

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im 1. Halbjahr 2023

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 1. Halbjahr 2023 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.¹ 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.²

1. Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Zum Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (nachfolgend auch GbR) erging die nachfolgend referierte Entscheidung vom 17. Januar 2023:

Die **Gesellschafter** einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können auch **konkludent** einen **Beschluss** (z.B. über die Kündigung eines Lizenz-

¹ Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs 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 Bundesgerichtshofs verlinkt.

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

vertrags) **fassen**.³ Wenn der Gesellschaftervertrag einer GbR eine formale Beschlussfassung nicht vorsieht, kann die zur Beschlussfassung erforderliche **Stimmabgabe grundsätzlich** jederzeit und auf **beliebige Weise** erfolgen, sei es schriftlich oder mündlich, gleichzeitig oder nacheinander. Regelmäßig genügt auch eine durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten dokumentierte konkludente Willensübereinstimmung der Gesellschafter.⁴

Sieht der **Gesellschaftsvertrag** entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 709 BGB vor, dass **Gesellschafterbeschlüsse** nur **einstimmig** gefasst werden können, leidet ein Gesellschafterbeschluss **nicht** allein deshalb an einem **Mangel**, wenn ein von einem **Stimmverbot** betroffener Gesellschafter an der Beschlussfassung nicht mitgewirkt hat.⁵

Nach § 47 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 GmbHG unterliegt der Gesellschafter einer GmbH bei einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts der Gesellschaft mit ihm betrifft, einem Stimmverbot. Ob diese Fallgestaltung auch in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, für die das Gesetz eine solche Regelung nicht enthält, in Analogie zu § 34 BGB, § 47 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 GmbHG oder unter Berücksichtigung der Wertung des § 181 BGB zu einem Stimmverbot des am Rechtsgeschäft beteiligten Gesellschafters führt, hat der II. Senat bislang offengelassen und mangels Entscheidungserheblichkeit auch aktuell nicht entschieden.⁶

Ein Gesellschafter einer GbR ist wegen des Grundsatzes, dass niemand Richter in eigener Sache sein darf, von der Abstimmung über die Kündigung eines Vertrags ausgeschlossen, wenn der Beschluss darauf abzielt, das Verhalten des Gesellschafters zu missbilligen.⁷

³ Urteil vom 17. Januar 2023 – [II ZR 76/21](#) – juris, Rn. 20.

⁴ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁵ a.a.O. – juris, Rn. 22.

⁶ a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁷ a.a.O. – juris, Rn. 24.

Bei Beschlussfassungen der Gesellschafter über die **Entlastung** eines Gesellschafters, die Einleitung eines **Rechtsstreits** oder die außergerichtliche **Geltendmachung** von **Ansprüchen** gegen einen Gesellschafter sowie die **Befreiung** eines Gesellschafters von einer **Verbindlichkeit** unterliegt der betroffene Gesellschafter auch im Personengesellschaftsrecht einem Stimmverbot. Dem liegt der allgemein geltende Grundsatz (vgl. § 712 Abs. 1, §§ 715, 737 Satz 2 BGB; § 34 BGB, § 47 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 GmbHG und § 47 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 GmbHG, § 43 Abs. 6 GenG, § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG) zugrunde, dass **niemand Richter in eigener Sache** sein darf.⁸

Das Stimmrecht ist allerdings **nicht** schon dann ausgeschlossen, wenn sich der Gesellschafter in einem **irgendwie gearteten Konflikt** zwischen seinen außergesellschaftlichen Interessen und denen der Gesellschaft befindet. Eine solche Lösung ginge auf Kosten der **Rechtssicherheit** und könnte ein **sachgerechtes Zusammenwirken** der Gesellschafter entsprechend dem Gewicht ihrer Beteiligungen in Frage stellen. Als Richter in eigener Sache ist der Gesellschafter einer GmbH nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GmbHG von der Abstimmung ausgeschlossen, wenn es um seine Entlastung, also die Billigung oder **Missbilligung** seiner **Geschäftsführung** geht. Das an diesen Fall einer **Interessenkollision** geknüpfte Stimmverbot ist über den Gesetzeswortlaut hinaus für alle Gesellschafterbeschlüsse verallgemeinerungsfähig, die darauf abzielen, das Verhalten eines Gesellschafters zu billigen oder zu missbilligen.⁹

Auch bei der **konkludenten Beschlussfassung** einer GbR ist der einem **Stimmverbot** unterliegende Gesellschafter an der Willensbildung der Gesellschaft zu beteiligen. Der von der Stimmabgabe ausgeschlossene Gesellschafter soll kraft seiner Mitgliedschaft bei der Beschlussfassung in

⁸ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁹ a.a.O. – juris, Rn. 26.

einer Versammlung **aber** die **Möglichkeit** haben, seine **Ansicht** über die zur Beratung oder Abstimmung anstehenden Tagungsordnungspunkte **darzulegen** und Einwendungen geltend zu machen. Zudem soll er die Möglichkeit haben, darüber zu **wachen**, ob alle nach Gesetz und Satzung zur Beschlussfassung notwendigen **Förmlichkeiten eingehalten** werden.¹⁰ Der letztgenannte Gedanke mag bei zulässiger konkludenter Beschlussfassung in den Hintergrund treten, weil diese keinen Förmlichkeiten unterliegt. Gleichwohl muss der von der Abstimmung ausgeschlossene Gesellschafter aber auch in diesem Fall die Willensbildung der Gesellschaft nachvollziehen können und die Möglichkeit haben, auf die **Meinungsbildung** der anderen Gesellschafter **Einfluss zu nehmen**.¹¹

2.

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Der **Schutzbereich** des zwischen der **Kommanditisten-GmbH** und ihrem **Geschäftsführer** bestehenden **Organ- und Anstellungsverhältnisses** erstreckt sich im Hinblick auf seine **Haftung** aus **§ 43 Abs. 2 GmbHG** im Falle einer sorgfaltswidrigen Geschäftsführung auf die Kommanditgesellschaft (nachfolgende auch KG). Hierfür ist es nicht erforderlich, dass die Führung der Geschäfte der KG die alleinige oder wesentliche Aufgabe der GmbH darstellt.¹²

Auch der **Geschäftsführer** der **geschäftsführenden Kommanditisten-GmbH haftet** gegenüber der **Kommanditgesellschaft** gemäß **§ 43 Abs. 2 GmbHG** nach den Grundsätzen des **Vertrags** mit **Schutzwirkung zu**

¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 30.

¹¹ a.a.O. – juris, Rn. 31.

¹² Urteil vom 14. März 2023 – [II ZR 162/21](#) – juris, Rn. 12.

Gunsten Dritter wie gegenüber der GmbH. Denn die KG ist in den Schutzbereich des zwischen der geschäftsführenden Kommanditisten-GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Organ- und Anstellungsverhältnisses einbezogen. Selbst **ohne** die **Voraussetzungen** des **§ 328 BGB** kann nämlich ein am Vertrag nicht beteiligter, aber von dessen Risiken mit betroffener Dritter berechtigt sein, gegen eine Vertragspartei Schadensersatzansprüche wegen Verletzung einer Schutzpflicht geltend zu machen. Die Annahme einer Schutzwirkung zu Gunsten Dritter setzt voraus, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommt und der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hat. Für die Ausdehnung des Vertragsschutzes muss nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Bedürfnis bestehen. Die Einbeziehung Dritter muss schließlich dem Schutzpflichtigen bekannt oder für ihn zumindest erkennbar sein.¹³

Die **Kommanditgesellschaft** kommt **bestimmungsgemäß** mit der Leistung des Geschäftsführers **in Berührung**, wenn eine Kommanditisten-GmbH die Geschäfte der KG führt, weil sich **Fehlleistungen** der Geschäftsführung zwangsläufig stets und in erster Linie zu ihrem Nachteil auswirken.¹⁴ Das **wohlverstandene Interesse** der die Geschäfte einer KG führenden und an dieser beteiligten **GmbH** geht dahin, dass ihr Geschäftsführer die Leitung der GmbH & Co. KG im Rahmen seiner Organpflichten ordnungsgemäß ausübt. Sie muss auf eine günstige wirtschaftliche Entwicklung ihrer Beteiligung bedacht sein. Vor allem aber haftet die GmbH der KG für Schäden aus der Verletzung der von ihr im Gesellschaftsvertrag übernommenen Geschäftsführungsaufgaben. Sie muss sich hierbei gemäß § 31 BGB analog Pflichtverletzungen ihres Geschäftsführers, dessen sie sich zur Erfüllung ihrer Geschäftsführungsaufgaben bedient, zurechnen lassen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die geschäftsführende GmbH die Komplementärin oder eine Kommanditistin der KG ist.¹⁵ Für diese

¹³ a.a.O. – juris, Rn. 14.

¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 15.

¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 16.

Erstreckung des Vertragsschutzes auf die KG besteht nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) ein **Bedürfnis**. Die Kommanditgesellschaft ist gegenüber der geschäftsführenden GmbH und deren Geschäftsführer schutzbedürftig, ohne dass es darauf ankommt, ob die geschäftsführende GmbH ihre Komplementärin oder ihre Kommanditistin ist.¹⁶

Eine **Pflichtverletzung** des **Geschäftsführers** bei der **Führung** der **Geschäfte** der **KG** geht vor allem zu deren Lasten. Die Kommanditgesellschaft bzw. die Kommanditisten sind daher auf die Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit des Geschäftsführers der geschäftsführenden GmbH angewiesen, unabhängig davon, ob diese die Geschäftsführung als Komplementärin oder als Kommanditistin ausübt.¹⁷ Die **Kommanditgesellschaft** bzw. die **Kommanditisten** haben regelmäßig **keine Befugnisse**, wie namentlich ein Weisungsrecht, um unmittelbar auf den Geschäftsführer der geschäftsführenden GmbH einzuwirken. Dieses **Ungleichgewicht** wird noch dadurch verstärkt, dass die geschäftsführende GmbH in gewissen Grenzen auf (pfändbare) Ersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer verzichten oder ihn trotz Kenntnis eines pflichtwidrigen Verhaltens entlasten kann. Nur wenn der Kommanditgesellschaft **aus dem Organ- und Anstellungsverhältnis** des **Geschäftsführers** zur GmbH ein **eigener Anspruch** gegen den Geschäftsführer zusteht, führt seine Entlastung durch die Gesellschafterversammlung der GmbH nicht zugleich zum Ausschluss der KG mit Ansprüchen gegenüber dem Geschäftsführer. Dies gilt für die geschäftsführende Komplementär-GmbH und die geschäftsführende Kommanditisten-GmbH gleichermaßen.¹⁸

Die **Haftung** des **Geschäftsführers** der geschäftsführenden GmbH einer GmbH & Co. KG erstreckt sich auch dann auf die Kommanditgesellschaft, wenn die **Geschäftsführung** der **KG** **nicht** die **alleinige** oder **wesentliche**

¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 17.

¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 18.

¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 19.

Aufgabe der **GmbH** ist.¹⁹ Die Haftungserstreckung auf die KG ist für den Geschäftsführer der geschäftsführenden GmbH auch dann erkennbar, wenn die GmbH die Geschäfte in weiteren Gesellschaften führt. Am **Pflichtenkreis** des Geschäftsführers ändert sich durch **Mehrfach-Geschäftsführungen** im Grundsatz nichts; dieser hat sich bei Übernahme der Geschäftsführung über den Umfang der damit verbundenen Aufgaben einen Überblick zu verschaffen. Die KG darf dabei darauf vertrauen, dass die geschäftsführende GmbH bzw. deren Geschäftsführer ihr die geschuldete Obhut und Fürsorge unabhängig von der Anzahl weiterer übernommener Geschäftsführungen oder sonstiger gesellschaftsfremder Aufgaben entgegenbringt. Kann die geschäftsführende GmbH dies nicht gewährleisten, ist nicht der Haftungsumfang zu reduzieren. Vielmehr muss die geschäftsführende GmbH ihre Aufgaben auf das Maß begrenzen, das ihr die geschuldete ordnungsgemäße Erfüllung aller übernommenen Pflichten ermöglicht.²⁰

Die **unmittelbare Haftung** des **Geschäftsführers** einer GmbH, die in mehreren Gesellschaften die Geschäftsführung übernommen hat, gegenüber der Kommanditgesellschaft ist **nicht** deswegen **unzumutbar**, weil es in der Person des Geschäftsführers zu einem **Interessenkonflikt** kommen könnte. Einer im Hinblick auf die Tätigkeit für mehrere Gesellschaften **möglichen Pflichtenkollision** kann im Einzelfall auf der Rechtfertigungs- oder Verschuldensebene Rechnung getragen werden. Die darüber hinausgehende Annahme eines abstrakten Interessenkonflikts bei der Geschäftsführung für mehrere Gesellschaften ist nicht geboten, zumal es zwischen den Gesellschaften nicht zwangsläufig wettbewerbsrechtliche Berührungspunkte geben muss.²¹

Der **Haftung** des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG steht auch nicht entgegen, wenn nach der **internen Ressortverteilung** die Geschäfts-

¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 24.

²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 25.

²¹ a.a.O. – juris, Rn. 26.

führung der betroffenen KG nicht seine wesentliche Aufgabe war.²² Den Geschäftsführer einer GmbH trifft kraft seiner Amtsstellung grundsätzlich die Pflicht zur **Geschäftsführung im Ganzen**. Eine gleichwohl zulässige Ressortverteilung innerhalb der Geschäftsführung lässt seine Verantwortung für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft nicht entfallen. Auch bei einer zulässigen Verteilung von Aufgaben verbleiben dem organisatorisch nicht betroffenen Geschäftsführer wegen seiner Allzuständigkeit deswegen Überwachungspflichten, deren Reichweite nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sind. Insbesondere muss der Geschäftsführer Hinweisen auf Fehlentwicklungen oder Unregelmäßigkeiten in einem fremden Ressort immer und unverzüglich nachgehen.²³

Hinsichtlich der dem **ressortunzuständigen Geschäftsführer** verbleibenden **Überwachungspflichten** gibt es keinen sachlichen Grund, die **Schutzwirkung** zugunsten der KG zu beschränken und die Überwachungspflichten anders zu behandeln als die Geschäftsführerpflichten im Übrigen. Die Kommanditgesellschaft ist insoweit in gleicher Weise schutzbedürftig wie hinsichtlich der Pflicht zur Geschäftsführung im Ganzen. Der Ressortunzuständigkeit wird bereits durch die **Herabstufung der Geschäftsführungspflichten zu Überwachungspflichten ausreichend Rechnung** getragen. Die aus dem Gebot zur sorgfältigen Unternehmensführung gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG abgeleiteten Organisationspflichten dienen zwar nicht dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Hier geht es aber um die Schutzwirkung der bei dem ressortunzuständigen Geschäftsführer verbleibenden Überwachungspflichten zugunsten der in den Schutzbereich des Organ- und Anstellungsverhältnisses zur GmbH einbezogenen KG selbst.²⁴

²² a.a.O. – juris, Rn. 27.

²³ a.a.O. – juris, Rn. 28.

