

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2015**

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 2015 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 Personengesellschaft**

Zum Recht der Personengesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

#### **a)**

Für **Formularverträge**, die bundesweit gegenüber zahlreichen **Anlegern** verwendet werden, besteht eine revisionsgerichtliche **Auslegungskompetenz** des **Bundesgerichtshofs**. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich

---

<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 „[News-letter](#)“ auf unserer Homepage abrufbar sind.

um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des AGB-Gesetzes oder um gesellschaftsvertragliche Regelungen für eine Vielzahl von mit jedem einzelnen Anleger zustande gekommenen stillen Gesellschaftsverträgen handelt, die zwar unter die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB fallen mögen, jedoch einer ähnlichen Auslegung und Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB wie allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen.<sup>3</sup> Bei einem **zweigliedrigen stillen Gesellschaftsverhältnis** richtet sich die Auslegung des Vertrags gemäß §§ 133, 157 BGB i.V.m. § 242 BGB nach dem Verständnishorizont des beitretenden Anlegers.<sup>4</sup> Unklarheiten bei der Auslegung von Vertragsvorschriften gehen entsprechend § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders.<sup>5</sup> Eine solche zweigliedrige stille Gesellschaft liegt vor, wenn jeder stille Gesellschafter jeweils für sich allein mit dem Inhaber des Handelsgeschäfts in einem Gesellschaftsverhältnis steht.

Bei der **mehrgliedrigen stillen Gesellschaft** beschränken sich die Rechtsbeziehungen nicht auf das Verhältnis des jeweiligen stillen Gesellschafters zu dem Inhaber des Handelsgeschäfts, sondern mehrere stille Gesellschafter und der Inhaber des Handelsgeschäfts sind miteinander in einem Gesellschaftsverhältnis verbunden. Ob ein zweigliedriges oder ein mehrgliedriges stilles Gesellschaftsverhältnis besteht, richtet sich nach den Bestimmungen des jeweiligen Beitrittsvertrags;<sup>6</sup> ggf. kann zur Prüfung neben der Beitrittserklärung der "Vertrag über eine stille Beteiligung" herangezogen werden.<sup>7</sup>

Der Beteiligungsvertrag einer zweigliedrigen stillen Gesellschaft kann dahin auszulegen sein, dass die stillen Gesellschafter an der Geltendmachung eines ihnen danach eingeräumten **Abfindungsanspruchs** nur dann gehindert sein soll, wenn die Geltendmachung dieses Anspruchs

---

<sup>3</sup> Beschluss vom 22. September 2015 – [II ZR 310/14](#) – juris, Rn. 8.

<sup>4</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

einen Grund für die Überschuldung oder die Zahlungsunfähigkeit ihres Vertragspartners darstellen würde. Um ein erlaubnispflichtiges Einlagegeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG auszuschließen, ist die entsprechende Regelung des Beteiligungsvertrages dahin auszulegen, dass auf alle fälligen Abfindungsansprüche aller stillen Gesellschafter abzustellen ist. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem Merkblatt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).<sup>8</sup> Danach gilt die Einlage eines stillen Gesellschafters dann als rückzahlbar und in diesem Sinne auch als fremd, wenn die Verlustteilnahme nach § 231 Abs. 2 HGB vertraglich so weit ausgeschlossen wird, dass der stille Gesellschafter aus der Einlage auch noch in der insolvenznahen Situation des Unternehmens, an dem er sich still beteiligt, Zahlungen beanspruchen und so überhaupt erst die Insolvenz des betreffenden Unternehmens auslösen kann.<sup>9</sup>

Jede **Rückgewähr der Einlage**, deren Rechtsgrundlage schon vor der kritischen Zeit des **§ 136 InsO** bestanden hat, ist der Anfechtung nach dieser Vorschrift entzogen. Ist dem stillen Gesellschafter schon im Gesellschaftsvertrag ein Recht zur Kündigung eingeräumt worden, kann die Rückgewähr der Einlage nach § 136 InsO selbst dann nicht angefochten werden, wenn die Kündigung in kritischer Zeit erfolgte.<sup>10</sup>

Führt die Geltendmachung eines vertraglich vereinbarten **Abfindungsanspruchs** nicht zur Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Fondsgesellschaft, gibt es im Verhältnis zu ihr **keine Treuepflichten**, die die **Geltendmachung hindern**. Im Verhältnis zu den übrigen stillen Gesellschaftern oder sonstigen Gesellschaftern der Fondsgesellschaft bestehen keinerlei vertragliche Beziehungen, aus denen Treuepflichten hergeleitet werden könnten. Dass es bei einer Vielzahl stiller Gesellschafter mit gleichartigen Kündigungsrechten zu einem Gläubigerwettbewerb kommen kann, rechtfertigt – wie auch sonst bei einer Gläubigerkonkurrenz z.B.

---

<sup>8</sup> NZG 2014, 379 (381)

<sup>9</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>10</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

gegenüber einem prospektverantwortlichen Gründungsgesellschafter – keine andere Beurteilung.<sup>11</sup>

**b)**

Im Falle einer sog. **offenen oder qualifizierten Treuhand** können die an der Gesellschaft Beteiligten ihr gesellschafterliches **Innenverhältnis** so gestalten, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären. Dies gilt insbesondere bei einer treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber über eine Treuhandkommanditistin.<sup>12</sup> Durch eine solche **Einbeziehung** der Treugeber in den **Gesellschaftsverband** können diese zwar Träger der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse und Pflichten im Innenverhältnis sein. Hierdurch wird ihre Haftung im **Außenverhältnis** aber **nicht begründet**.<sup>13</sup>

Leisten Gesellschafter freiwillig, also ohne im Innenverhältnis zur Gesellschaft hierzu verpflichtet zu sein, Zahlungen zur Tilgung von Gesellschaftsverbindlichkeiten, können sie nach **§ 110 HGB** von der Gesellschaft **Aufwendungsersatz** verlangen. Dem steht nicht entgegen, dass derjenige Gesellschafter, welcher Schulden der Gesellschaft tilgt, damit zugleich eine ihn treffende Pflicht erfüllt und auf diese Weise dafür vorsorgt, dass er von Gesellschaftsgläubigern oder im Falle einer Insolvenz vom Insolvenzverwalter nicht mehr nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB in Anspruch genommen werden kann.<sup>14</sup> Anspruchsberechtigt i.S.v. § 110 HGB sind auch Gesellschafter, die nur über einen Treuhänder beteiligt sind.<sup>15</sup> Ist die Gesellschaft nicht in der Lage oder bereit, den Aufwendungsersatzanspruch zu erfüllen, kann ein (anteiliger) **Ausgleichsanspruch gegen die Mitgesellschafter** aus **§ 426 Abs. 1 BGB** in Höhe der

---

<sup>11</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>12</sup> Urteil vom 29. September 2015 – [II ZR 403/13](#) – juris, Rn. 10 = DB 2015, 2746 = DStR 2015, 2726 = NZG 2015, 1353 = GWR 2015, 518 m. Bespr. Torka = WM 2015, 2233 = ZIP 2015, 2268.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

auf die in Anspruch genommenen Mitgesellschafter entfallenden Außenhaftung bestehen.<sup>16</sup>

Allerdings liegen die Voraussetzungen für eine – unmittelbare – Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB nicht vor, wenn und soweit die Treugebergesellschafter für die Verbindlichkeiten der KG nicht gesamtschuldnerisch haften. Zwar haften Kommanditisten unter den Voraussetzungen der §§ 171 Abs. 1, 161 Abs. 2, 128 HGB bis zur Höhe der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar als Gesamtschuldner. Die Treugebergesellschafter haben aber nur im Innenverhältnis die Stellung unmittelbarer Gesellschafter. Da die persönliche Haftung des Personengesellschafters für die Gesellschaftsschulden auf dem Außenverhältnis beruht, scheidet eine Außenhaftung der Treugeber nach §§ 171 Abs. 1, 161 Abs. 2, 128 HGB aus. Wie alle Treugebergesellschafter sind sie lediglich, soweit nicht im Treuhandvertrag anders geregelt, gemäß §§ 675, 670 BGB i.V.m. § 257 BGB verpflichtet, den Treuhänder von allen Aufwendungen und Verbindlichkeiten freizustellen.<sup>17</sup>

Im **Einzelfall** kann es jedoch einem sich nicht an der **Sanierung** der Gesellschaft beteiligenden Treugeber nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) **verwehrt** sein, seine **fehlende Haftung nach außen** dem Ausgleichsanspruch der zahlenden Treugeber **entgegen zu halten**.<sup>18</sup> Insoweit kann vor allem nicht unberücksichtigt bleiben, wenn alle Treugeber nach den Regelungen des Gesellschafts- und des Treuhandvertrages entsprechend einem unmittelbaren Gesellschafter statutarisch in das Innenverhältnis zur Gesellschaft einbezogen sind. Sie sind dann wie Vollgesellschafter verpflichtet, den Gesellschaftszweck zu fördern; ebenso trifft sie die gesellschaftlicherliche Treuepflicht. Zahlt auf einer solchen zwischen den Gesellschaftern vereinbarten Grundlage, nach der alle Treugeber im Innenverhältnis die Rechte und Pflichten von unmittelbaren Gesellschaftern haben, ein Teil der Treugeber in einer wirtschaftlichen Schieflage der Gesellschaft

