

Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung **des BGH im 2. Halbjahr 2019**

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

In der nachstehenden Übersicht sind die im 2. Halbjahr 2019 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 (im Folgenden auch: GbR) führt der V. Zivilsenat im Beschluss vom 16. Mai 2019 aus, dass in denjenigen Fällen, in welchen einer von zwei **Gesellschaftern** aus einer GbR **ausscheidet** und sein **Gesellschaftsanteil** dem einzigen verbleibenden Gesellschafter **anwächst**, dieser hierdurch zum Rechtsnachfolger der – **erlöschenden** – **Gesellschaft** und damit **Eigentümer** eines der **Gesellschaft** gehörenden **Grundstücks** wird, **ohne** dass es einer **Auflassung** bedarf.³

¹ Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des BGH können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des BGH verlinkt.

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

³ Beschluss vom 16. Mai 2019 – [V ZB 101/18](#) – juris, Rn. 14.

2. Recht der Partnerschaftsgesellschaft

Zum Recht der Partnerschaftsgesellschaft (im Folgenden auch: PartG) hat der IX. Zivilsenat im Urteil vom 12. September 2019 angeführt, dass nach **§ 8 Abs. 1 Satz 1 PartGG** die Partner neben dem Vermögen der Partnerschaft als **Gesamtschuldner** für Verbindlichkeiten der Partnerschaftsgesellschaft haften. Dies gilt auch dann, wenn der in Anspruch genommene Partner selbst keinen beruflichen Fehler zu verantworten hat, beispielsweise, weil er erst nach der schadensursächlichen Pflichtverletzung in die Partnerschaft eingetreten ist.⁴

Waren nur **einzelne Partner** mit der **Bearbeitung** eines Auftrags befasst, so haften nur sie für berufliche Fehler neben der Partnerschaft; ausgenommen sind Bearbeitungsbeiträge von untergeordneter Bedeutung (§ 8 Abs. 2 PartGG). Die Vorschrift des **§ 8 Abs. 2 PartGG begründet nicht die Haftung** des einzelnen Partners, sondern **schränkt sie ein**. Sie setzt die Bearbeitung des Auftrags durch einen oder mehrere Partner voraus und besagt, dass bei Vorliegen dieser Voraussetzung diejenigen Partner, die nicht oder nicht wesentlich mit dem Mandat befasst waren, nicht haften. **Sinn** der in § 8 Abs. 2 PartGG angeordneten **Haftungsbeschränkung** ist es, den betroffenen Angehörigen der freien Berufe **Planungssicherheit** zu vermitteln und ihre jeweiligen **Haftungsrisiken kalkulierbar** zu machen (BT-Drucks. 13/9820, S. 21). Das Haftungsrisiko der Partner, die mit der Sache nicht befasst waren, soll eingeschränkt werden.⁵ Voraussetzung einer Haftungsbeschränkung gemäß § 8 Abs. 2 PartGG ist danach, dass der in Anspruch genommene Partner nicht mit der Bearbeitung des Auftrags befasst war oder nur einen Bearbeitungsbeitrag von untergeordneter Bedeutung geleistet hat.⁶

⁴ Urteil vom 12. September 2019 – [IX ZR 190/12](#) – juris, Rn. 6.

⁵ a.a.O., juris, Rn. 8.

⁶ a.a.O., juris, Rn. 9.

Ein **Ende** der **Haftung** eines Partners mit Abgabe des Mandats innerhalb der Partnerschaftsgesellschaft und eine gesonderte Prüfung ordnet § 8 Abs. 1 und Abs. 2 PartGG nicht an. Für eine entsprechende **teleologische Reduktion** der Vorschrift besteht **keinen Anlass**. Die Haftung ist auch nicht gemäß § 8 Abs. 2 PartGG auf Berufsfehler beschränkt, die sich zugetragen haben, während der in Anspruch genommene Partner der Partnerschaft angehört hatte. Nichts anderes gilt für Fehler, die nach Abgabe des Mandats innerhalb der Partnerschaft geschehen sind. Wer den Fehler intern begangen hat, können schon die Partner oft nicht leicht erkennen. Umso mehr gilt dies für den geschädigten Mandanten. Da der Gesetzgeber eine einfache und unbürokratische gesetzliche Regelung der Handelndenhaftung schaffen wollte (vgl. BT-Drucks. 13/9820, S. 21), darf der Mandant denjenigen Partner in Anspruch nehmen, der sich für ihn erkennbar mit seiner Sache befasst hat.⁷

3. Recht der Personenhandelsgesellschaft

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Der **Prospekt** über ein **Beteiligungsangebot**, der für einen Beitrittsinteressenten im Allgemeinen die einzige Unterrichtungsmöglichkeit darstellt, muss den Anleger über **alle Umstände**, die für seine Entschließung von wesentlicher Bedeutung sind oder sein können, **sachlich richtig** und **vollständig unterrichten**. Dazu gehört eine **Darstellung** der **wesentlichen kapitalmäßigen** und **personellen Verflechtungen** zwischen einerseits der Fondsgesellschaft, ihren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, und andererseits dem Unternehmen sowie deren Geschäftsführern und beherrschenden Gesellschaftern, in deren

⁷ a.a.O., juris, Rn. 10.

Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Prospekt durchzuführenden Vorhaben ganz oder wesentlich gelegt hat. Ferner ist über die diesem Personenkreis gewährten **Sonderzuwendungen** oder **Sondervorteile** aufzuklären. Dem Anleger müssen hinreichende Informationen geboten werden, um selbst beurteilen zu können, ob faktisch eine Beeinflussung der Entscheidungen droht.⁸

Damit sind die abstrakten Anforderungen für eine ordnungsgemäße Aufklärung eines Anlageinteressenten über wesentliche kapitalmäßige und personelle Verflechtungen geklärt. Über die so definierte Aufklärungspflicht hinaus ist die Frage, wann eine zu offenbarende, weil wesentliche kapitalmäßige Verflechtung vorliegt, nicht grundsätzlich klärungsfähig. So wird auch in Gesetzen eine wesentliche Beteiligung an einem Unternehmen ab dem Überschreiten von unterschiedlichen Schwellenwerten angenommen (vgl. § 74 Abs. 2 AO, § 43 WPHG, Art. 43 VO (EU) 575/2013). **Allgemeingültige, starre Beteiligungsgrenzen** lassen sich unterhalb der Schwelle der Beherrschung losgelöst von der konkreten Fallgestaltung und den Umständen des Einzelfalls **nicht aufstellen**. Es kommt allein darauf an, ob die kapitalmäßige Verflechtung so wesentlich ist, dass sie deshalb einen **aufklärungsbedürftigen Interessenkonflikt** begründen kann. Angesichts der Vielzahl der denkbaren Fallgestaltungen unterliegt die Beurteilung, ob eine kapitalmäßige Verflechtung wesentlich ist, einer in erster Linie dem **Tatrichter** vorbehaltenen **Gesamtschau** unter umfassender Würdigung aller für die Beurteilung des Einzelfalles maßgeblichen Umstände. Dabei kommt es u.a. darauf an, welche **Gesellschaftsform** das Unternehmen hat, in dessen Hand die Beteiligungsgesellschaft die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben gelegt hat. Denn bei einer kapitalmarktfähigen Rechtsform bzw. **Kapitalgesellschaft** vermittelt bereits eine **geringere Beteiligungsquote** der verflochtenen Gesellschaft bzw. des Gesellschafters einen größeren

⁸ Beschlüsse vom 04. Juni 2019 – [II ZR 256/18](#) – juris, Rn. 16; – [II ZR 264/18](#) – juris, Rn. 12; – [II ZR 409/18](#) – juris, Rn. 10; – [II ZR 410/18](#) – juris, Rn. 10; – [II ZR 416/18](#) – juris, Rn. 10 und – [II ZR 424/18](#) – juris, Rn. 10 sowie Beschlüsse vom 01. Oktober 2019 – [II ZR 256/18](#); – [II ZR 410/18](#) – und vom 11. November 2019 – [II ZR 416/18](#) –.

Einfluss als bei einer **Personengesellschaft**, wie § 179 Abs. 2 AktG, § 53 Abs. 2 GmbHG zeigen. Weiterhin kommt der **Funktion** und **Rolle** der Gesellschaft bzw. des Gesellschafters in dem Unternehmen, in dessen Hand die nach dem Emissionsprospekt durchzuführenden Vorhaben gelegt worden sind, ebenso erhebliche Bedeutung zu wie auch der Frage, ob dabei gleichläufige oder gegenläufige Interessen verfolgt werden.⁹

b)

Das **allgemeine (abstrakte) Risiko**, dass die Verwirklichung des Anlagekonzepts bei **Pflichtwidrigkeiten** der Personen, in deren Händen die Geschicke der Anlagegesellschaft liegen, gefährdet ist, kann als dem Anleger bekannt vorausgesetzt werden und bedarf grundsätzlich **keiner besonderen Aufklärung** aus strukturellen Gründen. **Pflichtverletzungen** sind regelmäßig **kein spezifisches Risiko** der **Kapitalanlage**. Anders kann es liegen, wenn bestimmte Pflichtverletzungen aus strukturellen Gründen sehr naheliegend sind. Dafür müssen aber Anhaltspunkte vorliegen. Allein die Beteiligung der gleichzeitig als Geschäftsführer der Gründungskomplementärin fungierenden Person an der Objektgesellschaft begründet keine Aufklärungspflicht.¹⁰

c)