²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 29.

b)

Das **Rechtsschutzbedürfnis** für die Erhebung einer **Leistungsklage**, zu der auch eine Klage auf **Einsichtnahme** in **Geschäftsunterlagen** und **Auskunft** gehört, ergibt sich regelmäßig bereits daraus, dass ein behaupteter **materieller Anspruch**, dessen Existenz für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist, **nicht erfüllt** ist. Erfüllt der Schuldner einen Anspruch nicht freiwillig, ist der Gläubiger auf eine gerichtliche Entscheidung angewiesen, um den Anspruch notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen zu können. Nur ausnahmsweise können deshalb besondere Umstände das Verlangen eines Klägers, in die materiell-rechtliche Prüfung seines Anspruchs einzutreten, als nicht schutzwürdig erscheinen lassen.²⁵

Das **Rechtsschutzbedürfnis entfällt** insbesondere dann **nicht**, wenn die Beklagten den Anspruch auf Einsichtnahme in die Unterlagen der (Partnerschafts-) Gesellschaft und Auskunft bei unzureichender Informationsgewinnung durch die Einsichtnahme **einerseits im Grundsatz nicht in Abrede stellen**, aber **andererseits** versuchen, den geltend gemachten **Anspruch** mit der Begründung **einzuschränken**, das Begehren sei hinsichtlich der von ihnen ausgeübten Tätigkeiten außerhalb der Partnerschaft **zu weitgehend**. Der Einsicht verlangende Gesellschafter kann allgemein auf künftige Einsichtsgewährung in die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft klagen, die sodann auch mehrfach ausgeübt werden kann. Über ein zum Ausschluss oder zur Beschränkung des Einsichtsrechts führendes Verweigerungsrecht der in Anspruch genommenen Gesellschafter gegen die Klage eines Gesellschafter ist grundsätzlich erst im Vollstreckungsverfahren zu entscheiden. Zudem kann auch das Informationsrecht des einzelnen Gesellschafter zu einem Auskunftsrecht erstarken, wenn die erforderlichen Angaben nicht aus den Büchern und Papieren der Gesellschaft ersichtlich sind und sich der Gesellschafter etwa bei Lückenhaftigkeit oder

²⁵ Urteil vom 14. März 2023 – [II ZR 152/21](#) – juris, Rn. 18.

Widersprüchlichkeit der Unterlagen ohne die Auskunft keine Klarheit über die Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen kann.²⁶

3. Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

a)

Die **Beschlussfassung** über die **Bestellung** des **Geschäftsführers** kann schon **vor** der **Eintragung** der **GmbH** mit **einfacher Mehrheit** erfolgen, da für die Vor-GmbH grundsätzlich die Regeln der GmbH gelten. Die Bestellung wird erst **wirksam**, wenn das **Beschlussergebnis** gegenüber dem **Bestellten bekanntgegeben** ist und der **Berufene** sich zur **Annahme** des Amtes **bereiterklärt**, was auch **konkludent** erfolgen kann. Die konkludente Annahme liegt jedenfalls in der von dem Bestellten (mit-) **unterzeichneten Anmeldung** zum **Handelsregister**.²⁷

Nach **§ 139 BGB** ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil nichtig ist, es sei denn, es ist anzunehmen, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. In der **Bestellung mehrerer Geschäftsführer** durch einen Beschluss der Alleingesellschafterin liegt zwar ein **einheitliches Rechtsgeschäft** und § 139 BGB gilt auch für **schwebend unwirksame Geschäfte**. Gleichwohl folgt daraus nicht ohne Weiteres die schwebende Unwirksamkeit der Bestellung jedes von mehreren zum Geschäftsführer Bestellten, wenn bezüglich eines von ihnen eine schwebende Unwirksamkeit vorliegen sollte. Denn es ist regelmäßig anzunehmen, dass

²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 19.

²⁷ Beschluss vom 17. Januar 2023 – [II ZB 6/22](#) – juris, Rn. 38.

zumindest derjenige zum alleinigen Geschäftsführer bestellt worden wäre, in dessen Person kein Hinderungsgrund vorliegt.²⁸

Werden in einem Beschluss **mehrere Beschlussgegenstände** zusammengefasst, beurteilt sich die **Gesamtnichtigkeit** des Beschlusses bei der Nichtigkeit eines Teils entsprechend **§ 139 BGB**. Danach ist der ganze Beschluss nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Insoweit kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Gesellschafterversammlung an, der grundsätzlich durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln ist.²⁹ Nach dem **mutmaßlichen Willen** ist regelmäßig anzunehmen, dass zumindest eine wirksame Bestellung gewollt gewesen ist, wenn die Satzung der GmbH die Bestellung nur eines Geschäftsführers zulässt. Mit der Bestellung auch nur eines Geschäftsführers werden, unabhängig von der ausstehenden Genehmigung, die Voraussetzungen geschaffen, um die Handlungsfähigkeit der GmbH herzustellen.³⁰

Werden bei der **Beschlussfassung** in einer GmbH nach § 47 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 GmbHG vom **Stimmrecht ausgeschlossene Stimmen mitgezählt**, führt dies bei Feststellung durch den Versammlungsleiter zur **Anfechtbarkeit** des Beschlusses. Die **notarielle Beurkundung** des Beschlusses steht der Feststellung durch den Versammlungsleiter gleich, weil dadurch das Ziel der Feststellung, Unsicherheit über die Fassung eines Beschlusses zu beseitigen, erreicht wird. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, wenn von einer völligen "Stimmlosigkeit" des Beschlusses auszugehen ist.³¹ Die entsprechende Anwendung von § 47 Abs. 4 Satz 2 Alt. 1 GmbHG schließt in dieser Konstellation eine **Anwendung** von **§ 181 BGB** auch nicht aus, weil beide Vorschriften unterschiedliche Interessenkonflikte regeln. Während § 47 Abs. 4 GmbHG den Konflikt innerhalb der körperschaftlichen

²⁸ a.a.O. – juris, Rn. 39.

²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 40.

³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 41.

³¹ a.a.O. – juris, Rn. 52.

Willensbildung betrifft, regelt § 181 BGB den Vertreterkonflikt, mithin aus Sicht der Vor-GmbH einen **externen Konflikt**.³²

Seite 12 von 57

b)

Ein **Gesellschafter** hat **gegen** den (Fremd-) **Geschäftsführer** einer GmbH keinen **Anspruch** auf **Unterlassung** der **Einreichung** einer zu seinen Lasten **unrichtigen Gesellschafterliste**.³³

Sein Anspruch auf eine zutreffende Aufnahme in die Gesellschafterliste beruht auf der **gesellschafterlichen Treuepflicht**, aufgrund derer es der Gesellschaft verwehrt ist, rechtswidrig in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einzugreifen. Zu dieser Mitgliedschaft gehört auch die relativ zur Gesellschaft wirkende formelle Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.³⁴ Zwischen dem Gesellschafter und dem Geschäftsführer der Gesellschaft bestehen aber grundsätzlich keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen. Der Geschäftsführer ist in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsorgan allein der GmbH gegenüber treuepflichtig. Auch die Zuständigkeit der Gesellschafter für die Bestellung und Anstellung des Geschäftsführers (§ 46 Nr. 5 GmbHG) führt zu keiner rechtlichen Bindung an den einzelnen Gesellschafter. Dem entspricht der allgemeine Grundsatz der Haftungskonzentration, nach dem der Geschäftsführer wegen Verletzung seiner organchaftlichen Pflichten gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG nur gegenüber der Gesellschaft haftet und eine **Direkthaftung** wegen Verletzung seiner Organpflichten gegenüber den Gesellschaftern **nicht** besteht.³⁵

Die **Pflicht** des **Geschäftsführers**, bei **entdeckten Fehlern** für die **Berichtigung** der Gesellschafterliste gegenüber dem Handelsregister zu sorgen, folgt aus den **allgemeinen Sorgfaltspflichten** des Geschäftsführers,³⁶

³² a.a.O. – juris, Rn. 53.

³³ Urteil vom 08. November 2022 (i.d.F. des Berichtigungsbeschlusses vom 31. Januar 2023) – [II ZR 91/21](#) – juris, Rn. 19.

³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 20.

³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 21.

³⁶ RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37, 44.

nicht aber aus einer rechtlichen Beziehung des Geschäftsführers zu den Gesellschaftern. Dass die **Einreichungszuständigkeit** in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als höchstpersönliche und damit nicht delegierbare Verpflichtung des Geschäftsführers ausgestaltet ist, gibt keinen Anlass zur Annahme einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen dem Geschäftsführer und dem von der Einreichung betroffenen Gesellschafter. Auch eine höchstpersönliche Verpflichtung kann nichts daran ändern, dass der Geschäftsführer bei ihrer Ausführung nur als **organschaftlicher Vertreter** der Gesellschaft handelt.³⁷

Anderes ergibt sich nicht aus der in **§ 40 Abs. 3 GmbHG** statuierten unmittelbaren **Haftung des Geschäftsführers** gegenüber Gesellschaftern. § 40 Abs. 3 GmbHG enthält zwar eine Durchbrechung des oben genannten Grundsatzes der Haftungskonzentration, nach dem der Geschäftsführer wegen Verletzung seiner organschaftlichen Pflichten gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG nur gegenüber der Gesellschaft haftet. Dieser **sekundärrechtliche Schadensersatzanspruch** der **Gesellschafter** lässt aber nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber damit unausgesprochen auch von einem unmittelbaren primärrechtlichen Erfüllungsanspruch des Gesellschafters gegen den Geschäftsführer auf Einreichung und Führung einer Gesellschafterliste entsprechend § 40 Abs. 1 GmbHG ausgegangen ist.³⁸

Den **Gesetzesmaterialien** ist vielmehr zu entnehmen, dass auch dieser unmittelbaren Schadensersatzhaftung des Geschäftsführers die Annahme eines primärrechtlichen Erfüllungsanspruchs des Gesellschafters (nur) gegen die Gesellschaft zugrunde lag. Die unmittelbare Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftern nach § 40 Abs. 3 GmbHG für Verletzungen der ihm nach § 40 Abs. 1 GmbHG obliegenden Einreichungspflicht wurde mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008³⁹ eingefügt.

³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 22.

³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 23.

³⁹ BGBl. I, S. 2026, 2030 – MoMiG.

Damit wurde die in § 40 Abs. 2 GmbHG a.F. bereits vorgesehene unmittelbare Haftung der Geschäftsführer gegenüber Gläubigern der Gesellschaft auf Gesellschafter erweitert, deren Beteiligung sich geändert hat. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs entsteht im Fall des **Anteils erwerbs** ein **gesetzliches Schuldverhältnis** zwischen dem jeweiligen Gesellschafter und der Gesellschaft, aufgrund dessen der ausscheidende und der neu eintretende Gesellschafter einen Anspruch auf unverzügliche **Aktualisierung** der **Gesellschafterliste** haben. Zur Absicherung dieses Anspruchs gegen die GmbH sollte der aus der **Verletzung** dieser **Aktualisierungspflicht** resultierende **Schadensersatzanspruch** in **§ 40 Abs. 3 GmbHG** ausdrücklich fixiert werden.⁴⁰ Dass dieser Schadensersatzanspruch darüber hinaus auch der Absicherung eines Aktualisierungsanspruchs der Gesellschafter gegen den Geschäftsführer dienen sollte, ergibt sich daraus nicht.⁴¹

Ein **Gesellschafter** hat jedoch **gegen** einen **Mitgesellschafter** einen **Anspruch** auf **Unterlassung** der **Einreichung** einer ihn zu Unrecht nicht mehr als Gesellschafter ausweisenden **Gesellschafterliste** wegen drohender Verletzung der **gesellschafterlichen Treuepflicht**.⁴²

Ein Gesellschafter einer GmbH verletzt seine gesellschafterliche Treuepflicht, wenn er seine Befugnis, als Geschäftsführer der Gesellschaft eine geänderte bzw. berichtigte Liste einzureichen, missbraucht, indem er eine materiell unrichtige Gesellschafterliste einreicht, um damit eigennützige Interessen durchzusetzen.⁴³ In einer GmbH besteht sowohl zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern als auch unter den Mitgesellschaftern eine **wechselseitige Treuepflicht**. Diese verpflichtet im Verhältnis zur Gesellschaft zur **Förderung** und **Verwirklichung** des **gemeinsamen Zwecks** und zum **Unterlassen schädlicher Eingriffe**, im Verhältnis der

⁴⁰ RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

⁴¹ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁴² a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 26.

Gesellschafter untereinander verpflichtet sie zur **Rücksichtnahme** auf die **unterschiedlichen Interessen** der Mitgesellschafter. Der Kern des Treuepflichtgedankens, soweit er im Kapitalgesellschaftsrecht allgemein Geltung beanspruchen kann, besteht darin, dass die Möglichkeit, durch Einflussnahme die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, als Gegengewicht die gesellschaftlicherliche Pflicht verlangt, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen.⁴⁴

Der Inhalt der Treuepflicht ist jeweils nach den Verhältnissen im konkreten Anwendungsfall zu bestimmen, wobei der satzungsgemäße Zweck der Gesellschaft, ihre Struktur, die Rechtsstellung der Gesellschafter und die Funktion des auszuübenden Rechts von Bedeutung sind. Dabei kann in der Verletzung von Organpflichten eines Gesellschaftergeschäftsführers zugleich eine Verletzung **der gesellschaftlicherlichen Treuepflicht** liegen. Bei der Ausübung sog. uneigennütziger bzw. fremdnütziger, d.h. gesellschaftsbezogener Mitgliedschaftsrechte oder Pflichtrechte, insbesondere in Geschäftsführungsangelegenheiten, gilt ein strengerer Maßstab als bei der Ausübung eigennütziger Rechte, bei denen der Gesellschafter seine Interessen nicht ohne Weiteres hinter die der Gesellschaft und der anderen Gesellschafter stellen muss.⁴⁵

Ein **Gesellschafter** einer GmbH, der seine Stellung als **Geschäftsführer** dadurch **missbraucht**, dass er eine **materiell unrichtige Gesellschafterliste** zum Handelsregister einreicht, um damit **eigennützige Interessen** durchzusetzen, verletzt seine gesellschaftlicherliche Treuepflicht gegenüber dem von der Unrichtigkeit nachteilig betroffenen Gesellschafter.⁴⁶ Die **Einreichung** einer **materiell unrichtigen Gesellschafterliste** beeinträchtigt in **gravierender Weise** die berechtigten gesellschaftsbezogenen Interessen des von der Unrichtigkeit betroffenen Gesellschafters. Die unrichtige Gesellschafterliste hat zwar für sich keine Auswirkung auf seine materiell-

⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 28.

⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 29.

rechtliche Gesellschafterstellung, führt aber aufgrund der **negativen Legitimationswirkung** des § 16 Abs. 1 GmbHG dazu, dass er keine Mitgliedschaftsrechte mehr gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen kann. Diese negative Legitimationswirkung kann auch durch einen Widerspruch des betroffenen Gesellschafters nicht überwunden werden. Damit ist seine Stellung als Gesellschafter in ihrem Kern betroffen, da ihm insbesondere die Möglichkeit genommen wird, an der Entscheidungsfindung der Gesellschaft mitzuwirken und auf die Gestaltung und Entwicklung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Die übrigen Gesellschafter können darüber hinaus ohne seine Beteiligung und Mitwirkung die Gesellschaft nach ihrem Belieben umgestalten und weitreichende Geschäftsführungsentscheidungen treffen sowie satzungs- und strukturändernde Beschlüsse fassen und auf diesem Weg seine materiell-rechtliche Gesellschafterstellung beeinträchtigen. Selbst wenn es der Gesellschaft im Einzelfall nach Treu und Glauben verwehrt sein sollte, sich auf die formelle Legitimationswirkung zu berufen, steht auch dann zunächst die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG zu Lasten des betroffenen Gesellschafters im Raum, der die den Treuwidrigkeitseinwand begründenden Umstände darzulegen und ggf. nachzuweisen hat.⁴⁷

Nicht jede **unsorgfältige Geschäftsführungsmaßnahme** eines Gesellschaftergeschäftsführers stellt zugleich eine Verletzung seiner gesellschaftlichen Treupflicht dar. Die Treupflicht dient dem Ausgleich widerstreitender Interessen des einzelnen Gesellschafters und der Gesellschaft bzw. der Mitgesellschafter untereinander. Anders ist die Situation, wenn ein Gesellschaftergeschäftsführer ohne Vorliegen eines Interessenkonflikts ausschließlich im Interesse der Gesellschaft tätig wird und dabei nicht das erforderliche Maß an Sorgfalt walten lässt.⁴⁸ Das gilt auch für die Einreichung einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste durch den Gesellschaftergeschäftsführer. Auch diese kann im Einzelfall allein auf ein unsorgfältiges

⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 30.

⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 33.

Handeln des Gesellschaftergeschäftsführers zurückzuführen sein. Eine **Treuepflichtverletzung** ist aber jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Gesellschaftergeschäftsführer seine Befugnis zur Einreichung einer geänderten bzw. berichtigten Liste missbraucht, indem er eine materiell unrichtige Gesellschafterliste einreicht, um damit eigennützige Interessen durchzusetzen.⁴⁹

Gegen den **Gesellschaftergeschäftsführer** einer **GmbH**, der unter Verletzung seiner gesellschaftlichen Treuepflicht eine materiell unrichtige Gesellschafterliste einreichen will, steht dem von der Unrichtigkeit nachteilig betroffenen Gesellschafter ein **Unterlassungsanspruch** zu, den er mit der vorbeugenden Unterlassungsklage geltend machen kann.⁵⁰ Verpflichtet die gesellschaftliche Treuepflicht zur Unterlassung einer konkreten Handlung, kann dies bei Vorliegen der dafür geltenden Voraussetzungen im Wege der Unterlassungsklage durchgesetzt werden.⁵¹

Die **schuldhafte Verletzung** der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet den Gesellschafter nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 280 Abs. 1, §§ 249 ff. BGB zum **Schadensersatz**. Bei Verletzung der Treuepflicht durch eigennützige Einreichung einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste durch einen Gesellschaftergeschäftsführer beinhaltet die gemäß § 249 Abs. 1 BGB geschuldete Wiederherstellung des ohne die Pflichtverletzung bestehenden Zustands demnach grundsätzlich die **Einreichung einer berichtigten Liste**. Darüber hinaus kann sich aus der Verletzung von Vertragspflichten nach § 280 Abs. 1 BGB aber auch ein **vorbeugender Unterlassungsanspruch** ergeben, wenn, ebenso wie bei einem gesetzlichen Unterlassungsanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog, eine **Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr** besteht. Das gilt dementsprechend auch bei Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht. Zur Abwehr einer drohenden treuepflichtwidrigen Einreichung

49 a.a.O. – juris, Rn. 34.

50 a.a.O. – juris, Rn. 62.

51 a.a.O. – juris, Rn. 63.

einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste steht dem von der Unrichtigkeit nachteilig betroffenen Gesellschafter demgemäß ein eigener Unterlassungsanspruch zu.⁵²

Dass einem von der Einreichung einer zu seinen Lasten materiell unrichtigen Gesellschafterliste betroffenen Gesellschafter gegen den Geschäftsführer wegen Verletzung seiner organschaftlichen Pflichten nach **§ 40 Abs. 3 GmbHG** nur ein Schadensersatzanspruch zusteht, **schließt** einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch wegen drohender Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflichten des Gesellschaftergeschäftsführers **nicht aus**.⁵³

§ 40 Abs. 3 GmbHG betrifft lediglich die Haftung für die Verletzung von organschaftlichen Pflichten des Geschäftsführers. Ansprüche aus einer Sonderrechtsbeziehung, namentlich aus der Rechtsbeziehung zwischen den Gesellschaftern aufgrund des Gesellschaftsvertrags und der daraus resultierenden gesellschaftlichen Treuepflicht, werden davon nicht erfasst. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit § 40 Abs. 3 GmbHG eine abschließende Regelung für die Folgen einer pflichtwidrigen Listeneinreichung durch einen Geschäftsführer über den Bereich der organschaftlichen Rechtsbeziehung hinaus treffen wollte, sind dem Wortlaut der Vorschrift und den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen. Auch Sinn und Zweck des § 40 Abs. 3 GmbHG gebieten eine solche abschließende Wirkung nicht. Dagegen spricht vielmehr der der gesellschaftlichen Treuepflicht und ihrer Durchsetzung ggf. im Wege der **actio pro socio** zugrundeliegende Gedanke, die Minderheitsgesellschafter vor Beeinträchtigungen durch eine unrechtmäßige Einflussnahme der Gesellschaftermehrheit auf die Geschäftsführung zu schützen.⁵⁴

⁵² a.a.O. – juris, Rn. 64.

⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 66.

⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 67.

Mit der **persönlichen Inanspruchnahme** des Geschäftsführers wird das **Prozessrisiko nicht** in sachfremder Weise von der Gesellschaft **wegverlagert**, wenn der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist und mit der Listeneinreichung die ihm persönlich als Gesellschafter obliegende Treuepflicht verletzt. Bei einem Wechsel in der Person des Geschäftsführers steht dem Kläger das Institut der Erledigung des Rechtsstreits zur Verfügung. Damit trägt er bei einer persönlichen Inanspruchnahme des Geschäftsführers zwar das Risiko, dass ihm dadurch in diesem Verhältnis die Früchte des Rechtsstreits genommen werden. Dem kann er aber durch eine (gleichzeitige) Inanspruchnahme der Gesellschaft entgehen.⁵⁵

c)

Die Regelung in **§ 242 Abs. 2 Satz 1 AktG** erfasst auch **satzungsändernde Beschlüsse** und ist auf die **GmbH** entsprechend anzuwenden.⁵⁶ Allerdings sind **sittenwidrige Beschlüsse** der Gesellschafterversammlung einer GmbH **nicht nach § 138 BGB, sondern analog § 241 Nr. 4 AktG** nur dann nichtig, wenn sie durch ihren **Inhalt** gegen die guten Sitten verstoßen. Der Beschluss muss also "für sich allein betrachtet" gegen die guten Sitten verstoßen. Ein sittenwidriger Machtmissbrauch erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Beschlüsse, bei denen nicht der eigentliche Beschlussinhalt, sondern "nur" Beweggrund oder Zweck unsittlich sind, oder bei denen die Sittenwidrigkeit in der Art des Zustandekommens liegt, sind lediglich anfechtbar. Danach ist eine Beschlussmängelklage verfristet, wenn sie gegen einen lediglich anfechtbaren Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht binnen der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG erhoben worden ist, sofern die Satzung keine abweichende Regelung enthält.⁵⁷

Die **Unanfechtbarkeit** eines sittenwidrig erwirkten satzungsändernden Gesellschafterbeschlusses **schließt** ein darauf gestütztes, auf **Wiederherstellung** der ursprünglichen **Satzung** gerichtetes **Schadensersatzverlangen**

⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 68.

⁵⁶ Urteil vom 06. Dezember 2022 – [II ZR 187/21](#) – juris, Rn. 28.

⁵⁷ a.a.O. – juris, Rn. 29.

des geschädigten Gesellschafters aus **§ 826 BGB** aber **nicht aus**, soweit ihm nicht schutzwürdige Rechte Dritter entgegenstehen.⁵⁸

Der betroffene Gesellschafter kann sich selbst gegenüber der Gesellschaft darauf berufen, dass die Ausnutzung eines unanfechtbaren Gesellschafterbeschlusses sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich sei, wenn die Gesellschaft nur aus ihm und dem Mitgesellschafter besteht und schützenswerte Interessen Dritter davon nicht berührt werden. Die Besonderheiten des GmbH-Rechts, insbesondere das aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 243 ff. AktG abgeleitete Erfordernis der Anfechtungsklage zur Geltendmachung nicht zur Nichtigkeit führender Beschlussmängel, rechtfertigen keine andere Beurteilung. Infolge der Versäumung der Anfechtungsfrist wird ein mit derartigen Mängeln behafteter Beschluss zwar rechtswirksam. Die **sittenwidrige Ausnutzung** einer **formalen Rechtsposition** ist im Recht der GmbH aber ebenso wenig zulässig wie auf anderen Rechtsgebieten. Dabei ist aber Voraussetzung, dass der durch den Gesellschafterbeschluss geschädigte Gesellschafter von seinem sittenwidrig handelnden Mitgesellschafter zudem Schadensersatz in Geld oder auf dem Wege der Naturalrestitution verlangen kann.⁵⁹

d)

Ob der zwischen **zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung** abgeschlossene **Unternehmensvertrag** im **Handelsregister** der **Obergesellschaft einzutragen** ist, ist **umstritten**.⁶⁰

Die Eintragung wird teilweise als verpflichtend und als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Unternehmensvertrags angesehen. Ein Teil der Rechtsprechung und des Schrifttums geht demgegenüber zwar nicht von einer Eintragung als Wirksamkeitsvoraussetzung aus, meint aber, es bestehe zumindest die Möglichkeit der Eintragung des Unternehmensvertrags bei

⁵⁸ a.a.O. – juris, Rn. 30.

⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 31.

⁶⁰ Beschluss vom 31. Januar 2023 – [II ZB 10/22](#) –, juris, Rn. 9.

der Obergesellschaft bzw. es bestehe jedenfalls keine Verpflichtung zur Löschung eines eingetragenen Unternehmensvertrags. Mitunter wird jedenfalls ein entsprechendes Informationsbedürfnis aus der Sicht künftiger Gesellschafter der Obergesellschaft hervorgehoben. Schließlich wird die Eintragungsfähigkeit eines Unternehmensvertrags bei der Obergesellschaft auch verneint.⁶¹

Die zuletzt genannte Auffassung ist richtig. Der zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestehende **Gewinnabführungsvertrag kann nicht im Handelsregister der Obergesellschaft eingetragen** werden.⁶²

Im Handelsregister werden grundsätzlich nur Tatsachen und Rechtsverhältnisse eingetragen, deren Eintragung gesetzlich – entweder als eintragungspflichtig oder als eintragungsfähig – vorgesehen ist. Aufgrund der dem Handelsregister zukommenden Publizitätsfunktion, der Öffentlichkeit zu ermöglichen, sich über die Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Gesellschaften zu unterrichten, und Umstände zu verlautbaren, die für den Rechtsverkehr von erheblicher Bedeutung sind, lässt die Rechtsprechung außerdem auch gesetzlich nicht vorgesehene Eintragungen zu, wenn ein erhebliches Bedürfnis an der entsprechenden Information besteht. Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist aber mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten. Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, dass derartige Eintragungen auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung beschränkt werden. Das Handelsregister darf allerdings nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass geben. Die Eintragungsfähigkeit kann auch gewohnheitsrechtlich begründet werden. Gewohnheitsrecht steht als Rechtsquelle

⁶¹ a.a.O. – juris, Rn. 10.

⁶² a.a.O. – juris, Rn. 11.

gleichwertig neben dem Gesetzesrecht, so dass es auch Grundlage einer registerrechtlichen Eintragung sein kann.⁶³

Ein **Gewinnabführungsvertrag** zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist auf Seiten der **Obergesellschaft weder eine eintragungspflichtige noch eine eintragungsfähige Tatsache**.⁶⁴ Die **Wirksamkeit** des Gewinnabführungsvertrags ist **nicht** von der **Eintragung** im Handelsregister der Obergesellschaft **abhängig**.⁶⁵

Der **Gewinnabführungsvertrag** als Unternehmensvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 Alt. 2 AktG hat **nur** für den Fall der **Verpflichtung** einer **Aktiengesellschaft** oder **Kommanditgesellschaft auf Aktien** eine **gesetzliche Regelung** erfahren. Wird ein solcher Vertrag mit einer **Gesellschaft mit beschränkter Haftung** als **Untergesellschaft** abgeschlossen, sind die bei einer **Änderung** des **Gesellschaftsvertrags** geltenden Formvorschriften (§§ 53, 54 GmbHG) entsprechend anzuwenden, weil der durch einen Unternehmensvertrag bewirkte Eingriff in den Gesellschaftszweck, die Zuständigkeitskompetenz der Gesellschafter und ihr Gewinnbezugsrecht satzungsgleich die rechtliche Grundstruktur der sich der Beherrschung unterstellenden GmbH ändert und ihm auch eine einer Satzungsänderung entsprechende Bedeutung zukommt.⁶⁶

Unter Berücksichtigung der Eigenart des Unternehmensvertrags folgt daraus, dass die materielle Wirksamkeit des Vertrags von der Einhaltung der Schriftform für den Unternehmensvertrag, der notariellen Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses entsprechend § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und der Eintragung von Zustimmungsbeschluss und Unternehmensvertrag in das Handelsregister entsprechend § 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GmbHG abhängig ist. Auf der Seite der Obergesellschaft bedarf es zur Wirksamkeit

⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 12.

⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 13.

⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 14.

⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 15.

des Vertrags entsprechend § 293 Abs. 2 Satz 1 AktG der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Die Niederschrift der Beschlussfassung und der Vertrag sind entsprechend § 293g Abs. 2 Satz 2, § 294 Abs. 1 Satz 2 AktG der Anmeldung der Untergesellschaft beizufügen.⁶⁷

Einer **Eintragung** des Gewinnabführungsvertrags im **Handelsregister** der **Obergesellschaft** bedarf es für die Wirksamkeit des Vertrags dagegen **nicht**. Ein Eintragungserfordernis kann insoweit **weder** aus § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG abgeleitet werden, weil der Abschluss des Beherrschungsvertrags auf Seiten der Obergesellschaft nicht einer **Änderung** der **Satzung** entspricht, **noch** aus § 294 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 AktG, weil diese Norm ihrem **Wortlaut** entsprechend nur auf die Untergesellschaft anzuwenden ist. Es wäre auch der **Rechtssicherheit** abträglich, das Zustandekommen des Unternehmensvertrags von Eintragungen in verschiedene Handelsregister abhängig zu machen.⁶⁸

Es besteht auch **kein gewohnheitsrechtlich begründetes Eintragungserfordernis** (§ 293 Satz 2 ZPO) Das Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird. Es fehlt im Hinblick auf die Eintragungspraxis der Registergerichte schon an einer ständigen, gleichmäßigen und allgemeinen Übung. Im handelsrechtlichen Schrifttum ist ebenfalls nicht von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung die Rede.⁶⁹ Ebenso wenig lässt sich eine Eintragungsfähigkeit auf Grund eines **erheblichen Bedürfnisses** herleiten.⁷⁰

Gläubiger und auch künftige Gesellschafter der **Obergesellschaft** haben zwar ein **Interesse** an der **Information** über den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags, weil insbesondere die **Verlustübernahmepflicht**

⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 16.

⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 17.

⁶⁹ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁷⁰ a.a.O. – juris, Rn. 19.

entsprechend § 302 Abs. 1 AktG und die Pflicht zur Sicherheitsleistung entsprechend § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG für sie möglicherweise von erheblicher **wirtschaftlicher Bedeutung** sind, und bei der berechtigten Gesellschaft eine Änderung in der Organisationsstruktur insofern eintritt, als die Geschäftsrisiken der Untergesellschaft nicht ihrer unmittelbaren Leitung unterliegen. Eine Eintragung im Handelsregister der Obergesellschaft mag auch **Vorteile** gegenüber **anderweitigen Informationsmöglichkeiten** haben, die der Rechtsverkehr insbesondere durch Angaben im Jahresabschluss, Anhang, Konzernabschluss und Konzernanhang.⁷¹

Eine **fakultative Eintragung** des Gewinnabführungsvertrags wäre aber **geeignet**, bei Gläubigern oder künftigen Gesellschaftern der Obergesellschaft Missverständnisse über den Bestand eines solchen Vertrags zu verursachen. Ihre Gestattung hätte zur Folge, dass die Einsichtnahme in das Handelsregister nicht zuverlässig über das Bestehen eines wirksamen Gewinnabführungsvertrags informieren würde. Das Gesetz sieht eintragungsfähige, nicht erzwingbar anmeldepflichtige Tatsachen insbesondere in Fällen vor, in denen an die Eintragung bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden (§ 2 Satz 1, § 3 Abs. 2, § 25 Abs. 2, § 28 Abs. 2 HGB). Entsprechend erhält auch die Eintragung des Gewinnabführungsvertrags im Handelsregister der verpflichteten Gesellschaft ihre Verbindlichkeit für den Rechtsverkehr dadurch, dass der Vertrag entsprechend § 54 Abs. 3 GmbHG mit der Eintragung wirksam wird.⁷²

Die Verlautbarung eines unabhängig von der Eintragung bei der Obergesellschaft wirksamen Gewinnabführungsvertrags könnte ihre Informationsfunktion gegenüber Gläubigern und künftigen Gesellschaftern nur dann effektiv erfüllen, wenn diese nicht nur durch die Eintragung auf das Bestehen des Gewinnabführungsvertrags hingewiesen würden, sondern im Fall der **Nichteintragung** auch ihr **Vertrauen** auf das **Nichtbestehen** eines

⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁷² a.a.O. – juris, Rn. 20.

Gewinnabführungsvertrags geschützt wäre. Dies wäre bei einer für die Wirksamkeit des Vertrags nicht erforderlichen fakultativen Eintragung aber gerade **nicht der Fall**. Eine zuverlässige Information wäre nicht gewährleistet, weil Gläubiger oder künftige Gesellschafter bei fehlender Eintragung nicht darauf vertrauen könnten, dass keine Verpflichtungen aus einem Gewinnabführungsvertrag drohen.⁷³

e)

Die Regelung in **§ 39 Abs. 5 InsO** privilegiert den **nicht geschäftsführenden Gesellschafter**, der mit **10 % oder weniger** am **Haftkapital** beteiligt ist. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt zum einen davon ab, wie hoch die Beteiligung des betroffenen Gesellschafters ist. Zum anderen ist entscheidend, ob wegen der **koordinierten Finanzierung** der GmbH als Schuldnerin durch mehrere Gesellschafter deren Beteiligungen am Kapital der Schuldnerin **zusammenzurechnen** sind und ob dann die maßgebliche Schwelle überschritten wird.⁷⁴ Der Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs steht aber nicht entgegen, wenn ein Gesellschafter mit (exakt) 10 % und nicht mit weniger als 10 % am Haftkapital der Schuldnerin beteiligt war und ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann auch eine Beteiligung von 10 % das Kleinbeteiligtenprivileg rechtfertigen. Das beruht nicht auf einem Irrtum des Gesetzgebers. Eine **einschränkende Auslegung** des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Beteiligungen unterhalb von 10 % **scheidet aus**.⁷⁵

Mit **§ 39 Abs. 5 InsO** hat der Gesetzgeber die **Vorgängervorschrift** des **§ 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a.F. rechtsformneutral übernommen**. Schon § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG bezog eine Beteiligung von 10 % am Haftkapital in das Kleinbeteiligtenprivileg ein ("zehn vom Hundert oder weniger"). Das Privileg war eingefügt worden durch das Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten

⁷³ a.a.O. – juris, Rn. 21.

⁷⁴ Urteil vom 26. Januar 2023 – [IX ZR 85/21](#) – juris, Rn. 20.

⁷⁵ a.a.O. – juris, Rn. 21.

und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (KapAEG) vom 20. April 1998.⁷⁶ Schon seinerzeit war die Privilegierung (auch) einer Beteiligung von 10 % mit Hinweis auf gesetzliche Minderheitenrechte Gegenstand umfänglicher Kritik. Diese Kritik, die im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) erneut geäußert worden ist, kann dem Gesetzgeber nicht entgangen sein. Die Materialien, die das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz betreffen, befassen sich zudem ausdrücklich mit der "Ausnahme-Schwelle", die auf "volle 10 %" festzusetzen sei, um ein steuerliches und eigenkapitalersatzrechtliches Schachtelprivileg zu begründen.⁷⁷ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Übernahme der Einbeziehung einer Beteiligung von 10 % am Haftkapital in § 39 Abs. 5 InsO eine **bewusste Entscheidung** des **Gesetzgebers** zugrunde liegt und eine einschränkende Auslegung insoweit ausscheidet.⁷⁸

Die Annahme eines unter das **Kleinbeteiligtenprivileg** gemäß § 39 Abs. 5 InsO fallenden Gesellschafterdarlehens **kann** aber **ausscheiden**, wenn die Beteiligung des kreditgewährenden Gesellschaftes an der Schuldnerin zwar selbst nur 10 % beträgt, aber die von allen **koordiniert** der Schuldnerin im Wege der Fremdfinanzierung **kreditgewährenden Gesellschaftern gebotene Zusammenrechnung** der Beteiligungen zu einem **Überschreiten** der Schwelle von 10 % führt.⁷⁹

Der Gesetzgeber hat in § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG mit einer Beteiligung von 10 % oder weniger am Haftkapital eine starre Grenze eingeführt. Diese starre Grenze hat er in § 39 Abs. 5 InsO beibehalten und insbesondere auf Aktiengesellschaften ausgeweitet.⁸⁰ Trotz der aus Gründen der Rechtssicherheit eingeführten Beteiligungsgrenze⁸¹ hat der Gesetzgeber das

⁷⁶ BGBl. I, S. 707; fortan: Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz.

⁷⁷ BT-Drucks. 13/7141, S. 12; so auch bereits der Referentenentwurf, ZIP 1996, 1362.

⁷⁸ a.a.O. – juris, Rn. 22.

⁷⁹ a.a.O. – juris, Rn. 23.

⁸⁰ vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 57.

⁸¹ vgl. BT-Drucks. 13/7141.

Kleinbeteiligtenprivileg aber von Anfang an nicht als absolute Regelung verstanden. Schon den Materialien zum Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz ist zu entnehmen, dass die Privilegierung von Kleinbeteiligungen im Zusammenhang mit der Gesamtregelung gesehen werden müsse, die general-klauselartig ein Umgehungsverbot enthalte, mittels dessen Ausweichverhalten zu begegnen sei.⁸²

Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen hat vor diesem Hintergrund der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine im Einzelfall koordinierte Kreditvergabe wie ein entsprechendes koordiniertes Stehenlassen in der Krise einer Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs nach § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG entgegenstehen könne. Nach Maßgabe des seinerzeit geltenden Kapitalersatzrechts war allerdings eine koordinierte Fremdfinanzierung für sich genommen nicht ausreichend. Sie musste in der Krise der Gesellschaft erfolgt oder koordiniert stehengelassen worden sein.⁸³

Zur **Rechtslage nach Inkrafttreten** des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat sich der Bundesgerichtshof noch nicht geäußert. Die Frage ist dahingehend zu beantworten, dass eine **koordinierte Fremdfinanzierung** der Anwendung des nunmehr in § 39 Abs. 5 InsO geregelten Kleinbeteiligtenprivilegs nach wie vor entgegenstehen kann, wenn in ihr die **Übernahme** einer über den nominellen Gesellschaftsanteil hinausgehenden **unternehmerischen Verantwortung** liegt. Gegebenenfalls werden die **Gesellschaftsanteile** der an der koordinierten Finanzierung beteiligten Gesellschafter **zusammengerechnet**. Maßgebend bleiben die Umstände des jeweiligen Einzelfalls.⁸⁴

Dass eine koordinierte Fremdfinanzierung der Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs auch nach Maßgabe der neuen Rechtslage entgegenstehen

⁸² a.a.O. – juris, Rn. 24; vgl. BT-Drucks. 13/7141; Referentenentwurf, ZIP 1996, 1362, 1363.

⁸³ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁸⁴ a.a.O. – juris, Rn. 26.

kann, wird auch im **Schrifttum** ganz überwiegend angenommen. Zum Teil wird dabei daran festgehalten, dass die koordinierte Finanzierung in der Krise der Gesellschaft erfolgt sein müsse. Erwogen wird auch, es könnte erforderlich sein, dass die Koordinierung im "Suspektszeitraum" des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorgenommen worden sei. Weder das eine noch das andere ist der Fall. Die koordinierte Fremdfinanzierung kann dem Kleinbeteiligtenprivileg **auch** dann entgegenstehen, wenn sie **außerhalb** der **Krise** oder des **Anfechtungszeitraums** des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgt ist.⁸⁵

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen ist das Merkmal der Krisenfinanzierung aufgegeben worden. Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Forderungen unterliegen jetzt ohne weiteres dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO. Vorinsolvenzlich wird der Nachrang durch den Anfechtungstatbestand des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO gesichert. Was für die Regel – den Nachrang des § 39 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 InsO – gilt, muss auch für die Beurteilung der Ausnahme – das Kleinbeteiligtenprivileg des § 39 Abs. 5 InsO – gelten. Deshalb ist es anders als nach Maßgabe des alten Eigenkapitalersatzrechts unerheblich, ob die koordinierte Fremdfinanzierung vor oder nach Eintritt der Krise der Gesellschaft vorgenommen worden ist. In einer koordinierten Fremdfinanzierung kann die Übernahme einer über den nominellen Gesellschaftsanteil hinausgehenden unternehmerischen Verantwortung zum Ausdruck kommen. Darin liegt der maßgebliche Grund dafür, eine solche Finanzierung vom Kleinbeteiligtenprivileg auszunehmen. Die überschießende unternehmerische Verantwortung kommt unabhängig davon zum Ausdruck, ob sich die Gesellschaft bereits in einer Krise befindet oder nicht. Entsprechendes gilt für die Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Dass diese nicht maßgeblich sein kann, zeigt auch der vorliegende Fall der Anfechtung einer Sicherung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO.⁸⁶

⁸⁵ a.a.O. – juris, Rn. 27.

⁸⁶ a.a.O. – juris, Rn. 28.

Nach diesen Maßstäben scheidet eine Anwendung des Kleinbeteiligtenprivilegs des § 39 Abs. 5 InsO im Blick auf einen Darlehensrückzahlungsanspruch eines Gesellschafters aus, wenn seine Beteiligung am Haftkapital der Schuldnerin mit den Beteiligungen anderer Gesellschafter zusammenzurechnen ist,⁸⁷ weil die Gesellschafter gemeinsam und abgestimmt, notwendige Finanzierungsbeiträge (Darlehen und Bürgschaften) im Verhältnis ihrer Beteiligungen an die Schuldnerin erbringen. Die dem Kleinbeteiligtenprivileg entgegenstehende **Koordination** kann nicht nur in der **gemeinsamen Entscheidung** über die Fremdfinanzierung zum Ausdruck kommen, sondern auch und gerade durch eine eigens getroffene **Konsortialvereinbarung**, wenn sich die Gesellschafter darin wechselseitig zur Stellung und Aufrechterhaltung der notwendigen Finanzierungsbeiträge verpflichten und sich auf diese Weise einen über ihre nominelle Beteiligung am Haftkapital hinausgehenden (schuldrechtlichen) Einfluss auf die Finanzierung der Schuldnerin sichern. Zu berücksichtigen kann darüber hinaus auch sein, dass die die Schuldnerin **kreditierenden Gesellschafter** einen **Innenausgleich** vereinbaren, der sowohl für eine Inanspruchnahme aus einer gewährten Bürgschaft als auch im Falle der bevorzugten Befriedigung des Darlehensrückzahlungsanspruchs eines Gesellschafters gelten soll. Auch darin kann die **Übernahme** einer über die nominelle Beteiligung hinausgehenden **unternehmerischen Verantwortung** zum Ausdruck kommen, die sich nicht nur auf die eigenen Finanzierungsbeiträge bezieht, sondern auch auf die Beiträge der anderen Gesellschafter. Die koordinierte Finanzierung kann schließlich auch dadurch zum Ausdruck kommen, dass sich die Gesellschafter in Gestalt einer **Grundschild** eine **gemeinsame Sicherheit** bestellen lassen.⁸⁸

⁸⁷ a.a.O. – juris, Rn. 29.

⁸⁸ a.a.O. – juris, Rn. 30.

4. Recht der Aktiengesellschaft

Zum Recht der Aktiengesellschaft (im Folgenden: AG) sind die nachfolgenden Entscheidungen ergangen.

a)

Die **Vertretungsmacht** des **Vorstandsmitglieds** einer Aktiengesellschaft ist bei der **Beschlussfassung** über seine **Bestellung** als **Geschäftsführer** der **Tochtergesellschaft** nach **§ 181 Alt. 1 BGB beschränkt**.⁸⁹

Nach § 181 Alt. 1 BGB kann ein Vertreter, soweit ihm nicht ein anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen. Die Beschlussfassung über die Bestellung des Geschäftsführers einer GmbH und die Bestellung sind ein einheitliches Rechtsgeschäft, auf das § 181 BGB anwendbar ist.⁹⁰

Die auf Herbeiführung eines Bestellungsbeschlusses (§ 6 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2, § 46 Nr. 5, § 47 Abs. 1 GmbHG) gerichtete **Stimmabgabe** ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung** des Gesellschafters. **Erklärungsempfänger** der Stimmabgabe ist die **Vorgesellschaft**. Unmittelbar sachlich betroffen ist der zu bestellende Geschäftsführer erst mit der Umsetzung des Beschlusses ihm gegenüber. Dies hindert die Anwendung von § 181 BGB aber nicht, weil sich eine solch ausschließlich formale Betrachtungsweise vom Sinn und Zweck der Norm lösen würde.⁹¹

Um **Außenwirkung** zu entfalten, muss der **Bestellungsbeschluss** dem **Bestellten bekanntgegeben** werden (Bestellungserklärung), der seinerseits die **Annahme des Amtes** erklären muss. Die Bestellungserklärung

⁸⁹ Beschluss vom 17. Januar 2023 – [II ZB 6/22](#) – juris, Rn. 17.

⁹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 18.