---

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>17</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

die erhaltenen Ausschüttungen zurück und werden mit diesen Mitteln Gesellschaftsverbindlichkeiten getilgt und eine Insolvenz der Gesellschaft abgewendet, handeln die Treugeber, die sich an dieser Sanierung der Gesellschaft nicht beteiligt haben, widersprüchlich und deshalb treuwidrig, wenn sie ihren Mit-Treugebern einen Ausgleich mit der Begründung verweigern, sie seien nur Treugeber und nicht Vollgesellschafter, weshalb sie nicht der Außenhaftung unterlägen.<sup>19</sup>

Durch den von ihnen zu erfüllenden, aus §§ 675, 670 BGB bzw. den Regelungen des Treuhandvertrages folgenden Freistellungs- oder Aufwendungsersatzanspruch sind sie nach Maßgabe der **§§ 171 f. HGB mittelbar** einer **Außenhaftung** ausgesetzt und haben in den Grenzen der §§ 171 f. HGB das wirtschaftliche Risiko eines Gelingens oder Scheiterns der Gesellschaft übernommen.<sup>20</sup> Den zahlenden Treugebern ist es nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, für ihr Sonderopfer nur wegen der fehlenden Stellung aller Treugeber als (Voll-)Gesellschafter von ihren zahlungsunwilligen Mitgesellschaftern keinen auf § 426 Abs. 1 BGB gestützten Ausgleich zu erhalten. Dies gilt umso mehr, als die zahlungsunwilligen Treugebergesellschafter nach erfolgreicher Sanierung an den Gewinnchancen der Gesellschaft in gleicher Weise teilnehmen wie sie selbst.<sup>21</sup> Außerdem haften alle Treugeber gleichermaßen durch die von ihnen geschuldete Freistellung (nur) mittelbar für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Sie stehen somit gleichsam auf einer Stufe. § 426 Abs. 1 BGB lässt sich der verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundsatz entnehmen, dass mehrere auf gleicher Stufe haftende Personen untereinander zum Ausgleich verpflichtet sind.<sup>22</sup>

Bei dem **Ausgleichsanspruch** handelt es sich **nicht** um einen gegen § 707 BGB verstoßenden und im Beitritts- und Gesellschaftsvertrag ausgeschlossenen **Nachschuss**. Die Haftung des Kommanditisten für die Ge-

---

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>20</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>21</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

schaftsverbindlichkeiten nach §§ 171 f. HGB steht neben der im Gesellschafts-, Treuhand- und Beitrittsvertrag vereinbarten Einlagepflicht.<sup>23</sup>

Zwar ist die **Haftung** eines Treugebers nach § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB ausgeschlossen, wenn er seine Einlage in voller Höhe erbracht hat. Dies gilt aber nicht, wenn die vom ihm erhaltenen Ausschüttungen zu einer **Rückgewähr** der **Einlage** i.S.v. § 172 Abs. 4 HGB geführt haben. Der Treugeber hat die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass unstreitige **Ausschüttungen** nicht zu einem Wiederaufleben seiner Haftung geführt haben, etwa weil ihnen Gewinne gegenüber gestanden hätten.<sup>24</sup>

Die **Verjährung** eines **Ausgleichsanspruchs** gegen die sich nicht an der Sanierung beteiligenden Treugeberkommanditisten beginnt erst, wenn der Ausgleichsberechtigte Kenntnis von den Umständen hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit haben müsste, die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Dies erfordert auch die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis, dass von der Gesellschaft ein Ausgleich nach § 110 HGB nicht zu erlangen ist oder von ihr verweigert wird.<sup>25</sup>

Soweit durch die Zustellung eines **Mahnbescheides** die Verjährung eines solchen Ausgleichsanspruchs gehemmt werden soll, ist es für die nach § 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO geboten **Individualisierung des Anspruchs** ausreichend, wenn die Forderung als „Kommanditistenhaftung“ mit dem Hinweis auf eine mit Datumsangabe gekennzeichnete Rechnung benannt wird.<sup>26</sup>

### c)

Einer **Kommanditistin**, die mittelbar über eine Treuhänderin an einem Publikumsfonds in Form einer Kommanditgesellschaft beteiligt ist und die aufgrund der Regelungen im Gesellschafts- und Treuhandvertrag im

---

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 28.

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 3.

Innenverhältnis einem unmittelbaren Gesellschafter gleichgestellt ist, muss jeder Gesellschafter **Auskunft** über die **Namen** und **Anschriften** der **weiteren Treugeber** erteilen, wenn er dazu unschwer in der Lage ist. Das gilt auch gegenüber einem das Anlegerregister führenden Treuhänder.<sup>27</sup> Die Verneinung einer Quasi-Gesellschafterstellung kann nicht allein anhand einer Auslegung des Treuhandvertrags begründet werden. Es müssen vielmehr auch die Regelungen des Gesellschaftsvertrags herangezogen werden. Darauf und auf eine insoweit unter Umständen notwendige Ergänzung des Tatsachenvortrags zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist gegebenenfalls vom Gericht hinzuwirken (§ 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO).<sup>28</sup>

**d)**

Der **Entzug** der **Gesellschafterstellung** durch zwangsweises Ausscheiden ist regelmäßig **nur mit Zustimmung** des betroffenen Gesellschafters möglich. Die Zustimmung kann dabei sowohl antizipiert durch eindeutige Regelung **im Gesellschaftsvertrag** erfolgen als auch durch Zustimmung zu einem **Beschluss**, durch den – nachträglich – eine Ausschlussregelung in den Gesellschaftsvertrag eingefügt wird.<sup>29</sup>

Der Gesellschafter ist zwar im Allgemeinen nicht verpflichtet, einem auf sein Ausscheiden gerichteten Beschluss der Gesellschafterversammlung zuzustimmen. In **Ausnahmefällen** kann sich jedoch aus der gesellschaftlichen Treuepflicht etwas Abweichendes ergeben. Eine **Zustimmungspflicht** kommt in Betracht, wenn sie dringend erforderlich ist und das Ausscheiden aus der Gesellschaft dem Gesellschafter zumutbar ist. Eine solche Verpflichtung ist daher anzunehmen, wenn dem Ausscheiden schützenswerte Belange des Gesellschafters nicht entgegenstehen.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Urteil vom 21. Juli 2015 – [II ZR 163/15](#) – juris, Rn. 15.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>29</sup> Urteil vom 09. Juni 2015 – [II ZR 420/13](#) – juris, Rn. 21 = BB 2015, 2704 = DB 2015, 1951 = DStR 2015, 2188 = MDR 2015, 1143 = NZG 2015, 995 = GWR 2015, 501 m. Bespr. Weitnauer = ZfIR 2015, 757 = ZIP 2015, 1626. Ebenso Urteile vom 09. Juni 2015 – [II ZR 227/14](#) – Rn. 6 sowie – [II ZR 110/14](#) – juris, Rn. 22.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.



Der **Gesellschaftsvertrag** bildet die Grundlage der gesellschafterlichen **Treuepflicht** und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang. Der einzelne Gesellschafter ist nur in dem Umfang verpflichtet, wie er es im Gesellschaftsvertrag versprochen hat. Der Gesellschaftsvertrag muss jedoch für eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu seinem Ausscheiden aus gesellschafterlicher Treuepflicht keine ausdrückliche Regelung enthalten. Diese Treuepflicht ist jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent. Ein Gesellschaftsvertrag kann allerdings diesbezügliche ausdrückliche oder im Wege der Auslegung **konkretisierende Regelungen** enthalten, die insbesondere die aus der Treuepflicht folgende Zustimmungspflicht für bestimmte Sachverhalte einschränken oder an weitere Voraussetzungen knüpfen. Enthält ein Gesellschaftsvertrag solche Regelungen, dürfen die Mitgesellschafter nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass sie einen Gesellschafter ohne seine Zustimmung ausschließen können.<sup>31</sup>

Muss ein Gesellschafter aufgrund entsprechender Regelungen im Gesellschaftsvertrag damit rechnen, im Falle seiner Weigerung, bei fehlender Liquidität **Nachschüsse** zu leisten, aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu werden, begründet dies spiegelbildlich die – eine Treuepflicht rechtfertigende – Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter, ein Gesellschafter werde sich bei einer **finanziellen Schieflage** der Gesellschaft einem finanziellen Beitrag entweder nicht verweigern oder aus der Gesellschaft ausscheiden.<sup>32</sup> Solange der Gesellschaftsvertrag **keine** die **Erwartungshaltung** der sanierungswilligen Gesellschafter **einschränkende Regelung** bezüglich der Zustimmung der nicht sanierungswilligen Gesellschafter zu ihrem Ausscheiden enthält, bleibt es bei dem **Grundsatz**, dass die gesellschafterliche **Treuepflicht** in jedem Gesellschaftsverhältnis auch ohne entsprechende Regelung ergeben kann, dass die Gesellschafter in besonders gelagerten Ausnahmefällen verpflichtet sind, einem ihre Gesell-

