in Höhe von 276.695,67 € in Ansatz zu bringen. Nach der Entscheidung des Senats vom 9. Februar 2021 (II ZR 28/20, ZIP 2021, 473 Rn. 12 f.) sind auch vom Insolvenzverwalter bestrittene Forderungsanmeldungen bei der

Prüfung der Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Kommanditisten zu berücksichtigen, sofern eine erfolgreiche Inanspruchnahme der Masse wegen dieser Forderungen noch ernsthaft in Betracht kommt. Hiervon ist - da das Berufungsgericht hierzu noch keine Feststellungen getroffen hat - im vorliegenden Verfahren zugunsten des Beklagten auszugehen.

18 Die vorhandene Insolvenzmasse beläuft sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf 2.206.724,64 €. Abzüglich der vom Beklagten angegebenen Kosten des Insolvenzverfahrens in Höhe von 266.681,15 € und einer weiteren Masseverbindlichkeit in Form einer Steuerberaterhonorarforderung in Höhe von 35.000 € ergibt sich eine zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehende Masse von 1.905.043,49 €. Danach verbleiben nicht gedeckte Gläubigerforderungen in Höhe von 8.428,84 €.

19 Damit würde zwar nicht der gesamte vom Beklagten geltend gemachte Betrag noch zur Befriedigung der Gläubiger benötigt. Eine teilweise Zurückweisung der Revision hinsichtlich der diesen Betrag übersteigenden Widerklageforderung kommt aber nicht in Betracht, weil es hierfür an belastbaren abschließenden Feststellungen zu etwa noch bestehenden weiteren, vorrangig aus der Masse zu befriedigenden Masseverbindlichkeiten (§ 53 InsO) fehlt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Prüfung, ob die Inanspruchnahme des Klägers unter Berücksichtigung der sonst zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse erforderlich ist, von einer Prognose abhängig ist, die naturgemäß mit Unsicherheiten belastet ist. Angesichts dessen ist der Insolvenzverwalter berechtigt, den nach den Verhältnissen der Insolvenzmasse für die Gläubigerbefriedigung erforderlichen Betrag unter Berücksichtigung solcher Unsicherheiten zu schätzen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2020 - II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 34 mwN). Vor diesem Hintergrund ist es ihm auch gestattet, Rückstellungen zu bilden, deren Berechtigung und Angemessenheit im Einzelfall zu prüfen sind.

20 III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Insbesondere ist die Widerklage nicht bereits wegen fehlender Bestimmtheit gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig.

21 Dass der Beklagte sich zur Begründung seiner Forderung auf zwei verschiedene prozessuale Streitgegenstände, nämlich sowohl auf eine Außenhaftung der Beklagten nach §§ 171, 172 HGB als auch auf eine Zahlungspflicht zum Zweck des Ausgleichs unter den Gesellschaftern, gestützt hat, steht der Bestimmtheit seiner Klage gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht entgegen. Der Beklagte hat hinreichend deutlich gemacht, dass er die beiden Streitgegenstände in eventueller Klagehäufung geltend machen und sich lediglich hilfsweise auf eine Einziehung der Klageforderung zum Zwecke des Innenausgleichs berufen will (vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2011 - I ZR 108/09, BGHZ 189, 56 Rn. 9 f.; Urteil vom 15. Dezember 2020 - II ZR 108/19, ZIP 2021, 255 Rn. 11 ff.).

22 Eine nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässige Teilklage liegt nicht vor. Einer Klarstellung, auf welche konkreten Gläubigerforderungen in welcher Reihenfolge bzw. zu welchem Anteil die vom Kläger gemäß § 171 Abs. 2 HGB eingeforderte Haftsumme angerechnet werden soll, bedurfte es nicht, da der Beklagte die gesamte noch offene Haftsumme des Erblassers geltend macht und diese im Insolvenzverfahren nur zur gleichmäßigen (anteiligen) Befriedigung der berechtigten Gläubiger verwendet werden darf (BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 - II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 17 mwN).

23 Der Beklagte hat die seinem Anspruch aus § 171 Abs. 1 und 2, § 172 Abs. 4 HGB zugrundeliegenden Forderungen in einer § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügenden Weise individualisiert, indem er eine Insolvenztabelle nach § 175 InsO mit den angemeldeten Gläubigerforderungen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2020 - II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 5, 12) und den Gewerbesteuerbescheid

vom 8. April 2016 nebst Schreiben vom 13. April 2016 über die Geltendmachung der Steuerforderung als Masseverbindlichkeit vorgelegt hat.

24

IV. Der angefochtene Beschluss ist danach hinsichtlich der Inanspruchnahme des Beklagten aus seiner Außenhaftung als Kommanditist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und 3 ZPO).

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 07.03.2019 - 334 O 37/16 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 03.07.2019 - 11 U 86/19 -



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 172/19

vom

6. August 2021

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. August 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, die Richter V. Sander und Dr. von Selle

beschlossen:

Das Urteil des Senats vom 13. Juli 2021 wird wegen offenkundiger Unrichtigkeit von Amts wegen gemäß § 319 Abs. 1 ZPO dahingehend berichtigt, dass es

1. im Tenor anstatt

"Auf die Revision des **Klägers** wird der Beschluss des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 3. Juli 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die auf die Haftung des **Beklagten** gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gestützte Widerklage abgewiesen wurde."

richtig

"Auf die Revision des **Beklagten** wird der Beschluss des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 3. Juli 2019 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die auf die Haftung des **Klägers** gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft gestützte Widerklage abgewiesen wurde.",

2. auf Seite 3 unter Rn. 1 in Satz 2 anstatt

"... eines Tankschiffs, welches der **Kläger** nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens veräußerte."

richtig

"... eines Tankschiffs, welches der **Beklagte** nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens veräußerte.",

3. auf Seite 10 unter Rn. 21 in Satz 1 anstatt

"... auf eine Außenhaftung **der Beklagten** nach §§ 171, 172 HGB ..."

richtig

"... auf eine Außenhaftung **des Klägers** nach §§ 171, 172 HGB ..."

und

4. auf Seite 11 unter Rn. 24 in Satz 1 anstatt

"... hinsichtlich der Inanspruchnahme des **Beklagten** aus seiner Außenhaftung ..."

richtig

"... hinsichtlich der Inanspruchnahme des **Klägers** aus seiner Außenhaftung ..."

lauten muss.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 07.03.2019 - 334 O 37/16 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 03.07.2019 - 11 U 86/19 -