⁹¹ a.a.O. – juris, Rn. 19.

vollzieht lediglich die in dem Beschluss zum Ausdruck gekommene inner-körperschaftliche Willensbildung nach außen, ihr Erklärungsgehalt erschöpft sich in der Mitteilung des Beschlussinhalts. Ist der **Bestellte** bei der Beschlussfassung **zugegen**, wird der Beschluss regelmäßig zugleich auch mit **Außenwirkung umgesetzt**. Dabei handelt das Vorstandsmitglied im Namen der Mutter-Aktiengesellschaft als für die Vor-GmbH die Bestellungserklärung abgebende Alleingesellschafterin und zugleich bei Annahme des Amts im eigenen Namen, weswegen § 181 Alt. 1 BGB auf diesen Sachverhalt unmittelbar anwendbar ist.⁹²

Nach Sinn und Zweck von § 181 Alt. 1 BGB ist von einem einheitlichen Rechtsgeschäft auszugehen, so dass das Verbot des Selbstkontrahierens auch für die Stimmabgabe gilt. Das Verbot will verhindern, dass verschiedene und einander widersprechende Interessen durch ein und dieselbe Person vertreten werden, weil dies die Gefahr eines Interessenkonflikts und damit einer Schädigung des Vertretenen mit sich bringt. Eine solche Gefahr besteht bereits bei der auf die eigene Bestellung (bei der Tochter-GmbH) gerichteten Stimmabgabe durch das Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft, weil diese sich sachlich an ihn als zu Bestellenden richtet und ihn materiell begünstigen soll. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Bestellung eines Geschäftsführers um ein mehraktiges Rechtsgeschäft handelt.⁹³

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der **§ 181 BGB auf Beschlüsse über Maßnahmen der Geschäftsführung** oder sonstige **gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten**, bei denen ein Gesellschafter das Stimmrecht für sich und zugleich auch für einen anderen Gesellschafter ausübt, nicht anwendbar ist, ist auf Beschlüsse, mit denen sich ein Vertreter des Alleingeschafters zum Geschäftsführer bestellt, **nicht übertragbar**. Das persönliche Interesse des Vorstandsmitglieds am Beschlussgegen-

⁹² a.a.O. – juris, Rn. 20.

⁹³ a.a.O. – juris, Rn. 21.

stand ist wegen seiner Selbstbetroffenheit nicht identisch mit den mitgliederschaflichen Interessen der Alleingesellschafterin. Der **Stimmrechtsvertreter**, der nicht Gesellschafter ist, nimmt nicht selbst an der verbandsinternen Willensbildung und dem Ringen darum teil, wie das vom Gesellschaftszweck geprägte gleichgerichtete Interesse am besten zu verwirklichen ist. Vielmehr tritt hier die von § 181 BGB abzuwehrende Gefahr eines Interessenwiderstreits hervor, weil bei ihm das eigene Interesse am Abstimmungsergebnis nicht durch ein mindestens gleichstarkes eigenes Interesse am Gedeihen der Gesellschaft aufgewogen wird. Zudem tritt das Vorstandsmitglied als zu bestellendes Organ der Tochter-GmbH der von ihm vertretenen Aktiengesellschaft in der von § 181 BGB gemeinten Art in der Rolle eines Geschäftsgegners gegenüber, bei der er darum bemüht ist, seine eigene Rechtsposition zu stärken.⁹⁴

Das gilt auch, wenn es nur um die **Bestellung** geht und nicht zugleich das **Anstellungsverhältnis** betroffen ist. Schon die Bestellung stärkt die rechtliche Stellung des Vorstandsmitglieds, weil es mit der organschaftlichen Handlungs- und Vertretungsmacht in der Tochtergesellschaft (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) ausgestattet wird. Dass der Vorstand der Alleingesellschafterin dem Geschäftsführer der Tochtergesellschaft **Weisungen** erteilen kann, denen dieser grundsätzlich zu folgen hat, steht der Anwendung von § 181 BGB daher nicht entgegen. Zudem können kollidierende organschaftliche Pflichten des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft einerseits (§ 93 AktG) und des Geschäftsführers gegenüber der abhängigen GmbH (§ 43 GmbHG) andererseits entstehen.⁹⁵

Es besteht auch **kein Anlass, § 181 BGB teleologisch zu reduzieren**. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt § 181 BGB nicht, wenn nach der Natur des Rechtsgeschäfts eine Gefährdung der Interessen des Vertretenen nicht nur im konkreten Einzelfall, sondern abstrakt-generell

⁹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 22.

⁹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 23.

ausgeschlossen ist. Denn dann besteht nach dem Normzweck kein Bedürfnis für ein Vertretungsverbot. Der Bundesgerichtshof hat eine solche Sachverhaltsgestaltung, in der sich eine Schädigung des Vertretenen typischerweise ausschließen lässt, vor dem Inkrafttreten von § 35 Abs. 3 Satz 1 GmbHG angenommen für Rechtsgeschäfte des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH mit sich selbst und für Geschäfte, die dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen. Ein solcher Fall liegt nicht vor, weil die vertretene Alleingesellschafterin keine Rechte aus der Bestellung ihres Vorstandsmitglieds als Geschäftsführer ihrer Tochter-GmbH erlangt.⁹⁶

Im Hinblick auf die aufgezeigten gefährdeten Interessen der Alleingesellschafterin handelt es sich auch **nicht** um ein im Sinne von § 181 BGB „**neutrales**“ **Geschäft**, so dass dahinstehen kann, ob die vorgenannte Rechtsprechung entsprechend auszudehnen wäre.⁹⁷

Für die **Anwendung** von **§ 181 Alt. 1 BGB** ist es **unerheblich**, dass die Alleingesellschafterin **nicht** durch ihre **Vorstandsmitglieder**, **sondern** durch einen von diesen **Bevollmächtigten** vertreten wurde. Nach dem Zweck der Norm spielt es keine Rolle, ob der nach § 181 BGB in seiner Vertretungsmacht beschränkte organschaftliche Vertreter im Rahmen der Beschlussfassung die Stimme selbst abgibt oder dafür einen (Unter-) Vertreter bestellt, weil er auf diesem Umweg nicht seine eigene Vertretungsmacht erweitern kann.⁹⁸

Stimmt ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft bei der **Beschlussfassung** über seine Bestellung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft **entgegen** der **Beschränkung** des **§ 181 Alt. 1 BGB** mit ab, ist die **Stimmabgabe schwebend unwirksam**. Damit ist jedenfalls in der Einpersonen-GmbH zugleich der Bestellungsbeschluss schwebend unwirksam, ohne

⁹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 24.

⁹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 25.

⁹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 26.

dass es einer Anfechtungsklage bedarf, weil ansonsten dem Schutzzweck des § 181 BGB nicht hinreichend Rechnung getragen würde. Die Wirksamkeit der Stimmabgabe hängt dann von der Genehmigung durch die Alleingesellschafterin ab (vgl. § 177 Abs. 1, § 180 Satz 2 BGB).⁹⁹

Zuständig für die **Erteilung** der **Genehmigung** nach § 177 Abs. 1 BGB ist jedes vertretungsberechtigte und nicht durch § 181 BGB in seiner Vertretungsmacht beschränkte **Vorstandsmitglied** der Alleingesellschafterin (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AktG). **Andere Organe** können die Aktiengesellschaft **nur** vertreten, wenn ihnen abweichend von dieser Grundregel die gesetzliche **Vertretung übertragen** wurde. Da schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte durch einen gesetzlichen Vertreter, einen Bevollmächtigten und auch durch den handelnden Vertreter ohne Vertretungsmacht, wenn er nachträglich Vertretungsmacht erlangt, genehmigt werden können, führt § 181 BGB lediglich zum Ausschluss der von der Norm betroffenen Vorstandsmitglieder. Auf die davon zu unterscheidende Frage, wer zur Erteilung der Gestattung vor Ausübung des Vertretergeschäfts berufen ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.¹⁰⁰

Kann ein **Vorstandsmitglied** gemeinsam mit einem **Prokuristen** oder einem nicht durch § 181 BGB ausgeschlossenen Vorstandsmitglied die Aktiengesellschaft vertreten, kann er mit diesem auch die ausstehende Genehmigung erklären. Dem steht nicht entgegen, dass der andere Genehmigende selbst mit demselben Beschluss wirksam zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH bestellt wurde.¹⁰¹ Ist ein an der Bestellung weiterer Vorstandsmitglieder **nicht beteiligtes Vorstandsmitglied** vorhanden, das ohne Mitwirkung der durch § 181 BGB ausgeschlossenen Vorstandsmitglieder zur Vertretung der Aktiengesellschaft berechtigt ist, so besteht kein Grund, dieses nicht für befugt zu halten, die Genehmigung zu erteilen. Das Vorstandsmitglied ist auch nicht gehindert, gemeinsam mit einem

⁹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 33.

¹⁰⁰ a.a.O. – juris, Rn. 34.

¹⁰¹ a.a.O. – juris, Rn. 35.

Prokuristen für die Alleingesellschafterin andere Vorstandsmitglieder zu Geschäftsführern der Tochter-GmbH zu bestellen.¹⁰²

Der II. Zivilsenat hat offengelassen, ob die Genehmigung nur durch den Aufsichtsrat erklärt werden kann, wenn der Vorstand hierzu mangels einer ausreichenden Anzahl nicht in einem Interessenkonflikt stehender Vorstandsmitglieder nicht in der Lage ist, oder gegebenenfalls die Bestellung eines stellvertretenden Vorstandsmitglieds in Betracht kommt (§ 105 Abs. 2 AktG).¹⁰³

Eine **Genehmigungskompetenz** des **Aufsichtsrats** folgt **nicht** aus **§ 112 Satz 1 AktG**. Ob ein Verstoß gegen § 112 Satz 1 AktG zur **Nichtigkeit** des jeweiligen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB oder zur Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB führt mit der Folge, dass die Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB allein von dem Aufsichtsrat erteilt werden könnte, ist in Rechtsprechung und Schrifttum **umstritten**. Der Senat hat die Frage bislang offengelassen.¹⁰⁴ Sie bedarf auch vorliegend **keiner Entscheidung**. Denn **§ 112 Satz 1 AktG** ist auf die Bestellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft **nicht anwendbar**.¹⁰⁵

Der Anwendungsbereich des § 112 AktG ist nicht eröffnet, weil es sich bei der Bestellung eines Geschäftsführers um einen **Organakt** der **Untergesellschaft** und nicht der Obergesellschaft als deren Alleingesellschafterin handelt.¹⁰⁶ § 112 Satz 1 AktG, wonach der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern vertritt, ist nach einer an seinem **Schutzzweck** ausgerichteten Auslegung nicht anwendbar.¹⁰⁷

¹⁰² a.a.O. – juris, Rn. 36.

¹⁰³ a.a.O. – juris, Rn. 42.

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 15. Januar 2019 – [II ZR 392/17](#) –, BGHZ 220, 377 Rn. 35.

¹⁰⁵ a.a.O. – juris, Rn. 43.

¹⁰⁶ a.a.O. – juris, Rn. 46.

¹⁰⁷ a.a.O. – juris, Rn. 47.

Bei der **Bestellung** eines **Vorstandsmitglieds** einer Aktiengesellschaft **zum Geschäftsführer** einer **GmbH** oder, wie hier, Vor-GmbH, deren Alleingesellschafterin die Aktiengesellschaft ist, handelt es sich **nicht** um eine vom Schutzzweck des § 112 Satz 1 AktG erfasste **Vertretung** der **Aktiengesellschaft gegenüber** ihrem **Vorstandsmitglied**. Die **Stimmabgabe** ist eine der Aktiengesellschaft in ihrer Eigenschaft als Alleingesellschafterin zuzurechnende Willenserklärung ihres Stimmrechtsvertreters, die der Vor-GmbH und nicht dem Vorstand gegenüber abgegeben wird. Bei der Bestellungserklärung der Vor-GmbH handelt es sich zwar um eine gegenüber dem Vorstandsmitglied abzugebende Willenserklärung. Sie betrifft aber **kein Rechtsgeschäft** der **Aktiengesellschaft**. Vielmehr handelt es sich um eine unmittelbar für und gegen die Vor-GmbH wirkende (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB) Erklärung der Gesellschafterversammlung als dem Organ, das für die Ausführung von Gesellschafterbeschlüssen zuständig ist (§ 6 Abs. 3 Satz 2, § 46 Nr. 5 GmbHG).¹⁰⁸

Die Erwägungen, die den Senat veranlasst haben, § 112 Satz 1 AktG auf Rechtsgeschäfte der Aktiengesellschaft mit einer Gesellschaft, deren Alleingesellschafter ein Vorstandsmitglied ist, anzuwenden, sind auf den Streitfall nicht übertragbar. Im Rahmen der Geschäftsführerbestellung begegnet die Aktiengesellschaft dem Vorstandsmitglied nicht auf der Ebene der Obergesellschaft, sondern in ihrer Funktion als Alleingesellschafterin der Tochtergesellschaft. Der spezifische **Schutzzweck des § 112 Satz 1 AktG**, der **Interessenkollisionen vorbeugen** und eine unbefangene, von sachfremden Erwägungen unbeeinflusste Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern sicherstellen soll, ist deshalb **nicht** in einem solchen Maß **betroffen**, dass die Anwendung der Norm geboten erscheint. Der hier zu Tage tretende Interessenkonflikt wird bereits durch das **allgemeine Verbot** des **§ 181 Alt. 1 BGB erfasst** und so ein hinreichender Schutz der Interessen der von dem Vorstandsmitglied vertretenen Alleingesellschafterin erreicht. Der Aktiengesellschaft bleibt dabei im Rahmen

¹⁰⁸ a.a.O. – juris, Rn. 48.

ihres Selbstorganisationsrechts die Möglichkeit erhalten, ihrem Vorstand durch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ein selbständiges Handeln zu ermöglichen, insbesondere, wenn sie dies in einer Konzernstruktur für erforderlich hält. Gegen eine Anwendung von § 112 Satz 1 AktG spricht letztlich, dass es sich um eine personalwirtschaftliche Maßnahme unterhalb der Vorstandsebene der Alleingesellschafterin handelt, die zur Leitungskompetenz des Vorstands zählt (§ 76 Abs. 1 AktG).¹⁰⁹ Der Senat lässt die Frage offen, ob § 112 Satz 1 AktG trotz der wirtschaftlichen Identität generell nicht auf Rechtsgeschäfte zwischen einem Vorstandsmitglied und einer Gesellschaft, deren Alleingesellschafterin die Aktiengesellschaft ist, anzuwenden ist.¹¹⁰

b)

Dividendenzahlungen aufgrund eines **wirksamen Gewinnverwendungsbeschlusses** sind **entgeltlich**, wenn und soweit sie die **Gegenleistung** für die **erbrachte Einlage** darstellen.¹¹¹ Sie sind jedoch **unentgeltlich**, wenn bereits zum Zeitpunkt der Dividendenzahlungen **kein wirksamer Rechtsgrund** für die Leistung bestand und KGaA für die Zahlungen **kein Rückforderungsanspruch** zusteht.¹¹²

Voraussetzung für den Dividendenanspruch des Kommanditaktionärs ist ein ordnungsgemäß gefasster Gewinnverwendungsbeschluss (§ 278 Abs. 3, § 174 AktG). An einem Dividendenanspruch fehlt es deshalb, wenn der Gewinnverwendungsbeschluss aufgrund eines eigenen Mangels oder infolge Nichtigkeit des Jahresabschlusses, auf dem die Beschlussfassung über den Bilanzgewinn beruht, nichtig ist.¹¹³

Ein möglicher Bereicherungsanspruch nach den §§ 812 ff. BGB wird durch die speziellere aktienrechtliche Regelung verdrängt. Deshalb ist es ohne

¹⁰⁹ a.a.O. – juris, Rn. 49.