---

<sup>31</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

schafterstellung aufhebenden Beschluss der Gesellschafterversammlung zuzustimmen.<sup>33</sup>

Diese Grundsätze über die aus Treuepflichtgesichtspunkten folgende Zustimmungspflicht von Gesellschaftern gilt nicht nur bei **Publikumspersonengesellschaften** in der Rechtsform einer offenen Handelsgesellschaft, sondern auch bei Publikumsgesellschaften in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>34</sup>

**e)**

Wird eine (Kommandit-) **Gesellschaft** verurteilt, **Auskunft** über Namen, Anschriften und Beteiligungshöhe der **Mitgesellschafter** des Klägers in dem Umfang zu erteilen hat, wie die Angaben aus den bei ihr **vorhandenen Unterlagen** ersichtlich sind, ist sie **nicht** verpflichtet, vor Auskunftserteilung die Richtigkeit der bei ihr vorhandenen Anschriften der Gesellschafter durch **Anfragen beim Einwohneranmeldeamt** zu klären, weil sie nur so Auskunft über die „ladungsfähigen“ Anschriften erteilen könnte.<sup>35</sup>

Grundsätzlich hat ein Gesellschafter lediglich einen **Anspruch auf Einsicht** in die bei der Gesellschaft vorhandenen Geschäftsunterlagen (§ 716 Abs. 1 BGB, § 118 Abs. 1 HGB). An die Stelle dieses Einsichtsrechts in die bei der Gesellschaft vorhandenen Unterlagen tritt das **Auskunftsrecht**, wenn die erforderlichen Informationen in einer **Datenverarbeitungsanlage** gespeichert sind. In diesem Fall kann der Gesellschafter zum Zwecke der Unterrichtung einen Ausdruck über die bei der Gesellschaft vorhandenen Informationen verlangen. Das Auskunftsrecht eines Gesellschafters geht aber nicht weiter als sein Einsichtsrecht.<sup>36</sup>

---

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

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>35</sup> Beschlüsse vom 14. Juli 2015 – [II ZB 1/15](#) – juris, Rn. 11 und [II ZB 5/15](#) – juris, Rn. 5.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 13 und a.a.O., juris, Rn. 7.

## 2. Recht der GmbH

Zum Recht der GmbH ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

### a)

Ein **Vertrag auf Übernahme** einer neuen **Stammeinlage** verpflichtet den durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 55 Abs. 2 GmbHG zugelassenen Übernehmer zur Erbringung der vorgesehenen Einlage.<sup>37</sup> Es handelt sich **nicht** um einen **Austauschvertrag**, sondern um einen Vertrag mit **körperschaftlichem Charakter**. Das von dem Übernehmer erstrebte Mitgliedschaftsrecht wird nicht von der Gesellschaft "geliefert". Es entsteht vielmehr auf der Grundlage des (satzungsändernden) Kapitalerhöhungsbeschlusses und des Übernahmevertrages kraft Gesetzes mit der Eintragung im Handelsregister (vgl. §§ 54 Abs. 3, 57 GmbHG). Bis dahin steht nicht nur der Erwerb der Mitgliedschaft, sondern auch der Übernahmevertrag unter dem Vorbehalt des Wirksamwerdens der Kapitalerhöhung durch die Handelsregistereintragung. Der **Übernehmer** ist durch den Übernahmevertrag **noch kein Gesellschafter** geworden und hat auch noch **keine gesellschaftergleiche Stellung** etwa durch ein Anwartschaftsrecht erworben. **Vor der Eintragung im Handelsregister** stehen ihm weder mitgliedschaftliche Rechte (wie beispielsweise auf Auskunft nach § 51a GmbHG) noch ein Anspruch darauf zu, bei einer Verzögerung oder Verweigerung der Kapitalerhöhung so gestellt zu werden, als sei er bereits Gesellschafter.<sup>38</sup>

Die **Verpflichtung** des Übernehmers **zur Einlageleistung** entsteht demgegenüber schon mit **Abschluss des Übernahmevertrages** und nicht erst mit Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses im Handelsregister. Zwar wird die Kapitalerhöhung, die das neue Mitgliedschaftsrecht schafft, erst nach Eintragung wirksam. Die Verpflichtung des Übernehmers zur

---

<sup>37</sup> Urteil vom 03. November 2015 – [II ZR 13/14](#) – juris, Rn. 13 = BB 2015, 3088 = DStR 2015, 2857 = NZG 2015, 1396 = WM 2015, 2285.

<sup>38</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

Einlageleistung muss aber schon davor wirksam werden, weil die Einlageleistung erst die Voraussetzung für die Eintragung schafft. Eine Sacheinlage muss vor Eintragung bewirkt sein (§ 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG). Da die Verpflichtung zur Einlageleistung **schuldrechtliche Elemente** enthält, bestehen gegen die Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften keine Bedenken. Es sind allerdings die körperschaftsrechtlichen Besonderheiten zu berücksichtigen. Dem Übernehmer steht ohne Vereinbarung einer Befristung oder Bedingung ein **Lösungsrecht** von dem Übernahmevertrag nach den Grundsätzen über den **Wegfall der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) zu, wenn der angemessene Zeitraum für dessen Bindung überschritten wird oder es aus anderen Gründen nicht zur Kapitalerhöhung kommt. Rechtsfolge ist ein **Rücktrittsrecht** des Übernehmers (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB).<sup>39</sup>

Eine **stille Beteiligung** kann als **Sacheinlage** in eine GmbH eingebracht werden. Sie kann trotz des Umstands, dass das vom stillen Gesellschafter einzubringende Kapital nicht Gesellschaftsvermögen wird, nicht nur vermögensrechtliche Ansprüche, sondern ein Mitgliedschaftsrecht begründen. Sie ist dann als eigenständiges Wirtschaftsgut anzusehen und kann mit allen Rechten und Pflichten auf Dritte übertragen werden und deswegen auch Gegenstand einer Sacheinlage sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine atypische stille Gesellschaft begründet wurde.<sup>40</sup> Durch die Übertragung auf die GmbH **erlischt** die stille Beteiligung. Nach einem **Rücktritt** vom Übernahmevertrag (§ 346 Abs. 1 BGB) kann der Übernehmer verlangen, dass die infolge der Übertragung erloschene stille Beteiligung **neu begründet** wird.<sup>41</sup>

Zwar sind die GmbH-Gesellschafter regelmäßig frei, einen im Zuge der Übernahme bereits gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss aufzuheben, so dass kein Erfüllungsanspruch des Übernehmers gegen die Gesellschaft auf Durchführung der Kapitalerhöhung besteht. Das schließt es aber nicht

---

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

aus, dass die Gesellschaft, solange die Gesellschafter einen bereits gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss nicht aufheben, aus dem Übernahmevertrag verpflichtet ist, für die **Durchführung des Erhöhungsbeschlusses** zu sorgen. Erst recht trifft sie eine solche Pflicht, wenn im Übernahmevertrag gegenüber den Übernehmern eine ausdrückliche Verpflichtung der Gesellschaft begründet worden ist, unter Mitwirkung aller Gesellschafter und Geschäftsführer die Kapitalerhöhung durchzuführen.<sup>42</sup> Wird diese Pflicht verletzt, kann dies zu **Schadensersatzansprüchen** führen (§ 280 Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>43</sup>

**b)**

Nach **§ 22 Abs. 1 GmbHG** haftet für eine von dem ausgeschlossenen Gesellschafter **nicht erfüllte Einlageverpflichtung** der Gesellschaft jeder **Rechtsvorgänger des Ausgeschlossenen**, der im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt. Rechtsvorgänger i.S.d. § 22 GmbHG ist aber nur derjenige, bei dem diese Voraussetzungen vor der Kaduzierung nach § 21 GmbHG in Bezug auf den später kaduzierten Geschäftsanteil gegeben sind.<sup>44</sup>

Nach **§ 24 GmbHG** haben die **übrigen Gesellschafter** den Fehlbetrag aufzubringen, soweit eine Stammeinlage im Kaduzierungsverfahren weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch den Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann. Übriger Gesellschafter i.S.d. § 24 GmbHG ist derjenige, der im Zeitpunkt der Fälligkeit der betreffenden Stammeinlage noch Gesellschafter ist.<sup>45</sup>

Der **Restbetrag** der Einlage wird in Ermangelung einer abweichenden Satzungsbestimmung erst dann **fällig**, wenn die Gesellschafter deren Ein-

---

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

<sup>44</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 291/14](#) – juris, Rn. 7 = BB 2015, 2189 m. Anm. Müller-Michaels = DB 2015, 1833 = DNotZ 2015, 860 = DStR 2015, 1983 = GmbHR 2015, 935 = MDR 2015, 1020 = NJ 2015, 472 = NJW 2015, 2731 = NZG 2015, 1002 = NZI 2015, 950 (LS) = WM 2015, 1525 = ZInsO 2015, 1802 = ZIP 2015, 1530.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 9.

forderung beschließen (§ 46 Nr. 2 GmbHG) und der Geschäftsführer den Betrag einfordert.<sup>46</sup>