¹¹⁰ a.a.O. – juris, Rn. 50.

¹¹¹ Urteil vom 30. März 2023 – [IX ZR 121/22](#) – juris, Rn. 21.

¹¹² a.a.O. – juris, Rn. 22.

¹¹³ a.a.O. – juris, Rn. 24.

Bedeutung, ob die Dividendenzahlungen in Kenntnis der Nichtschuld im Sinne des § 814 BGB vorgenommen wurden.¹¹⁴

Seite 38 von 57

Ist ein Gewinnverwendungsbeschluss wirksam gewesen, sind entsprechende Dividendenzahlungen als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des entsprechenden Risikokapitals entgeltlich. Eine spätere Ersetzung des Jahresabschlusses kann den Auszahlungsanspruch des Aktionärs nicht ohne weiteres beseitigen. **Insolvenzanfechtungsrechtlich** kommt es ohnehin nur auf den Zeitpunkt des § 140 InsO an. Weder kann eine Anfechtbarkeit durch eine rückwirkende Beseitigung des Gewinnauszahlungsanspruchs begründet werden noch wird die Anfechtbarkeit umkehrt dadurch ausgeschlossen, dass die ursprüngliche Unwirksamkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses durch Zeitablauf nicht mehr geltend gemacht werden kann.¹¹⁵

§ 62 Abs. 1 Satz 2 AktG stellt **keine** die **Anfechtbarkeit** nach den §§ 129 ff. InsO **beschränkende gesetzliche Regelung** dar. Dies gilt auch für die Schenkungsanfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO.¹¹⁶ Die Frage, ob der von § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG bezweckte Schutz des gutgläubigen Empfängers eine Anfechtbarkeit nach den §§ 129 ff. InsO ausschließen kann, ist im Schrifttum umstritten und höchstrichterlich ungeklärt.¹¹⁷ Überwiegend wird die Zahlung von Dividenden für anfechtbar gehalten. Die Wirkungen des von § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG vermittelten Schutzes werden dementsprechend auf den gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch des § 62 Abs. 1 AktG beschränkt.¹¹⁸ Der Bundesgerichtshof hatte bislang nur entschieden, dass aus § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 172 Abs. 5 HGB, § 31 Abs. 2 GmbHG (jedenfalls) kein allgemeiner Rechtsgedanke dahingehend folgt, dass außerhalb des Anwendungsbereichs einer der genannten Vorschriften eine Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO (gegenüber Genussrechts-

¹¹⁴ a.a.O. – juris, Rn. 28.

¹¹⁵ a.a.O. – juris, Rn. 31.

¹¹⁶ a.a.O. – juris, Rn. 32.

¹¹⁷ a.a.O. – juris, Rn. 33.

¹¹⁸ a.a.O. – juris, Rn. 35.

inhabern) ausgeschlossen ist. Damit ist keine Aussage über die Reichweite der Vorschriften in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich verbunden. Insbesondere ist nicht entschieden, dass der gutgläubige Dividendenempfänger nicht Gegner einer Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO sein kann.¹¹⁹

Der **Schutz des § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG** schließt eine **Anfechtung** nach den §§ 129 ff. InsO **nicht aus**. Das gilt auch für eine Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO. Es fehlt an hinreichenden Anhaltspunkten für eine entsprechende Wertentscheidung des Gesetzgebers.¹²⁰ § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG ist Teil eines aktienrechtlichen Regelungssystems von gesellschaftsrechtlichen Rückgewähransprüchen. Indem unberechtigte Zuwendungen in das Vermögen der Gesellschaft zurückgeführt werden, dient der Anspruch dem im Recht der Aktiengesellschaft zentralen Grundsatz der Kapitalerhaltung. Es handelt sich um einen spezifisch aktienrechtlichen Anspruch, der sich im Sinne der Kapitalerhaltung von anderen Ansprüchen abgrenzt, welche die Rückforderung zu Unrecht empfangener Zuwendungen grundsätzlich ermöglichen. Vor dem Hintergrund des bezweckten Schutzes der Kapitalerhaltung ist das Gesamtgefüge der Norm zu sehen. Das gilt nicht nur für § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG, der den Schutz des gutgläubigen Dividendenempfängers über die Kapitalerhaltung stellt. Auch die Verjährungsregelungen in § 62 Abs. 3 AktG sind Gegenstand eines solchen Abwägungsvorgangs. Dies gilt letztlich auch für die von § 62 Abs. 2 AktG getroffenen Regelungen über die Rechtsverfolgung durch die Gesellschaftsgläubiger.¹²¹

Das **Insolvenzanfechtungsrecht** der §§ 129 ff. InsO stellt das insolvenzrechtliche **Regelungssystem** zur **Sicherstellung** einer möglichst weitgehenden **Gläubigerbefriedigung** dar. Das Insolvenzanfechtungsrecht hat die **Aufgabe**, den Bestand des den Gläubigern **haftenden Schuldnervermögens** dadurch **wiederherzustellen**, dass Vermögensverschiebungen

¹¹⁹ a.a.O. – juris, Rn. 36.

¹²⁰ a.a.O. – juris, Rn. 37.

¹²¹ a.a.O. – juris, Rn. 38.

rückgängig gemacht werden, die insbesondere in der Zeit der **Krise** vor der Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen worden sind.¹²² Zur Rückgängigmachung der Wirkungen gläubigerbenachteiligender Rechtshandlungen und dem damit verbundenen **Eingriff** in die **Rechtsposition** des Anfechtungsgegners **bedarf** es eines **rechtfertigenden Grundes**. Ob ein solcher Grund vorliegt, beantworten die §§ 129 ff. InsO. Bei **unentgeltlichen Leistungen** des Schuldners beschränkt § 134 Abs. 1 InsO die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs, während § 143 Abs. 2 InsO auf der Rechtsfolgenseite den guten Glauben des Erwerbers schützt.¹²³

Die **rechtsgrundlose Bezahlung** von **Dividenden** an einen Aktionär unterliegt damit **verschiedenen Rückforderungsansprüchen**. Ab Empfang und unabhängig von einer Insolvenz der Gesellschaft greift § 62 AktG. Daneben treten im Falle der Insolvenzeröffnung die §§ 129 ff. InsO. Es gibt **keinen** hinreichenden **Grund** anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine **Beschränkung** des **Insolvenzanfechtungsrechts durch § 62 Abs. 1 Satz 2 InsO** gewollt haben könnte. Er hat die Rückgewähr gutgläubig empfangener Dividenden vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Kapitalerhaltung für entbehrlich gehalten. Dass er dies auch unter Berücksichtigung der Zwecke des Insolvenzanfechtungsrechts gewollt haben könnte, das insbesondere den Schutz des guten Glaubens eigenständig regelt, kann nicht angenommen werden.¹²⁴

Es gibt auch keine rechtssystematischen Gründe, die mit hinreichender Gewissheit für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers sprechen könnten. Richtig ist, dass der Gutgläubensschutz in § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG weitergeht, als der unter dem Vorbehalt der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger stehende Schutz des § 31 Abs. 2 GmbHG. Das lässt sich jedoch zwanglos auf den gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch beschränken, der nicht nur in der materiellen Insolvenz, sondern auch nach

¹²² BT-Drucks. 12/2443, S. 156.

¹²³ a.a.O. – juris, Rn. 39.

¹²⁴ a.a.O. – juris, Rn. 40.

Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft fortbesteht. Richtig ist schließlich auch, dass das Vertrauen in den Kapitalmarkt schutzwürdig ist. Die Ausgestaltung des Schutzes ist Sache des Gesetzgebers. Dieser verweist Beteiligungen am Risikokapital in der Gesellschaftsinsolvenz in den Nach-Nachrang des § 199 Satz 2 InsO, offenbar ohne dass dadurch aus seiner Sicht das Vertrauen in den Kapitalmarkt nachhaltig gestört wird.¹²⁵

Eine **Anfechtbarkeit** von **Dividendenzahlungen** lässt **§ 62 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht leerlaufen**. Zum einen ist die Haftung aus § 62 Abs. 1 AktG in mehrfacher Hinsicht strenger als der aus § 134 Abs. 1 InsO resultierende Anfechtungsanspruch. Die Haftung aus § 62 Abs. 1 AktG kennt **keinen Entreicherungsseinwand**, während der Anfechtungsanspruch im Grundsatz auf die (fort-) bestehende Bereicherung beschränkt ist (§ 143 Abs. 2 InsO). In zeitlicher Hinsicht begrenzt nur die zehnjährige Verjährungsfrist nach § 62 Abs. 3 AktG die aktienrechtliche Haftung, während der insolvenz-anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch aus § 134 Abs. 1 InsO einer Anfechtungsfrist von vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und einer dreijährigen Verjährungsfrist (§ 146 Abs. 1 InsO, §§ 195, 199 BGB) unterliegt. Zum anderen bestehen unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen. § 62 AktG erfasst jeden Fall eines Dividendenbezugs aufgrund eines nichtigen oder erst in einem Anfechtungsverfahren für nichtig erklärten Gewinnverwendungsbeschlusses.¹²⁶

Insbesondere kann die erfolgreiche **Anfechtung** eines **Gewinnverwendungsbeschlusses** auch auf **andere Gründe** als die **anfängliche Nichtigkeit** gestützt werden. Demgegenüber kommt eine Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO nur in Betracht, wenn bereits zum nach § 140 InsO zu bestimmenden Zeitpunkt der Leistung des Schuldners kein wirksamer Gewinnverwendungsbeschluss bestand. Eine bloße Anfechtbarkeit des

¹²⁵ a.a.O. – juris, Rn. 42.

¹²⁶ a.a.O. – juris, Rn. 43.

Gewinnverwendungsbeschlusses genügt hingegen – trotz einer im Falle erfolgreicher Anfechtung eintretenden Nichtigkeit von Anfang an (§ 241 Nr. 5 AktG) – nicht. Die **praktischen Auswirkungen** dieser Unterschiede führen dazu, dass der bösgläubige Aktionär schlechter steht als der gutgläubige. Dies gilt auch in den Fällen, in denen gegenüber dem gutgläubigen Aktionär eine Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO durchgreift. Vor diesem Hintergrund besteht **kein Anlass**, die der **Verbesserung** der **Gläubigerbefriedigung** dienenden **Anfechtungsvorschriften** im Hinblick auf die aktienrechtlichen Regelungen in ihrem Regelungsbereich **zu beschränken**.¹²⁷

c)

Die **Angemessenheit** der **Abfindung** der **außenstehenden Aktionäre** im Sinne des **§ 305 AktG** kann anhand des **Börsenwerts** der Gesellschaft bestimmt werden. Im Fall der Abfindung in Aktien nach § 305 Abs. 3 Satz 1 AktG kann dazu die Wertrelation zwischen den beteiligten Gesellschaften anhand ihrer Börsenkurse ermittelt werden.¹²⁸

Es ist eine **Rechtsfrage**, ob eine vom Tatrichter gewählte **Bewertungsmethode** oder ein innerhalb der Bewertungsmethode gewähltes Berechnungsverfahren den **gesetzlichen Bewertungszielen** widerspricht, wohingegen die Frage, welche der Bewertungsmethoden im Einzelfall den Wert der Unternehmensbeteiligung zutreffend abbildet, Teil der tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts ist und sich nach der wirtschafts- oder betriebswissenschaftlichen Bewertungstheorie und Praxis beurteilt. Die Wahl, welche von mehreren im konkreten Fall zulässigen Berechnungsweisen am besten geeignet ist, den Unternehmenswert abzubilden, obliegt als Teil der Tatsachenfeststellung dem Tatrichter. Da jede Wertermittlung mit zahlreichen Prognosen, Schätzungen und methodischen Einzelentscheidungen verbunden ist, die jeweils nicht auf Richtigkeit, sondern nur auf Vertretbarkeit gerichtlich überprüfbar sind, kann keine Bewertungs-

¹²⁷ a.a.O. – juris, Rn. 44.

¹²⁸ Beschluss vom 21. Februar 2023 – [II ZB 12/21](#) – juris, Rn. 15.

methode den Wert der Unternehmensbeteiligung exakt berechnen. Vielmehr kann jede Methode nur rechnerische Ergebnisse liefern, die **Grundlage** und **Anhaltspunkt** für die **Schätzung des Gerichts** nach **§ 287 ZPO** bilden.¹²⁹

Der Rückgriff auf den **Börsenkurs** eines Unternehmens **kann eine geeignete Methode** zur Schätzung des Unternehmenswerts und des Werts der Beteiligung des außenstehenden Aktionärs im Rahmen des § 305 AktG sein.¹³⁰

Die Abfindung der außenstehenden Aktionäre muss im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz den vollen Wert der Beteiligung an der Gesellschaft ersetzen. Das setzt voraus, dass der "wahre" Wert der Unternehmensbeteiligung an dem arbeitenden Unternehmen unter Einschluss der stillen Reserven und des inneren Geschäftswerts bestimmt wird, wobei sicherzustellen ist, dass die Aktionäre jedenfalls nicht weniger erhalten, als sie bei einer freien Deinvestitionsentscheidung zum Zeitpunkt der Maßnahme erhalten hätten. Die Bestimmung des Werts erfolgt im Wege einer Schätzung nach § 287 ZPO. Bewertungsobjekt ist die Unternehmensbeteiligung des Aktionärs und nicht das Unternehmen, wobei weder das Verfassungsrecht noch das einfache Recht eine Bewertungsmethode vorgeben. Bewertungsmethoden sind keine Rechtsnormen und ähneln ihnen nicht, so dass das Gericht hieran nicht gebunden ist. Erst recht gilt dies für von der Wirtschaftswissenschaft oder der Wirtschaftsprüferpraxis entwickelte Berechnungsweisen, selbst wenn sie als "Bewertungsstandards", wie die Empfehlungen des Fachausschusses für Unternehmensbewertung und Betriebswirtschaft des IDW (FAUB) oder der IDW Standard, schriftlich festgehalten sind. Eine marktorientierte Bewertung einer Unternehmensbeteiligung auf Grundlage des Börsenkurses des Unternehmens steht, genauso wie die Schätzung auf Grundlage der Ertragswertmethode, des

¹²⁹ a.a.O. – juris, Rn. 17.

¹³⁰ a.a.O. – juris, Rn. 18.

Discounted-Cash-flow-Verfahrens und ausnahmsweise des Liquidationswerts, als Methode mit Art. 14 GG in Einklang. Eine Methode scheidet nur aus, wenn sie aufgrund der Umstände des konkreten Falls nicht geeignet ist, den "wahren" Wert abzubilden.¹³¹

Die marktorientierte Methode der Heranziehung des **Börsenwerts** einer Gesellschaft ist grundsätzlich als **Grundlage** für die **Schätzung** des Werts einer Beteiligung an dieser Gesellschaft **geeignet**. Auch bei der Ermittlung des Unternehmenswerts anhand des Börsenwerts wird der Wert eines Anteils nicht unabhängig vom Wert des Unternehmens bestimmt. Denn die Berücksichtigung des Börsenwerts beruht auf der Annahme, dass die Marktteilnehmer auf der Grundlage der ihnen zur Verfügung gestellten Informationen und Informationsmöglichkeiten die Ertragskraft des Unternehmens, um dessen Aktien es geht, zutreffend bewerten und sich die Marktbewertung im Börsenkurs der Aktien niederschlägt. Voraussetzung der Bestimmung des Werts einer Unternehmensbeteiligung nach dem Börsenwert ist dabei nicht, dass der Kapitalmarkt in Bezug auf die Anteile streng allokatons- und informationseffizient ist, also ein Zustand perfekten Wettbewerbs herrscht und alle prinzipiell zugänglichen öffentlichen und nichtöffentlichen Informationen korrekt in den Kursen verarbeitet sind. Nur wenn im konkreten Fall von der Möglichkeit einer effektiven Informationsbewertung durch die Marktteilnehmer nicht ausgegangen werden kann, so dass der Börsenkurs keine verlässliche Aussage über den Verkehrswert der Unternehmensbeteiligung erlaubt, kann der Anteilswert nicht unter Rückgriff auf den Börsenkurs ermittelt werden.¹³²

Die Bestimmung der festen Ausgleichszahlung anhand des Börsenwerts der Gesellschaft kann eine geeignete Methode zur Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG sein.¹³³ § 304 Abs. 2

¹³¹ a.a.O. – juris, Rn. 19.

¹³² a.a.O. – juris, Rn. 20.

¹³³ a.a.O. – juris, Rn. 38.

Satz 1 AktG gibt vor, dass der feste Ausgleich der außenstehenden Aktionäre nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen, jedoch ohne Bildung anderer Gewinnrücklagen zu berechnen ist. Es ist umstritten, welche methodischen Vorgaben für die Berechnung des Ausgleichs daraus resultieren und ob der feste Ausgleich der außenstehenden Aktionäre auf Grundlage des anhand des Börsenwerts geschätzten Unternehmenswerts bestimmt werden kann.¹³⁴

Der **Börsenwert** einer Gesellschaft **kann geeignet sein**, sowohl deren bisherige Ertragslage als auch deren künftige Ertragsaussichten im Einzelfall hinreichend abzubilden und kann daher Grundlage für den gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG zu bestimmenden angemessenen festen Ausgleich sein.¹³⁵ Der **Wortlaut** des **§ 304 Abs. 2 Satz 1 AktG** steht dem Rückgriff auf den Börsenwert einer Gesellschaft zur Bestimmung des angemessenen festen Ausgleichs der außenstehenden Aktionäre nicht entgegen.¹³⁶ **Sinn und Zweck** des § 304 AktG tragen den methodischen Rückgriff auf den Börsenwert einer Gesellschaft zur Bestimmung des angemessenen festen Ausgleichs der außenstehenden Aktionäre.¹³⁷ Auch die **Systematik** des § 304 AktG steht dem methodischen Rückgriff auf den Börsenwert durch den Tatrichter nicht entgegen.¹³⁸

Für die **Ermittlung** des **anzuwendenden Zinssatzes** existiert keine bestimmte Regel, die zu einem einzigen richtigen Ergebnis führt. Die Regel, nach der der Zinssatz ermittelt wird, muss den Bewertungszielen entsprechen, in der Wirtschaftswissenschaft anerkannt und praktisch gebräuchlich sein. Dabei muss der anzuwendende Verrentungszins zur Ableitung des angemessenen festen Ausgleichs nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG im Wesentlichen **zwei Risiken** der in der beherrschten Gesellschaft

¹³⁴ a.a.O. – juris, Rn. 40.

¹³⁵ a.a.O. – juris, Rn. 44.

¹³⁶ a.a.O. – juris, Rn. 45.

¹³⁷ a.a.O. – juris, Rn. 46.

¹³⁸ a.a.O. – juris, Rn. 47.

verbleibenden außenstehenden Aktionäre abbilden, zum einen das **Insolvenzrisiko** der herrschenden Gesellschaft und zum anderen das Risiko der Auszehrung der beherrschten Gesellschaft durch nachteilige Maßnahmen des herrschenden Unternehmens bis zur Kündigung des Beherrschungsvertrags. Die **Wahl** der im Einzelfall geeigneten Methode zur Bestimmung eines angemessenen Verrentungszinses zur Ableitung des angemessenen festen Ausgleichs ist, wie die Frage nach der geeigneten Bewertungsmethode zur Bestimmung des Werts einer Unternehmensbeteiligung, eine dem **Tatrichter** obliegende **Tatsachenfeststellung**.¹³⁹

Neben dem insbesondere bei einer **Unternehmensbewertung** nach dem **Ertragswertverfahren** wirtschaftswissenschaftlich anerkannten Verfahren der Bestimmung des **Verrentungszinses** auf der Grundlage des **risikolosen Basiszinses** und eines **Risikozuschlags** ist es betriebswirtschaftlich unter anderem möglich, den Verrentungszins aus den Fremdkapitalkosten der herrschenden Gesellschaft und einer beherrschungsvertragsspezifischen Risikoprämie abzuleiten. Eine solche tatrichterliche Methodenwahl zur Bestimmung des anzuwendenden Verrentungszinses für die konkrete Bewertungssituation kann zulässig sein.¹⁴⁰

d)

Die **Hauptversammlung** kann die Entscheidung über den Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre nach § 203 Abs. 2 Satz 1, Satz 2, § 186 Abs. 4 AktG im Rahmen eines genehmigten Kapitals uneingeschränkt in das pflichtgemäße Ermessen des **Vorstands** stellen. Die **Ermächtigung** zum **Bezugsrechtsausschluss**, wie sie hier durch Satzungsänderung erteilt wurde, bedarf keiner abschließenden Aufführung der mit einer Ausschließung des Bezugsrechts verfolgten Zwecke. Die **Benennung** der **Zwecke** der Ermächtigung zur Ausnutzung eines genehmigten Kapitals unter Ausschluss des Bezugsrechts muss **nicht** im **Ermächtigungsbeschluss**,

¹³⁹ a.a.O. – juris, Rn. 57.

¹⁴⁰ a.a.O. – juris, Rn. 58.

sondern kann auch in einem nach § 203 Abs. 2 Satz 2, § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG der Hauptversammlung zugänglich zu machenden Vorstandsbericht durch eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung von Ausschlussfällen erfolgen.¹⁴¹

Genehmigtes Kapital dient dazu, der Aktiengesellschaft bzw. ihren Verwaltungsorganen die **Bewegungsfreiheit** zu geben, die erforderlich ist, um auf dem Kapital- und Beteiligungsmarkt sich bietende Gelegenheiten rasch, flexibel und erfolgreich ausnutzen zu können. Zur Wahrnehmung solcher Gelegenheiten kann es im Einzelfall erforderlich und gerechtfertigt sein, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, wozu der Vorstand nach § 203 Abs. 2 Satz 1 AktG ermächtigt werden kann.¹⁴² Der regelmäßig auf künftige, noch unbestimmte Kapitalbeschaffungsmaßnahmen abzielende Ermächtigungsbeschluss bedarf seinerseits keiner sachlichen Rechtfertigung, die nur in Bezug auf eine konkrete Maßnahme sinnvoll beurteilt werden könnte. Vielmehr hat die Hauptversammlung lediglich zu prüfen und darüber zu entscheiden, ob die ihr in allgemeiner Form von der Verwaltung vorgeschlagene Maßnahme bei abstrakter Beurteilung im Interesse der Gesellschaft liegt.¹⁴³

Es steht der Hauptversammlung grundsätzlich frei, die Grenzen der von ihr erteilten Ermächtigung zu bestimmen. Sie kann die Entscheidung über den Ausschluss des Bezugsrechts dabei auch uneingeschränkt in das pflichtgemäße Ermessen des Vorstands stellen. In diesem Fall kann die Maßnahme naturgemäß nicht konkret umschrieben und mit konkreten Erfordernissen begründet werden, aber gleichwohl von der Hauptversammlung auf ihre allgemeine Vereinbarkeit mit dem wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse geprüft werden.¹⁴⁴ Der Vorstand kann z.B. zur Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten im Sinne von § 221 AktG zwecks Erwerbs von

¹⁴¹ Urteil vom 23. Mai 2023 – [II ZR 141/21](#) – juris, Rn. 12.

¹⁴² a.a.O. – juris, Rn. 13.

¹⁴³ a.a.O. – juris, Rn. 14.

¹⁴⁴ a.a.O. – juris, Rn. 15.

Beteiligungen o.ä. sowie zur Gewinnung neuer Investoren für die Gesellschaft ermächtigt werden, wenn dies mit dem Interesse der Gesellschaft an der flexiblen Ergreifung sich bietender Finanzierungsmöglichkeiten begründet wird. Ebenso hat der Bundesgerichtshof es ausreichen lassen, die Ermächtigung zum Ausschluss des Bezugsrechts damit zu begründen, dass die Gesellschaft hierdurch die Flexibilität zu kurzfristiger Wahrnehmung günstiger Kapitalmarktsituationen erhalte und durch diese Maßnahme auch ein Kursänderungsrisiko für den Zeitraum einer Bezugsfrist vermieden werden könne.¹⁴⁵

Es trifft nicht zu, dass mit einer uneingeschränkten, im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstands stehenden Ermächtigung dieser nicht ausreichend gebunden wird und einen zu großen Spielraum erhält, um den Ausschluss des Bezugsrechts zu rechtfertigen. Für die Zulässigkeit einer uneingeschränkten, im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstands stehenden Ermächtigung zum Ausschluss des Bezugsrechts sprechen **Wortlaut** und **Entstehungsgeschichte** des **§ 203 Abs. 2 AktG**.¹⁴⁶ Die **Aktionäre** sind durch den ihnen zustehenden gerichtlichen Rechtsschutz vor einem rechtswidrigen Ausschluss ihres Bezugsrechts auch **hinreichend geschützt**.¹⁴⁷

Satzungsbestimmungen, denen – wie bei der Ermächtigung zum Ausschluss des Bezugsrechts, **körperschaftsrechtlicher Charakter** zukommt – sind grundsätzlich nach **objektiven Gesichtspunkten** einheitlich aus sich heraus auszulegen. Dabei kommen **Wortlaut, Sinn und Zweck** der Regelung ebenso maßgebende Bedeutung zu wie dem **systematischen Bezug** der Klausel zu anderen Satzungs Vorschriften. Die **Auslegung** des **Berufungsgerichts** unterliegt der **freien Nachprüfung** durch das **Revisionsgericht**. **Nichts anderes** gilt für den **satzungsändernden Beschluss**.¹⁴⁸ Bei der Auslegung können auch aus den **Registerakten**

¹⁴⁵ a.a.O. – juris, Rn. 16.

¹⁴⁶ a.a.O. – juris, Rn. 18.

¹⁴⁷ a.a.O. – juris, Rn. 22.

¹⁴⁸ a.a.O. – juris, Rn. 28.

ersichtliche Umstände Berücksichtigung finden. Deshalb hat der Senat **Vorstandsberichte**, die den Aktionären bei Einberufung der Hauptversammlung in vollem Umfang oder ihrem wesentlichen Inhalt nach bekanntgemacht werden, bei der Auslegung von Hauptversammlungsbeschlüssen herangezogen, weil sie gemäß § 130 Abs. 3 AktG der Niederschrift als Anlage beigefügt oder inhaltlich in die Niederschrift aufgenommen und nach der Versammlung gemäß § 130 Abs. 5 AktG in Form einer öffentlich beglaubigten Abschrift mit der Niederschrift zum Handelsregister eingereicht werden. Aber auch wenn der Bericht der Hauptversammlung gemäß § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG zugänglich gemacht wird und nicht bereits in der Einladungsbekanntmachung enthalten ist, muss er der notariell aufgenommenen Niederschrift als Anlage beigefügt und gem. § 130 Abs. 5 AktG zum Handelsregister eingereicht werden.¹⁴⁹ Danach kann der **Bericht des Vorstands zur Auslegung** des Beschlusses über die Ermächtigung zum Ausschluss des Bezugsrechts **herangezogen** werden.¹⁵⁰

Die **allgemeine Umschreibung** der **Zwecke** der **Ermächtigung** zum **Bezugsrechtsausschluss** kann auch durch eine nicht abschließende, beispielhafte Benennung von Ausschlussfällen erfolgen. Die Aktionäre bringen damit zum Ausdruck, in welchen Fällen der Ausschluss des Bezugsrechts auf der Grundlage einer abstrakten Beurteilung im Gesellschaftsinteresse liegt. Für die Ausübung der Ermächtigung in einem nicht benannten Fall, die nach dem Vorstandsbericht ausdrücklich eröffnet werden sollte, folgt daraus, dass der Vorstand ein die jeweilige Maßnahme legitimierendes Gesellschaftsinteresse unabhängig von den beispielhaft aufgeführten Ausschlussfällen, für die ein entsprechender Wille der Hauptversammlung bereits zum Ausdruck gebracht wurde, feststellen muss.¹⁵¹

Die **Verteilung der Darlegungs- und Beweislast** im Rahmen einer gegen einen Verwaltungsbeschluss angestregten Aktionärsklage kommt dem

¹⁴⁹ a.a.O. – juris, Rn. 29.

¹⁵⁰ a.a.O. – juris, Rn. 30.

¹⁵¹ a.a.O. – juris, Rn. 31.

Aktionärsschutz dabei entgegen. Bei der Beurteilung der Frage, ob sich der Vorstand beim Ausschluss des Bezugsrechts innerhalb des ihn bindenden Rahmens seiner Ermächtigung gehalten hat, handelt es sich in erster Linie um eine Rechtsfrage. Wird die Ermächtigung im Vorstandsbericht lediglich beispielhaft konkretisiert, läuft die Verwaltung zudem Gefahr, die Grenzen der Ermächtigung bei Inanspruchnahme eines Analogfalls zu überschreiten. Soweit tatsächliche Voraussetzungen der Ermächtigung im Streit stehen, haben die Aktionäre bei einer gegen Verwaltungsbeschlüsse im Rahmen der Ausübung eines genehmigten Kapitals gerichteten Klage den Eingriff in ihr Bezugsrecht darzulegen und zu beweisen, während die Gesellschaft darzulegen und zu beweisen hat, dass die Entscheidung über den Ausschluss des Bezugsrechts sachlich gerechtfertigt ist und sich innerhalb der Grenzen der ihr erteilten Ermächtigung hält. Bestehende Unklarheiten der durch die Hauptversammlung erteilten Ermächtigung dürfen angesichts der grundsätzlichen Kompetenz der Hauptversammlung für den Bezugsrechtsausschluss (§ 186 Abs. 3 AktG) nicht zum Nachteil der die Ermächtigung erteilenden Aktionäre gehen. Vielmehr hat der Vorstand bei Zweifeln über das Vorliegen der Voraussetzungen von der Ausübung abzu- sehen und die Ermächtigung geht ins Leere.¹⁵²

Weitergehende Anforderungen an die **materielle Rechtfertigung** des Ermächtigungsbeschlusses sind weder aufgrund der Aktionärsstruktur der Beklagten noch des Umfangs der Ermächtigung zu stellen.¹⁵³ Die **Anforderungen** an den Ermächtigungsbeschluss und den Vorstandsbericht unterscheiden sich nicht danach, wer die Aktien der Gesellschaft hält. Eine solche Verschärfung der Anforderungen bei Vorhandensein eines Großaktionärs findet im Gesetz keine Stütze; sie ist auch **nicht sachgerecht**. Gegen diese Sichtweise spricht bereits, dass dem Ermächtigungsbeschluss mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals zustimmen muss (§ 202 Abs. 2 Satz 2

¹⁵² a.a.O. – juris, Rn. 32

¹⁵³ a.a.O. – juris, Rn. 33.