Seite 14 von 34

Der **Insolvenzverwalter** kann die noch offene, bislang nicht fällig gestellte Einlage selbst einfordern, ohne dass es dazu einer Festsetzung im Gesellschaftsvertrag oder eines vorherigen Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 2 GmbHG bedarf. Der Insolvenzverwalter ist auch nicht durch etwaige statutarische Fälligkeitsbestimmungen an der Einforderung gehindert.<sup>47</sup>

Der **kaduzierte Gesellschafter** haftet – zusätzlich zu seiner Haftung als mit dem kaduzierten Geschäftsanteil ausgeschlossener Gesellschafter nach § 21 Abs. 3 GmbHG – für die Rückstände auf den kaduzierten Geschäftsanteil nach **§ 24 GmbHG** auch dann, wenn er über einen weiteren Geschäftsanteil neben dem kaduzierten Geschäftsanteil verfügt.<sup>48</sup> Diese den Kaduzierten als Inhaber eines nicht kaduzierten Geschäftsanteils treffende Ausfallhaftung trifft jedoch **nicht** einen **Rechtsvorgänger** in Beziehung zu dem **nicht kaduzierten Geschäftsanteil**. Die an die Kaduzierung anknüpfende Haftung der Rechtsvorgänger erfasst nur diejenigen Einlageverpflichtungen, derentwegen die Kaduzierung betrieben werden kann.<sup>49</sup>

Derjenige Gesellschafter, welcher vor Fälligkeit der Einlageforderung des Kaduzierten aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, haftet nicht nach § 24 GmbHG. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsanteil auf einen später mit seinem eigenen Geschäftsanteil kaduzierten Mitgesellschafter übertragen wurde.<sup>50</sup> Mit dem **Schutzzweck** des **§ 24 GmbHG** lässt sich eine Haftung des seinen Geschäftsanteil vor Fälligkeit der Einlageschuld des Mitgesellschafters auf diesen übertragenden Gesellschafters nicht

---

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>50</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

begründen. Die Vorschrift dient dem Schutz der **Kapitalaufbringung**, der es nicht rechtfertigt, vor Fälligkeit der Einlageforderung ausgeschiedene Gesellschafter für Fehlbeträge im Kaduzierungsverfahren haften zu lassen. Grundsätzlich haftet der Gesellschafter einer GmbH nur für die auf seinen Geschäftsanteil entfallende Einlage. Davon abweichend begründet § 24 GmbHG zwar eine **Haftung für fremde Verbindlichkeiten**, die sogar deutlich unproportional ausfallen kann, wenn ein Gesellschafter mit einer kleinen Beteiligung für die Einlageschuld eines Gesellschafters mit einer größeren Beteiligung eintreten soll. Die Haftung ist aber **subsidiär** ausgestaltet; sie greift nur ein, soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann. Der Vorschrift des § 24 GmbHG kommt danach ein **Ausnahmecharakter** zu, der einer erweiternden Auslegung grundsätzlich entgegensteht.<sup>51</sup> Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 GmbHG (§ 16 Abs. 3 GmbHG a.F.) führt zu keinem anderen Ergebnis. Soweit es den Veräußerer betrifft, regelt die Vorschrift nur den Fortbestand seiner Haftung für eigene Einlageverpflichtungen, die in dem Zeitpunkt rückständig sind, ab dem der Erwerber gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils gilt. Anhaltspunkte für eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung dahin, dass der Veräußerer für fremde, im maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht fällige Einlageschulden haften soll, sind nicht ersichtlich.<sup>52</sup>

Mit Blick auf den mit § 24 GmbHG bezweckten Schutz der Kapitalaufbringung und dem hiermit verknüpften Gläubigerschutz ist es geboten, auch diejenigen der Haftung nach § 24 GmbHG zu unterwerfen, die bei Eintritt der Fälligkeit der Einlageschuld des Mitgesellschafters, derentwegen das Kaduzierungsverfahren eingeleitet wurde, Gesellschafter waren. Denn der Anspruch auf Zahlung des Fehlbetrags entsteht in diesem Zeitpunkt aufschiebend bedingt durch den Eintritt der Voraussetzungen nach den §§ 21 bis 23 GmbHG. Damit wird verhindert, dass sich der Gesellschafter eines

---

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

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

bereits – aufschiebend bedingt – entstandenen Anspruchs gezielt entledigt.<sup>53</sup>

**c)**

Der **Einzug von Forderungen** einer **insolvenzreifen GmbH** auf ein **debitorisches Konto** ist grundsätzlich eine **masseschmälernde Zahlung** i.S.v. § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.). Denn dadurch wird das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert. Der auf das debitorische Konto eingezahlte Betrag wird aufgrund der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo bzw. mit dem Kreditrückzahlungsanspruch der Bank verrechnet und sonach mit Gesellschaftsmitteln an einen Gläubiger, nämlich die Bank, gezahlt.<sup>54</sup>

Der Einzug von **Forderungen**, die an die **Bank zur Sicherheit abgetreten** waren, auf einem debitorischen Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo stellen keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung i.S.v. § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (§ 64 Satz 1 GmbHG n.F.) dar, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.<sup>55</sup> Sicherungsabgetretene Forderungen eines Schuldners zählen zwar zur Insolvenzmasse i.S.v. § 35 InsO, die der Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegen. Sie stehen aber nicht als freie Masse den Gläubigern zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung, sondern nur dem Zessionar, der insoweit ein Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO) hat.<sup>56</sup>

Besteht **keine Globalzession** zugunsten der Bank, muss der Geschäftsführer einer GmbH dafür Sorge tragen, dass Schuldner nicht auf ein debitorisches Bankkonto einzahlen. Außerdem obliegt es ihm, eine Zahlung

---

<sup>53</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>54</sup> Urteil vom 23. Juni 2015 – [II ZR 366/13](#) – juris, Rn. 11 = BB 2015, 2128 = DB 2015, 1829 = DStR 2015, 2085 = GmbHR 2015, 925 = MDR 2015, 1018 = NJW 2015, 2806 = NZG 2015, 998 = NZI 2015, 817 m. Anm. Haneke = ZInsO 2015, 1616 = ZIP 2015, 1480.

<sup>55</sup> a.a.O., juris, Rn. 12.

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.



i.S.v. § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. an die Bank etwa durch Eröffnung eines kreditorisch geführten Bankkontos oder Vereinbarung von Barzahlung zu vermeiden.<sup>57</sup> Ist die Forderung im Rahmen einer Globalzession an die Bank abgetreten, entspricht die Umleitung der Zahlungen auf ein anderes Konto nicht einem ordentlichen Geschäftsgebaren. Die Masse würde durch den Einzug von sicherungsabgetretenen Forderungen ohne Weiterleitung nicht nur erhalten, sondern vergrößert.<sup>58</sup>

Eine **masseschmälernde Leistung** durch die Zahlung liegt aber vor, wenn die zur Sicherheit **abgetretene Forderung** erst **nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden** ist und der Geschäftsführer dies verhindern konnte oder die Forderung zwar vor Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist, aber erst **danach** dadurch **werthaltig** gemacht wurde, dass die Gesellschaft die von ihr vertraglich zugesagte Leistung erbringt. Die Wertschöpfung geschieht dann zu Lasten der Gläubigergesamtheit bzw. der Masse und zugunsten des gesicherten Gläubigers.<sup>59</sup> Der Geschäftsführer kann zwar nach Insolvenzreife nicht verhindern, dass der Zessionar die ihm zur Sicherheit abgetretene Forderung verwertet. Er darf aber nicht bewirken, dass der Zessionar zu Lasten der Masse nach Insolvenzreife noch eine werthaltige Forderung erwirbt (§ 64 Abs. 2 GmbHG a.F.).<sup>60</sup> Die Bewirkung einer masseschmälernden Leistung kann bereits darin liegen, dass die Gesellschaft eine Forderung an einen ihrer Gläubiger abtritt und so die Forderung aus ihrem Vermögen absondert. Eine **Sicherungs-zession**, die erst **nach Eintritt der Insolvenzreife vereinbart** wird, hindert daher nicht, die dadurch verursachten Einziehungen von Forderungen auf ein debitorisches Konto als masseschmälernde Leistung einzuordnen.<sup>61</sup>

**Nach Insolvenzreife** wird der Geschäftsführer angehalten, im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger die Masse zur Verwertung durch

---

<sup>57</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>61</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

die Gläubiger zu erhalten. Das verbietet es ihm, das Unternehmen auf Kosten und Gefahr der Gläubigergesamtheit mit dem Risiko weiterer Masseminderungen fortzuführen. Soweit ausnahmsweise eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht werden würde, wenn der Betrieb ohne **Begründung neuer Forderungen** oder ihrer Werthaltigmachung eingestellt werden müsste, können Zahlungen zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein und damit das Verschulden entfallen lassen (§ 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a.F.).<sup>62</sup> Dies ist auch insoweit möglich, als infolge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden.<sup>63</sup>

Wenn eine Zahlung an einen absonderungsberechtigten, durch eine Gesellschaftssicherheit besicherten Gläubiger geleistet wird, liegt ein **Aktivtausch** vor, soweit infolge der Zahlung die Gesellschaftssicherheit frei wird und der Verwertung zugunsten aller Gläubiger zur Verfügung steht. Bei einem solchen Aktivtausch entfällt im wirtschaftlichen Ergebnis eine masseschädliche Zahlung. Wenn die Sicherheit in der Abtretung von Forderungen besteht, bewirkt eine Zahlung an den Zessionar einen solchen Aktivtausch, soweit infolge dieses Vorgangs sicherungsabgetretene werthaltige Forderungen frei werden und in das zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger bestimmte Vermögen der Gesellschaft gelangen.<sup>64</sup>

### 3.

#### Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft sind die nachfolgenden Entscheidungen ergangen.