AktG). Diese breite Mehrheit wird unabhängig davon, wie sie sich zusammensetzt, mit dem genehmigten Kapital andere Ziele verfolgen können als die die Maßnahme ablehnende Minderheit. Die **Minderheitsgesellschafter** sind in dem Fall, dass die erforderliche Mehrheit breit gestreut ist, in gleicher Weise **schutzwürdig** wie bei Vorhandensein eines Großaktionärs. Umgekehrt rechtfertigt der Umstand, dass sich das für einen Ermächtigungsbeschluss nötige Kapital in einer Hand befindet, nicht, der Gesellschaft die flexible Ausnutzung günstiger, kurzfristiger Finanzierungsmöglichkeiten durch Aufstellung nicht praktikabler Anforderungen zu verwehren. Der Gefahr, dass der Vorstand bei der Ausübung der Ermächtigung das Gesellschaftsinteresse gegenüber desjenigen eines die Verwaltung beherrschenden Großaktionärs zurückstellt, ist deshalb auch hier nicht bereits auf der Ebene des Ermächtigungsbeschlusses zu begegnen. Vielmehr ist eine derartige Vorstandsentscheidung vor dem Hintergrund der sachlichen Rechtfertigung der Maßnahme sowie der Gleichbehandlung der Aktionäre (§ 53a AktG) besonders streng zu prüfen.¹⁵⁴

Bei einer Aktiengesellschaft mit einem Mehrheitsaktionär bedarf der Ermächtigungsbeschluss auch keiner zusätzlichen sachlichen Rechtfertigung, wenn der Vorstand zum Bezugsrechtsausschluss bei Barkapitalerhöhungen jenseits der Grenze des § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG ermächtigt wird. Denn die Anforderungen an Ermächtigungsbeschluss und Vorstandsbericht hängen nicht vom Umfang der Ermächtigung ab. Solche zusätzlichen Anforderungen lassen sich insbesondere nicht aus dem Rechtsgedanken des § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG herleiten, weil dort nur der Spezialfall einer sachlichen Rechtfertigung normiert ist, derer es bei einem auf unbestimmte Kapitalbeschaffungsmaßnahmen abzielenden Ermächtigungsbeschluss gerade nicht bedarf.¹⁵⁵

¹⁵⁴ a.a.O. – juris, Rn. 34.

¹⁵⁵ a.a.O. – juris, Rn. 35.

Die **Ermächtigung** zum **Bezugsrechtsausschluss** kann als **selbständiger Streitgegenstand isoliert angefochten** werden, wenn nach dem Beschlussinhalt kein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlussgegenständen besteht oder ein solcher nicht hergestellt werden kann.¹⁵⁶

5. Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

a)

Der **Streitwert** des **Klageantrags**, einen **Einziehungs- oder Ausschlussbeschluss** für **nichtig** zu erklären, richtet sich regelmäßig nach dem **Verkehrswert** des **Geschäftsanteils** des betroffenen Gesellschafters einer GmbH. Anknüpfungspunkt für den Wert kann die **Abfindung** sein, weil die Abfindung grundsätzlich auf den Verkehrswert des Geschäftsanteils, mithin den Betrag gerichtet ist, den ein Dritter als Erwerber zahlen würde.¹⁵⁷

b)

Die **Bemessung** der **Beschwer** bei **aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen** richtet sich nach den Grundsätzen des § 247 Abs. 1 AktG. Danach kommt es auf die **Bedeutung** der **Sache** für die Parteien an. Die Beschwer ist danach unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Bedeutung der Sache für die Parteien, nach billigem Ermessen zu bestimmen.¹⁵⁸ Die übereinstimmende **Festsetzung** des **Streitwerts** in den **Vorinstanzen** entsprechend der Schätzung der Kläger ist für die Bemessung der Beschwer **nicht bindend**.¹⁵⁹ Soweit sich die Kläger auf

¹⁵⁶ a.a.O. – juris, Rn. 37.

¹⁵⁷ Beschluss vom 08. November 2022 – [II ZR 74/21](#) – juris, Rn. 4.

¹⁵⁸ Beschluss vom 31. Januar 2023 – [II ZR 11/22](#) – juris, Rn. 3.

¹⁵⁹ a.a.O. – juris, Rn. 4.

Belastungen berufen, die mit den Satzungsänderungen verbunden sind, ist ihr Interesse durch den Wert ihrer Anteile begrenzt. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte ist der **Nennwert der Gesellschaftsanteile** zugrunde zu legen.¹⁶⁰

c)

Ist die **Unterbrechungswirkung** nach **§ 240 ZPO** zwischen den Parteien **streitig**, ist hierüber durch **Zwischenurteil** gemäß **§ 303 ZPO** zu entscheiden. Da im **Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren** nicht durch Urteil, sondern durch **Beschluss** zu entscheiden ist (§ 544 Abs. 6 Satz 1 ZPO), ist die Zwischenentscheidung in entsprechender Anwendung von § 303 ZPO durch Beschluss zu treffen.¹⁶¹ Die Prüfung, ob ein Rechtsstreit unterbrochen ist, ist **von Amts wegen** vorzunehmen. Deswegen und zur Wahrung der Verfahrensrechte aus Art. 103 Abs. 1 GG sind dieserhalb auch Erklärungen eines nicht beim Bundesgerichtshof zugelassenen Prozessbevollmächtigten (§ 78 Abs. 1 Satz 3 ZPO) zu berücksichtigen.¹⁶²

Die **Bestellung** eines **vorläufigen Insolvenzverwalters**, auf den nach Anordnung eines **allgemeinen Verfügungsverbots** gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen einer GmbH übergegangen ist, führt zur **Unterbrechung** des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, soweit dieses Verfahren die **potentielle Insolvenzmasse betrifft**.¹⁶³

Die Insolvenzmasse ist nach § 35 Abs. 1 InsO das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt. Für den Eintritt der Unterbrechungswirkung genügt ein mittelbarer Bezug zur Insolvenzmasse. Ein mittelbarer Bezug zur Insolvenzmasse liegt schon dann vor, wenn die obsiegende

¹⁶⁰ a.a.O. – juris, Rn. 10.

¹⁶¹ Beschluss vom 31. Januar 2023 – [II ZR 169/22](#) – juris, Rn. 8.

¹⁶² a.a.O. – juris, Rn. 9.

¹⁶³ a.a.O. – juris, Rn. 10.

Partei auf der Basis der Entscheidung vermögensrechtliche Ansprüche geltend machen kann. Eine nur wirtschaftliche Beziehung zur Insolvenzmasse reicht demgegenüber nicht aus. Eine **Beschlussmängelklage** wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft nur dann gemäß § 240 ZPO **unterbrochen**, wenn der angefochtene Beschluss die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) betrifft. Das ist der Fall, wenn durch den angefochtenen Beschluss **Ansprüche der Masse begründet** werden oder **Verbindlichkeiten wegfallen**. Denn dann zielt die Beschlussmängelklage darauf ab, die Insolvenzmasse zu verringern. Bei **Feststellungsklagen** ist die Insolvenzmasse betroffen, falls der dahinterstehende **Leistungsanspruch** zur **Masse** gehört.¹⁶⁴

Nach diesen Maßstäben ist die potentielle Insolvenzmasse sowohl dann betroffen, wenn die Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses über die Abberufung als Geschäftsführer der Schuldnerin verlangt und hilfsweise die Feststellung angestrebt wird, dass ein solcher Beschluss nicht gefasst wurde, als auch dann, wenn die Schadensersatzpflicht eines Gesellschafters gegenüber der Schuldnerin festgestellt werden soll.¹⁶⁵

Die mit der **Beschlussanfechtung** zu klärende Frage, ob ein **Geschäftsführer** wirksam **abberufen** worden ist, betrifft die Insolvenzmasse für sich genommen zwar nicht. Die **Insolvenzmasse** kann aber **mittelbar betroffen** sein, wenn die Beseitigung des Beschlusses **Vergütungsansprüche** zur Folge hätte, die der Geschäftsführer gegen die Insolvenzmasse richten könnte. Selbst wenn nicht explizit Vergütungsansprüche vereinbart worden sind, kann dies im Blick auf **gesetzliche Vergütungs- und Aufwendungsersatzansprüche** nach §§ 612, 670 BGB der Fall sein, die dem Geschäftsführer im Fall einer fortbestehenden Geschäftsführerstellung zustehen könnten.¹⁶⁶

¹⁶⁴ a.a.O. – juris, Rn. 11.

¹⁶⁵ a.a.O. – juris, Rn. 13.

¹⁶⁶ a.a.O. – juris, Rn. 14.

Eine Betroffenheit der Insolvenzmasse kann ferner darauf beruhen, dass nach erfolgreicher Anfechtung **haftungsrechtliche Konsequenzen** in Frage kommen. Mit der Nichtigerklärung des Beschlusses über die Abberufung des Geschäftsführers wäre eine **wesentliche Vorfrage** solcher Haftungsansprüche **bindend festgestellt**, so dass es dem Sinn und Zweck des § 240 ZPO entspricht, es dem Insolvenzverwalter zu ermöglichen, sich mit dem Gegenstand des Rechtsstreits vertraut zu machen und zu entscheiden, ob es nötig und zweckmäßig ist, das Verfahren zu betreiben. Nach der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters unter Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots liegt die Entscheidung über die **Rechtsverfolgung gegen den Geschäftsführer** nicht mehr in den Händen der Gesellschafter (§ 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG), sondern in den Händen des **vorläufigen Insolvenzverwalters**. Ein Anspruch, der die Insolvenzmasse (§ 35 InsO) betrifft, steht unter diesem Gesichtspunkt daher nicht im Raum.¹⁶⁷

Betrifft nur ein **Teil von mehreren Ansprüchen die Insolvenzmasse**, wird grundsätzlich der **gesamte Rechtsstreit unterbrochen**. In Bezug auf den insolvenzfremden Verfahrensgegenstand können sowohl der Insolvenzschuldner als auch der Gegner den Rechtsstreit jederzeit aufnehmen.¹⁶⁸ Wird über das Vermögen eines **einfachen Streitgenossen** das Insolvenzverfahren eröffnet, tritt die Unterbrechung nur in Bezug auf diesen ein, so dass gegen den anderen Streitgenossen trotz der Gefahr widersprechender Entscheidungen grundsätzlich ein Teilurteil (§ 301 ZPO) ergehen kann. Entsprechend ist eine gesonderte Entscheidung im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren möglich. Nur die Fortsetzung des Verfahrens wird dem Anspruch der Prozessbeteiligten auf einen effektiven Rechtsschutz gerecht.¹⁶⁹

¹⁶⁷ a.a.O. – juris, Rn. 15.

¹⁶⁸ a.a.O. – juris, Rn. 19.

¹⁶⁹ a.a.O. – juris, Rn. 21.

d)

Enthält der Gesellschaftsvertrag einer Partnerschaftsgesellschaft von Steuerberatern eine sog. **Schlichtungs- oder Güteklausel**, durch welche die Anrufung der staatlichen Gerichte so lange ausgeschlossen wird, bis die vertraglich bestimmte Schlichtungsstelle den Versuch unternommen hat, zwischen den Parteien eine einvernehmliche Regelung herbeizuführen, wird die Durchführung der Schlichtung zur **Prozessvoraussetzung** erhoben, die bereits bei der Erhebung der Klage vorliegen muss, so dass damit regelmäßig die **sofortige Klagbarkeit ausgeschlossen** ist. Die Nichteinhaltung der Schlichtungsvereinbarung ist nur auf die **Einrede** des Beklagten hin zu beachten.¹⁷⁰

Enthält der Gesellschaftsvertrag einer Partnerschaftsgesellschaft in Abweichung von dem **Mustervertrag der DATEV** eine Regelung, wonach im Falle von Streitigkeiten aus diesem Vertrag jeder Vertragspartner innerhalb von vier Wochen die **Steuerberaterkammer** oder den Steuerberaterverband zur **Vermittlung** anrufen muss, schließt es der Wortlaut nach allgemeinem Sprachverständnis aus, dass auch noch **nach dem Ablauf** dieser **Frist** ein Schlichtungsverfahren eingeleitet werden kann. Die Regelung verwehrt es einem Vertragspartner damit nicht, **durch Untätigkeit** während der Frist von vier Wochen die **Schlichtung erfolgreich zu umgehen**. Denn die Parteien haben gerade keine Vereinbarung für den Fall getroffen, dass im Falle einer Streitigkeit keine der Vertragsparteien die Schlichtungsstelle binnen der Frist von vier Wochen anruft.¹⁷¹

Bei der Frist von vier Wochen handelt es sich **nicht** um eine **materielle Ausschlussfrist**, die dazu führt, dass eine Klage nach deren Verstreichen nicht mehr vor dem ordentlichen Gericht möglich wäre. Hiergegen spricht neben dem das Verständnis der Parteien prägenden Regelungsgehalt des

¹⁷⁰ Urteil vom 14. März 2023 – [II ZR 152/21](#) – juris, Rn. 21 f.

¹⁷¹ a.a.O. – juris, Rn. 21 f.

§ 7 Abs. 3 BOSTB bereits der nicht eindeutig geregelte Beginn der Frist von vier Wochen im Falle von Streitigkeiten aus dem Partnerschaftsvertrag, so dass eine rechtssichere Feststellung, wann die diese Frist in Gang setzende Streitigkeit entstanden ist, nicht in jedem Fall möglich ist. Des Weiteren stellt das **Vermittlungsverfahren** vor der Steuerberaterkammer nach § 76 Abs. 2 Nr. 2 StBerG ein **Mediationsverfahren** dar, also den Versuch einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung durch Einschaltung der Steuerberaterkammer als neutralem Dritten mit dem Ziel einer einvernehmlichen Regelung. Bei einem solchen Vermittlungsverfahren der Steuerberaterkammer wird **kein Schiedsspruch** gemäß **§§ 1025 ff. ZPO** gefällt. Die Einigung zwischen den Berufsangehörigen auf Vermittlung der Steuerberaterkammer ist ausschließlich ein **privatrechtlicher Vertrag**, mit dem die Streitigkeit beigelegt werden soll. Durch die Regelung wird somit nur ein **Einigungsversuch**, nicht aber eine abschließende, die Vertragspartner bindende Entscheidung über die Streitigkeit gewährleistet.¹⁷² Behauptete Ansprüche können daher unmittelbar vor dem zuständigen ordentlichen Gerichtlich geltend gemacht werden.¹⁷³

Karlsruhe, den 02. August 2023

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹⁷² a.a.O. – juris, Rn. 29.

¹⁷³ a.a.O. – juris, Rn. 30.