---

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>63</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

a)

Die **Einberufung der Hauptversammlung** einer Aktiengesellschaft **kann** grundsätzlich von dem für die Einberufung zuständigen Organ, das sie einberufen hat, wieder **zurückgenommen werden**. Für die **Kommanditgesellschaft auf Aktien** gilt nichts anderes (vgl. §§ 278 Abs. 3, 283 Nr. 6 AktG).<sup>65</sup> An der grundsätzlichen **Kompetenz des Vorstands** bzw. des für die Einberufung gemäß § 283 Nr. 6 AktG zuständigen **persönlich haftenden Gesellschafters** zur Zurücknahme der Einberufung ändert sich nichts dadurch, dass eine Hauptversammlung aufgrund eines Verlangens von Aktionären gemäß § 122 Abs. 1 Satz 1 AktG (bzw. i.V.m. § 278 Abs. 3) einberufen wurde.<sup>66</sup> Denn Aktionären, die die Einberufung einer Hauptversammlung nach dieser Vorschrift verlangen, kommt eine Einberufungszuständigkeit nicht bereits mit dem Verlangen zu. Ihnen steht die Kompetenz zur Einberufung vielmehr erst dann zu, wenn der Vorstand ihrem Verlangen nicht nachkommt und sie gemäß § 122 Abs. 3 Satz 1 AktG auf ihren Antrag gerichtlich ermächtigt werden, die Hauptversammlung einzuberufen.<sup>67</sup> Aus der Einberufungskompetenz des Vorstands folgt auch im Falle des § 122 Abs. 1 Satz 1 AktG grundsätzlich seine Kompetenz zur Zurücknahme der Einberufung. Die Kompetenz des Vorstands, die Einberufung zurücknehmen zu können, und damit die Wirksamkeit der Rücknahme hängen nicht davon ab, ob die Verpflichtung zur Einberufung entfallen ist oder ob ein sonstiger berechtigter Grund für die Zurücknahme der Einberufung besteht. Durch die Rücknahme der Einberufung wird nur der Zustand hergestellt, der bestehen würde, wenn die Versammlung überhaupt nicht einberufen worden wäre.<sup>68</sup>

Wie bei der Einberufung ist auch bei deren Zurücknahme die Frage der **Kompetenzzuordnung** von der Frage zu unterscheiden, **welche Pflichten** im Hinblick auf die Einberufung und deren Zurücknahme im konkreten

---

<sup>65</sup> Urteil vom 30. Juni 2015 – [II ZR 142/14](#) – juris, Rn. 22 = AG 2015, 822 = BB 2015, 2636 = DB 2015, 2504 = DSStR 2015, 2395 = IBRRS 2015, 2824 = MDR 2015, 1249 = NJ 2015, 524 = NZG 2015, 1227 = WM 2015, 2046 = ZIP 2015, 2069.

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>68</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

Fall bestehen. Die Pflichtenlage (oder die Befugnis im Einzelfall) verändert die Kompetenzzuordnung nicht. Weder fällt die Zuständigkeit zur Einberufung einem anderen Organ zu, wenn der Vorstand sich in den durch Gesetz bestimmten Fällen pflichtwidrig weigert, die Hauptversammlung einzuberufen, noch entfällt seine Kompetenz, die pflichtgemäß einberufene Hauptversammlung wieder abzusagen, wenn die Absage gegen die Pflicht zur Einberufung verstößt. Abgesehen von möglichen Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen den Vorstand und dem etwaigen Vorliegen eines wichtigen Grundes zum Widerruf der Bestellung gemäß § 84 Abs. 3 AktG bzw. zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft auf Aktien gemäß § 278 Abs. 2 AktG und §§ 117, 127 HGB bleibt nach dem gesetzlichen Regelungsgefüge den Aktionären lediglich die Möglichkeit, vom Vorstand gemäß § 122 Abs. 1 Satz 1 AktG die Einberufung der Hauptversammlung zu verlangen oder sich gemäß § 122 Abs. 3 AktG zur Einberufung der Hauptversammlung ermächtigen zu lassen. Die pflichtwidrige Zurücknahme der aufgrund eines Verlangens nach § 122 Abs. 1 Satz 1 AktG einberufenen Hauptversammlung kommt dem in § 122 Abs. 3 Satz 1 AktG genannten Fall gleich, dass der Vorstand dem Verlangen von vornherein nicht entspricht. Das Gesetz geht ersichtlich davon aus, dass selbst im Falle eines pflichtwidrigen Verhaltens des Vorstands in die gesetzliche Kompetenzzuordnung erst nach gerichtlicher Überprüfung eingegriffen werden soll. Dem stünde es entgegen, die Wirksamkeit der Absage einer aufgrund eines Verlangens nach § 122 Abs. 1 Satz 1 AktG einberufenen Hauptversammlung davon abhängig zu machen, ob die Absage pflichtgemäß oder pflichtwidrig war.<sup>69</sup>

Eine andere Beurteilung ist auch im Hinblick auf den Normzweck des § 122 AktG, einer Minderheit von Aktionären die Möglichkeit der Willensbeeinflussung der anderen Aktionäre in einer Hauptversammlung zu gewähren, nicht geboten. Die mit der Verweisung der Aktionäre auf das Verfahren der gerichtlichen Ermächtigung nach § 122 Abs. 3 AktG gege-

---

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

benenfalls verbundene Verzögerung ist nach der Wertung des Gesetzgebers grundsätzlich hinzunehmen. Die von Aktionären nach gerichtlicher Ermächtigung gemäß § 122 Abs. 3 AktG einberufene Hauptversammlung kann der Vorstand nicht absagen, weil diese Kompetenz nur dem einberufenden Organ zusteht und der Vorstand im Falle der Einberufung durch dazu gemäß § 122 Abs. 3 AktG ermächtigte Aktionäre nicht Einberufungsorgan ist. Der Vorstand würde zwar (wieder) als Einberufungsorgan handeln, wenn er nach Stellung eines Antrags gemäß § 122 Abs. 3 AktG (und vor dessen rechtskräftiger Bescheidung) von sich aus erneut eine Hauptversammlung mit den von den Aktionären verlangten Gegenständen einberiefe. Dadurch würde das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 122 Abs. 3 AktG aber nicht entfallen, wenn der Vorstand eine (erste) aufgrund eines Verlangens nach § 122 Abs. 1 Satz 1 AktG einberufene Hauptversammlung abgesagt hat, die Prüfung dieser Absage Anhaltspunkte dafür ergibt, dass sie pflichtwidrig erfolgt ist, und die Gefahr besteht, dass der Vorstand erneut so verfahren wird. In diesem Fall erledigt sich das Begehren der Minderheit gemäß § 122 Abs. 3 AktG erst dann, wenn sich die (vom Vorstand einberufene) Hauptversammlung mit den der beantragten Ermächtigung zugrunde liegenden Beschlussgegenständen befasst hat.<sup>70</sup>

Haben sich die – wie im Streitfall – an dem in der Einberufung bestimmten Tag der Hauptversammlung am Versammlungsort **erschienenen Aktionäre** nach einer **Einlasskontrolle** im Versammlungsraum eingefunden und wird ihnen dort nach der in der Einberufung angegebenen Zeit des Beginns der Hauptversammlung (§ 121 Abs. 3 Satz 1 AktG) von einem Vertreter des einberufenden Organs die Absage der Hauptversammlung bekannt gegeben, ist diese Erklärung erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem das einberufende Organ nicht mehr über die Kompetenz zur Zurücknahme der Einberufung verfügt.<sup>71</sup> Kann oder soll die Hauptversammlung aus nach der Einberufung eingetretenen Gründen nicht durchgeführt wer-

---

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.

<sup>71</sup> a.a.O., juris, Rn. 30.

den, liegt es zwar im Interesse sowohl der Gesellschaft als auch der Aktionäre, dass das Einberufungsorgan die Hauptversammlung rechtzeitig absagen kann, um eine unnötige Kostenbelastung für die Gesellschaft und die Aktionäre zu vermeiden. Dieser Gesichtspunkt greift aber nicht, wenn die Absage der Hauptversammlung den erschienenen Aktionären erst nach Durchführung der Einlasskontrolle im Versammlungslokal mitgeteilt wird.<sup>72</sup>

Es ist auch sonst kein beachtliches Bedürfnis erkennbar, dem Vorstand oder dem persönlich haftenden Gesellschafter bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien zu diesem Zeitpunkt noch die Kompetenz zur Absage der vom ihm einberufenen Hauptversammlung einzuräumen. Sofern Gründe, die einer Durchführung der Hauptversammlung zu dem angegebenen Zeitpunkt oder an dem angegebenen Ort entgegenstehen könnten, so kurzfristig auftreten sollten, dass das Einberufungsorgan nicht mehr in der Lage ist, rechtzeitig vor dem Termin der Hauptversammlung von seiner Absagekompetenz Gebrauch zu machen, kann über etwa erforderlich werdende Maßnahmen wie eine Vertagung, eine Verschiebung des Beginns auf eine andere Uhrzeit, eine Unterbrechung, eine Verlegung des Versammlungsorts, eine Ergänzung oder Änderung der Tagesordnung etc. gegebenenfalls eine Entscheidung der zur Hauptversammlung erschienenen Aktionäre herbeigeführt werden. Der Vorstand ist zur Stellung entsprechender Verfahrensanträge in der Hauptversammlung berechtigt. Das gilt entsprechend für den persönlich haftenden Gesellschafter in der Kommanditgesellschaft auf Aktien, wenn er nicht ohnehin als Inhaber von Aktien in der Hauptversammlung stimm- und antragsberechtigt ist (§ 283 AktG).<sup>73</sup>

Eine **förmliche Eröffnung der Hauptversammlung** ist nach dem Gesetz **nicht erforderlich**. Es fehlt daher nicht an einer Beschlussfassung der Hauptversammlung (vgl. §§ 118 Abs. 1, 119 AktG), wenn von den zu einer

---

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 31.

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 32.

vom Vorstand einberufenen (und nicht wirksam abgesagten) Hauptversammlung erschienenen Aktionären Beschlüsse gefasst werden, ohne dass die Hauptversammlung förmlich eröffnet worden ist. Ob die gefassten Beschlüsse nichtig sind, richtet sich allein nach § 241 AktG. Das Fehlen einer förmlichen Eröffnung ist danach **kein Nichtigkeitsgrund**. Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt nichts anderes (§§ 278 Abs. 3, 241 AktG).<sup>74</sup>

Die auf einer Hauptversammlung gefassten Beschlüsse beruhen auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 243 Abs. 1 AktG), wenn (Kommandit-) Aktionäre im berechtigten Vertrauen auf die Absage der Hauptversammlung das Versammlungslokal verlassen haben und demgemäß bei der Beschlussfassung nicht mehr anwesend waren. Sie sind dann nämlich in ihrem Recht beeinträchtigt, durch Teilnahme an der Hauptversammlung ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft auszuüben (§ 118 Abs. 1 Satz 1 AktG). Eine solche Beeinträchtigung des Teilnahmerechts liegt auch dann vor, wenn die Unwirksamkeit der Absage für die (Kommandit-) Aktionäre nicht ohne weiteres zu erkennen war.<sup>75</sup> Die Verletzung des Teilnahmerechts stellt unabhängig davon, ob der betreffende (Kommandit-) Aktionär mit seinem Stimmenanteil eine Änderung der Beschlussfassung hätte erreichen können, einen zur Anfechtung berechtigenden Verfahrensfehler i.S.v. § 243 Abs. 1 AktG dar.<sup>76</sup>

Dem Vorstand einer Aktiengesellschaft und dem persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien wird ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, die Rechtmäßigkeit der Beschlüsse der Hauptversammlung einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen zu lassen (§ 245 Nr. 4; § 278 Abs. 3; § 283 Nr. 13 AktG). Diese **Anfechtungsbefugnis** steht ihnen als Organ der Aktiengesellschaft wegen ihrer Aufgabe zu, für die Rechtmäßigkeit des Korporationshandelns zu sorgen. Die im Interesse der Gesellschaft bestehende Anfechtungsbefugnis ist daher nicht dadurch

---

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 36.

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

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 40.

ausgeschlossen, dass sie den anfechtbaren Beschluss selbst vorgeschlagen hat (§ 124 Abs. 3 AktG) oder bei einem Verfahrensfehler, etwa einem Einberufungsmangel, diesen selbst verursacht haben.<sup>77</sup>

Wie beim Anfechtungsrecht des Aktionärs ist auch bei der dem Vorstand eingeräumten Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Nr. 4 AktG und entsprechend bei derjenigen des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ein **institutioneller Rechtsmissbrauch** wegen des im allgemeinen Interesse liegenden Kontrollzwecks des Anfechtungsrechts **ausgeschlossen**.<sup>78</sup> Der **Einwand des individuellen Rechtsmissbrauchs** ist in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats beim Anfechtungsrecht des Aktionärs dagegen mit der Begründung zugelassen worden, die allgemeine Kontrollfunktion berühre den individuellen Charakter seines Anfechtungsrechts nicht. Ihm verbleibe in jedem Stadium des Verfahrens die Verfügungsbefugnis über sein Anfechtungsrecht; er sei nicht verpflichtet, sein Handeln als Gesellschafter an der Kontrollfunktion der Anfechtungsklage auszurichten. Inwieweit diese Erwägungen bei der nicht im individuellen, sondern allein im Interesse der Gesellschaft als Teil seiner Leitungsaufgabe (§ 76 Abs. 1 AktG) verstandenen Anfechtungsbefugnis des Vorstands und des persönlich haftenden Gesellschafters bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien trotz der insoweit nicht vergleichbaren Pflichtenlage gleichwohl übertragbar sind und bei welchen Fallgestaltungen gegebenenfalls ein individueller Rechtsmissbrauch der Anfechtungsbefugnis gemäß §§ 283 Nr. 13, 245 Nr. 4 AktG in Betracht zu ziehen ist, brauchte in dieser Sache hier nicht allgemein entschieden zu werden, weil jedenfalls im vorliegenden Fall für die Annahme eines zum Verlust der Anfechtungsbefugnis führenden Rechtsmissbrauchs keine hinreichenden Anhaltspunkte vorgetragen sind.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> a.a.O., juris, Rn. 45.

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 47.

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 48.



**b)**

Im Anschluss an seine Entscheidung vom 19. April 2015<sup>80</sup> hat der II. Zivilsenat im Urteil vom 19. Mai 2015<sup>81</sup> nochmals klargestellt, dass nach **§ 241 Nr. 2 AktG** ein **Beschluss** der **Hauptversammlung** nur dann **nichtig ist**, wenn er **nicht** nach § 130 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 AktG **beurkundet** ist. Wie schon zuvor vom erkennenden Senat ausgeführt, ist nach § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Bei **nichtbörsennotierten Gesellschaften** reicht eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift aus, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt (§ 130 Abs. 1 Satz 3 AktG). Wenn auf einer Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, für den das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt und der damit stets durch eine notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist, muss ein anderer, nicht diesen Mehrheitserfordernissen unterliegender Beschluss nicht in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift beurkundet sein, sondern genügt dafür eine vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift.

Zur Begründung wird auch in der neuen Entscheidung mit Hinweis sowohl auf den Wortlaut des § 130 Abs. 1 AktG als auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ausgeführt, die **Auslegung** des **Gesetzes** ergebe, dass die Niederschrift in notariell beurkundete und in vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Abschnitte teilbar ist.<sup>82</sup> Der II. Zivilsenat wiederholt auch seine Überlegungen, dass der **Zweck** der **notariellen Niederschrift**, bei Beschlüssen mit qualifizierter Mehrheit für eine **erhöhte Rechtssicherheit** zu sorgen, wenig darüber aussage, ob eine einheitliche Beurkundung erforderlich ist oder nicht. Es gibt keinen Grund, auch die

<sup>80</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 176/14](#) – AG 2015, 633 = DB 2015, 1708 = DNotZ 2015, 708 = DStR 2015, 1819 = NotBZ 2015, 381 = NZG 2015, 867 = ZIP 2015, 1429; siehe dazu auch unseren vorangegangenen Newsletter zu den im 1. Halbjahr 2015 veröffentlichten Entscheidungen zum Gesellschaftsrecht unter 3.a).

<sup>81</sup> Urteil vom 19. Mai 2015 – [II ZR 181/14](#) – juris, Rn. 6 = AG 2015, 669 = GWR 2015, 339 m. Bespr. Flick.

<sup>82</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

„einfachen“ Beschlüsse von der erhöhten Rechtssicherheit der notariellen Niederschrift profitieren zu lassen, nur weil sie in derselben Hauptversammlung gefasst werden.<sup>83</sup>

Festgehalten wird ferner daran, dass die durch eine **doppelte Protokollierung** möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten in der Regel überwindbar sind und genauso bei der Beurkundung durch einen oder mehrere Notare auftreten können. Es gibt auch kein Verbot, eine Hauptversammlung mehrfach zu beurkunden.<sup>84</sup> Etwaige durch eine einander **widersprechende Protokollierung** von **Fragen** bzw. **Antwortverweigerungsgründen** oder eines **Widerspruchs** im Falle verschiedener Niederschriften des Notars und des Aufsichtsratsvorsitzenden entstehende Beweisprobleme sind lösbar. Sie können auch bei der vollständigen Protokollierung in notarieller Form auftreten, ohne dass dabei die Wirksamkeit der Protokollierung in Frage gestellt ist.<sup>85</sup>

**Unterschiedliche Feststellungen** zu den **gefassten Beschlüssen** und eine **unterschiedliche Wiedergabe** des Inhalts der **Belege** über die **Einberufung** nach § 130 Abs. 3 AktG führen ebenfalls nicht zu unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Dem notariellen Protokoll kommt nach § 415 Abs. 1 ZPO besondere Beweiskraft zu, während das privatschriftliche Protokoll durch den Aufsichtsratsvorsitzenden grundsätzlich der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO unterliegt, so dass mit einem anderen Inhalt der privatschriftlichen Niederschrift allein kein Gegenbeweis gegen den Inhalt der vom Notar gefertigten Niederschrift geführt ist (§ 415 Abs. 2 ZPO). Eine Beweiswürdigung zum Beschlussinhalt kann auch bei einem ausschließlich notariell geführten Protokoll einer Hauptversammlung erforderlich werden, wenn – wie nicht selten – neben dem notariellen Protokoll eine privatschriftliche Aufzeichnung gefertigt wird.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>85</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

Ein **Beschluss** zur Zustimmung zum Abschluss eines **Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags** mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft ist **notariell** zu beurkunden, weil das Gesetz dafür eine Dreiviertelmehrheit bestimmt (§ 293 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG). Wird die notarielle Form nicht beachtet, ist der Beschluss nichtig.<sup>87</sup>

Ein **Beschluss** der Hauptversammlung nach § 71 Nr. 8 AktG, mit dem der Vorstand zum **Erwerb eigener Aktien** ermächtigt wird, muss eine **Frist zur Geltungsdauer** der Ermächtigung festlegen. Ein Ermächtigungsbeschluss, der keine konkrete Frist enthält, ist nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil die Regelung in § 71 Nr. 8 AktG dem Gläubigerschutz dient.<sup>88</sup> Eine Frist über die Geltungsdauer kann sich einem Beschluss auch nicht durch Auslegung entnehmen lassen. Vorstandsberichte, die den Aktionären bei Einberufung der Hauptversammlung ihrem wesentlichen Inhalt nach bekanntgemacht worden sind, können bei der Auslegung von Hauptversammlungsbeschlüssen herangezogen werden, wenn sie gemäß § 130 Abs. 3 AktG der Niederschrift als Anlage beigefügt oder inhaltlich in die Niederschrift aufgenommen worden sind.<sup>89</sup>

Die Hauptversammlung ist beim **Beschluss** über die **Verwendung des Bilanzgewinns** an den festgestellten Jahresabschluss gebunden (§ 174 Abs. 1 Satz 2 AktG). Wenn der Gewinnverwendungsbeschluss die Bindung an den Jahresabschluss nicht beachtet, führt dies zur Nichtigkeit des Beschlusses nach § 241 Nr. 3 AktG, insbesondere wenn ein anderer Betrag als der im Jahresabschluss ausgewiesene Bilanzgewinn verteilt wird.<sup>90</sup> Soweit demgegenüber mit einem Gewinnverwendungsbeschluss gegen § 174 Abs. 2 AktG verstoßen wird, führt dies nur zur Anfechtbarkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses, nicht aber zu seiner Nichtigkeit. Für die Geltendmachung der Anfechtungsklage muss die Beschlussmängel-

---

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>88</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>89</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>90</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

klage innerhalb der Anfechtungsfrist erhoben werden (§§ 254 Abs. 2, 246 Abs. 1 AktG).<sup>91</sup>

Seite 28 von 34

#### 4. Konzernrecht

Zum Konzernrecht wurde entschieden, dass entsprechend § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG ein **Unternehmensvertrag** (z.B. ein Ergebnisabführungsvertrags) mit einer **abhängigen GmbH** nur zum **Ende des Geschäftsjahrs** oder des sonst **vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums aufgehoben** werden kann.<sup>92</sup> Die **Vorschriften des Aktiengesetzes** über die Begründung und die Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags mit einer abhängigen Aktiengesellschaft sind auf solche Unternehmensverträge mit einer abhängigen GmbH **entsprechend anzuwenden**, soweit der Schutzzweck der Vorschriften bei einer abhängigen GmbH gleichermaßen zutrifft und sie nicht auf Unterschieden der Binnenverfassung zwischen der Aktiengesellschaft und der GmbH beruhen. § 296 Abs. 1 Satz 2 AktG, wonach eine rückwirkende Aufhebung des Unternehmensvertrags unzulässig ist, kann entsprechend auf die GmbH angewendet werden. Der Zeitpunkt der Beendigung eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages hat im Fall einer einvernehmlichen Aufhebung keinen Bezug zur Binnenverfassung der GmbH.<sup>93</sup>

Der **Schutzzweck von § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG** trifft auf die GmbH in gleicher Weise wie auf eine Aktiengesellschaft zu. Die Beschränkung der Vertragsaufhebung auf das Ende des Geschäftsjahres oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums ist im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit bestimmt worden. Dass in anderen Fällen einer unterjährigen Vertragsbeendigung etwa durch Insolvenz oder Kündigung

---

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>92</sup> Urteil vom 16. Juni 2015 – [II ZR 384/13](#) – juris, Rn. 13 = AG 2015, 630 = BB 2015, 2192 = DB 2015, 1771 = DNotI-Report 2015, 108 = DNotZ 2015, 712 = DStR 2015, 1765 = GmbHR 2015, 985 = GWR 2015, 340 m. Bespr. Krebs = IWRZ 2015, 29 m. Bespr. Vetter = MDR 2015, 1019 = NJW-RR 2015, 1175 = NZG 2015, 912 = ZIP 2015, 1483.

<sup>93</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

eine Stichtagsbilanz für die Berechnung der Ansprüche der Gesellschafter und zum Schutz der Gläubiger genügt, steht dem nicht entgegen.<sup>94</sup> Die Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit durch die entsprechende Anwendung des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG wiegt nicht besonders schwer, weil die Obergesellschaft regelmäßig als Mehrheits- oder Alleingesellschafter der abhängigen GmbH ein Rumpfgeschäftsjahr beschließen kann. Die Gesellschafter können durch Satzungsänderung das Geschäftsjahr verändern.<sup>95</sup>

Es kann dahinstehen, ob die **Veräußerung** einer **GmbH-Beteiligung** durch die Obergesellschaft ein **wichtiger Grund** für die **fristlose Kündigung** eines Ergebnisabführungsvertrags entsprechend § 297 Abs. 1 Satz 1 AktG durch die Obergesellschaft sein kann. Selbst wenn dies grundsätzlich in Betracht käme, liegt ein wichtiger Grund jedenfalls regelmäßig dann nicht vor, wenn die Beteiligung an eine Gesellschaft veräußert wurde, die zum Zeitpunkt der Aufhebungsvereinbarung noch zum Konzern der Obergesellschaft gehörte. Denn dann ist nicht ersichtlich, dass es unzumutbar gewesen wäre, den Ergebnisabführungsvertrag bis zum Jahresende fortzuführen.<sup>96</sup>

Der **Anspruch auf Verlustausgleich** ist eine **Geldforderung**.<sup>97</sup> Zur **Erfüllung** des **Verlustausgleichsanspruchs** sind auch **Leistungen an Erfüllung statt zulässig**, sofern sie werthaltig sind.<sup>98</sup> Eine Leistung an Erfüllung statt setzt eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner voraus (§ 364 Abs. 1 BGB). Zum Abschluss einer solchen Vereinbarung ist der Gläubiger grundsätzlich nicht verpflichtet.<sup>99</sup> Wird eine entsprechende Vereinbarung geschlossen, kann das herrschende Unternehmen der abhängigen Gesellschaft auch Geld- oder Sachmittel unter vorher vereinbarter Anrechnung auf eine bestehende oder künftige Verlustausgleichsverpflichtung zur Verfügung stellen. Hierbei muss allerdings

---

<sup>94</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>96</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

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

klargestellt sein, ob die Leistung auf einen vorjährigen oder künftig entstehenden Anspruch zu verrechnen ist. Mit der bloßen Einräumung einer **Verrechnungsmöglichkeit** werden keine Geld- oder Sachmittel zur Verfügung gestellt. Ebenso wenig liegt in einer erteilten **Patronatserklärung** oder einer **Rangrücktrittserklärung** eine Erfüllung des Verlustausgleichsanspruchs.<sup>100</sup>

Mit dem **Bilanzstichtag**, in der Regel das Ende des Geschäftsjahrs, wird der Anspruch auf **Verlustausgleich fällig**. Damit tritt aber selbst dann, wenn der Stichtag wegen des befristeten Ergebnisabführungsvertrags kalendermäßig bestimmt ist, **ohne Mahnung kein Verzug** ein (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Für die Zeit vor Rechtshängigkeit werden daher nur Fälligkeitszinsen (§ 352 HGB) und keine Verzugszinsen geschuldet.<sup>101</sup>

Wie jeder andere Schuldner kommt die Obergesellschaft **nicht in Verzug**, wenn sie an der Leistung durch eine **nicht zu vertretende Ungewissheit** über das Bestehen und den Umfang der Forderung gehindert ist (§ 286 Abs. 4 BGB). Eine Ungewissheit über den Umfang des Verlustausgleichs besteht, solange der **Jahresabschluss nicht aufgestellt** ist. Vor seiner Aufstellung, die regelmäßig erst nach dem Ende des Abrechnungszeitraums erfolgen kann, steht die Höhe des auszugleichenden Verlusts nicht fest. Das hindert zwar nicht die Fälligkeit des Verlustausgleichsanspruchs, weil die herrschende Gesellschaft den zum Jahresende vorläufig errechneten Betrag zahlen und sich einen Überschuss wieder zurückholen kann, aber jedenfalls den Verzugseintritt.<sup>102</sup> Eine Mahnung ist für den Verzugseintritt auch nicht nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB ab dem Zeitpunkt der Aufstellung des Jahresabschlusses entbehrlich.<sup>103</sup>

Für den Anspruch auf Fälligkeits- und Verzugszinsen für den Verlustausgleichsanspruch gelten die **regelmäßigen Verjährungsfristen** der

---

<sup>100</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>101</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>102</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>103</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

§§ 194 ff. BGB. Der Anspruch auf Nebenleistungen wie Zinsen verjährt unabhängig vom Hauptanspruch nach § 217 BGB (§ 224 BGB a.F.), allerdings spätestens mit dem Hauptanspruch. Die Sonderverjährung nach § 302 Abs. 4 AktG betrifft nach dem eindeutigen Wortlaut nur die Ansprüche der Gesellschaft aus § 302 Abs. 1 AktG bis § 302 Abs. 3 AktG, also den Hauptanspruch auf Verlustausgleich. Dass die abhängige Gesellschaft auf eine Kompensation der Verluste weder verzichten noch sich vergleichen darf (§ 302 Abs. 3 Satz 1 AktG), führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Verzichtsverbot für eine Hauptleistungspflicht erfasst im Gesellschaftsrecht regelmäßig Nebenleistungspflichten auch bei Einlagepflichten nicht. Dass für den schwächeren Anspruch auf Verlustausgleich nach § 302 AktG etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich. Erst recht kann dann das Verjährenlassen des Verlustausgleichsanspruchs dem Verzicht nicht gleichgestellt werden.<sup>104</sup>

## 5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

### a)

Eine Sache hat **nicht** allein deswegen eine allgemeine, mithin **grundsätzliche Bedeutung** (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), weil eine einheitliche Entscheidung des Revisionsgerichts in mehreren **denselben Sachverhalt betreffenden Parallelverfahren** angestrebt wird. Dass ein Oberlandesgericht in einem eine große Anzahl denselben oder vergleichbare Fonds betreffenden Einzelverfahren bei der gebotenen objektiven **Auslegung** eines **Publikumsgesellschaftsvertrages** von derjenigen eines anderen Oberlandesgerichts abweicht, rechtfertigt ohne Hinzutreten eines vom Beschwerdeführer darzulegenden (§ 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO) tatsächlichen

---

<sup>104</sup> a.a.O., juris, Rn. 29.

oder wirtschaftlichen Gewichts für Allgemeininteressen mangels Vorliegens einer abweichend entschiedenen Rechtsfrage auch **keine** Zulassung der Revision wegen **Divergenz** zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO).<sup>105</sup>

**b)**

**Widerspricht** die **Hauptpartei** zweifelsfrei der **Fortführung des Prozesses**, so ist ein **Rechtsmittel** des nicht streitgenössischen **Streithelfers unzulässig** (vgl. § 67 ZPO).

Der Widerspruch der Hauptpartei ist im **Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren** auch dann zu berücksichtigen, wenn er nicht durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt erklärt wird. Der Widerspruch unterliegt nicht dem Anwaltszwang. Er muss noch nicht einmal ausdrücklich erklärt werden; schlüssiges Verhalten reicht aus, wenn sich daraus zweifelsfrei der Wille der Hauptpartei ergibt, den Prozess nicht fortführen zu wollen. So ist es beispielsweise eine ausreichende Verlautbarung des Widerspruchs der Hauptpartei, wenn diese sich in einem außergerichtlichen Vergleich zur Nichtfortführung des Verfahrens bzw. zu einem Rechtsmittelverzicht verpflichtet hat und dieser Vergleich dem Gericht vom Gegner der Hauptpartei zur Kenntnis gebracht wird.<sup>106</sup>

**c)**

Der (Zuständigkeits- oder Rechtsmittel-) **Streitwert** einer **Auskunftsklage** richtet sich nach dem **wirtschaftlichen Interesse**, das die klagende Partei an der Erteilung der Auskunft hat. Dieses ist nach **§ 3 ZPO** nach freiem Ermessen zu schätzen. Dabei bildet der **Leistungsanspruch**, zu dessen Durchsetzung die Auskunft benötigt wird, einen **Anhaltspunkt**. Er ist ebenfalls nach § 3 ZPO zu schätzen. Hierbei ist anhand des Tatsachenvortrags der klagenden Partei von ihren Vorstellungen auszugehen, die sie sich über den Wert ihres Leistungsanspruchs gemacht hat. Der Wert

<sup>105</sup> Urteile vom 09. Juni 2015 – [II ZR 227/14](#) – juris, Rn. 2 und – [II ZR 110/14](#) – juris, Rn. 3 sowie Beschluss vom 22. September 2015 – [II ZR 310/14](#) – juris, Rn. 5.

<sup>106</sup> Beschluss vom 21. Juli 2015 – [II ZR 177/14](#) – juris, Rn. 7.



des Auskunftsanspruchs ist allerdings nicht identisch mit dem Leistungsanspruch, sondern in der Regel nur mit einem **Teilwert** des Anspruchs zu bemessen, dessen Durchsetzung die verlangte Information dienen soll. Dabei werden üblicherweise ein Viertel bis ein Zehntel des Wertes des Leistungsanspruchs angesetzt.<sup>107</sup>

**d)**

Demgegenüber bemisst sich der gemäß **§§ 2, 3 ZPO** nach freiem Ermessen des Tatrichters festzusetzende **Wert der Beschwer** für die Berufung der zur **Auskunftserteilung** verurteilten Person nach ihrem Interesse, die Auskunft nicht erteilen zu müssen. Dabei ist im Wesentlichen darauf abzustellen, welchen **Aufwand an Zeit und Kosten** die Erteilung der Auskunft erfordert und ob die verurteilte Partei ein schützenswertes Interesse daran hat, bestimmte Tatsachen vor dem Gegner geheim zu halten.<sup>108</sup> Das Rechtsbeschwerdegericht kann die Bemessung der Beschwer nur darauf überprüfen, ob das Berufungsgericht von dem nach § 3 ZPO eingeräumten Ermessen rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht hat. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn das Gericht bei der Bewertung des Gegenstands der Beschwer maßgebliche Tatsachen verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt oder erhebliche Tatsachen unter Verstoß gegen seine Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) nicht festgestellt hat. Denn der Sinn des dem Berufungsgericht eingeräumten Ermessens würde verfehlt, wenn das Rechtsbeschwerdegericht berechtigt und verpflichtet wäre, ein vom Berufungsgericht fehlerfrei ausgeübtes Ermessen durch eine eigene Ermessensentscheidung zu ersetzen.<sup>109</sup>

**e)**

Für die **Wahrung** der **Anfechtungsfrist** des § 246 Abs. 1 AktG von einem Monat ist es ohne Belang, ob der Kläger den vorgetragene Sachverhalt rechtlich richtig im Sinne eines Anfechtungsgrunds gewürdigt und ob er in erster Linie eine Nichtigkeitsklage und erst in zweiter Linie eine Anfecht-

<sup>107</sup> Beschluss vom 17. November 2015 – [II ZB 28/14](#) – juris, Rn. 8.

<sup>108</sup> Beschlüsse vom 14. Juli 2015 – [II ZB 1/15](#) – juris, Rn. 9 und [II ZB 5/15](#) – juris, Rn. 3.

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 und a.a.O., juris, Rn. 4.

tungsklage erhoben hat. Zum **Streitgegenstand** einer Anfechtungsklage gehört der gesamte vom Kläger zur Begründung seines Klageantrags vorgetragene **Lebenssachverhalt** unabhängig davon, ob er unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit vorgetragen worden ist. Die gesamten der Entstehung des angegriffenen Beschlusses zugrunde liegenden vorgetragenen Umstände stellen dabei zusammen mit dem Beschlussgegenstand und dem Inhalt des Beschlusses einen einheitlichen Lebenssachverhalt dar.<sup>110</sup> Der Streitgegenstand wird (auch) bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage nicht nur durch den vorgetragenen Lebenssachverhalt, sondern daneben durch den auf einen **konkreten Beschluss** bezogenen Antrag bestimmt.<sup>111</sup>

Karlsruhe, den 21. Januar 2016

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

---

<sup>110</sup> Urteil vom 30. Juni 2015 – [II ZR 142/14](#) – juris, Rn. 43 = AG 2015, 822 = BB 2015, 2636 = DB 2015, 2504 = DStR 2015, 2395 = IBRRS 2015, 2824 = MDR 2015, 1249 = NJ 2015, 524 = NZG 2015, 1227 = WM 2015, 2046 = ZIP 2015, 2069.

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 44.