Eine in der Rechtsform einer **GmbH & Co. KG** geführte Schuldnerin wird gemäß **§ 39 Abs. 4 InsO** von der Regelung der **§ 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO** erfasst, wenn sie **keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter** hat (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 56 f.). Die Beklagten sind Gesellschafter der Schuldnerin. Zum einen sind sie als Kommanditisten **unmittelbare Gesellschafter** der Schuldnerin. Ferner halten die Beklagten sämtliche Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH der Schuldnerin. Insofern werden sie auch als

⁹ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁰ Beschlüsse vom 11. November 2019 – [II ZR 409/18](#) – juris, Rn. 2 und – [II ZR 424/18](#) – juris, Rn. 2.

mittelbare Gesellschafter der Schuldnerin in den Anwendungsbereich der § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO einbezogen.¹¹

Die Schuldnerin hat innerhalb der einjährigen Anfechtungsfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO den Beklagten den Darlehensbetrag erstattet. Durch den Zahlungsabfluss hat sich eine Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) verwirklicht. Folglich ist der Anfechtungstatbestand des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO grundsätzlich erfüllt.¹² Eine zunächst eingetretene Gläubigerbenachteiligung kann nachträglich dadurch wieder behoben werden, dass der Anfechtungsgegner den anfechtbar erhaltenen Gegenstand oder dessen vollen Wert in das Vermögen des Schuldners zurückführt.¹³

Die **Beseitigung** einer **Gläubigerbenachteiligung** setzt voraus, dass die entsprechende **Rückgewähr** des Anfechtungsgegners **eindeutig** zu dem Zweck erfolgt, dem **Schuldner** den **entzogenen Vermögenswert wiederzugeben** und damit die **Verkürzung der Haftungsmasse ungeschehen** zu machen. Von der Zweckbestimmung her muss es sich um eine **vorweggenommene Befriedigung** des individuellen **Rückgewähranspruchs** handeln. Eine solche Rückführung kann etwa anzunehmen sein, wenn ein **abgetretenes Recht** an den Schuldner **rückabgetreten** oder eine **erhaltene Zahlung** an ihn **zurückgewährt** wird. Dem Anfechtungsgegner muss die **Anfechtbarkeit** der an ihn bewirkten Zahlung **nicht bewusst gewesen** sein. Vielmehr **genügt** es, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner Vermögenswerte zukommen lässt, welche bestimmungsgemäß die angefochtene Leistung vollständig ausgleichen und dem Gläubigerzugriff offenstehen, ohne dass hierdurch andere Ansprüche des Schuldners berührt werden.¹⁴

Aus dieser Erwägung entfällt im Falle der **Erstattung** eines **Gesellschafterdarlehens** durch die Gesellschaft an den Gesellschafter die damit ver-

¹¹ Urteil vom 21. November 2019 – [IX ZR 223/18](#) – juris, Rn. 12.

¹² a.a.O., juris, Rn.13.

¹³ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 16.

bundene objektive Gläubigerbenachteiligung, wenn der Gesellschafter die empfangenen Zahlungen noch **vor Verfahrenseröffnung** an die Gesellschaft zurückzahlt. Zwar erfolgt in dieser Gestaltung die Rückzahlung noch vor Eröffnung des Verfahrens, während ein etwaiger Rückgewähranspruch erst mit der Verfahrenseröffnung entsteht. Deswegen konnte der Gesellschafter keinen gegen ihn gerichteten Rückgewähranspruch aus § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO erfüllen. Bei der gebotenen **wirtschaftlichen Betrachtung** ist jedoch die mit der Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögenslage einhergehende **Verhinderung der Entstehung** eines **Anspruchs anfechtungsrechtlich** dessen **Erfüllung gleichzustellen**. In der vorweggenommenen Erfüllung des Anfechtungsanspruchs ist nicht die Gewährung eines neuen Darlehens zu erkennen. Vielmehr wird durch die Rückgewähr der Zahlung der ursprüngliche Darlehensvertrag wiederhergestellt.¹⁵

4.

Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

a)

Für die **Organstellung** und der daraus folgenden **Vertretungsmacht** ist es **ohne Bedeutung**, ob der **Geschäftsführer** (noch) im **Handelsregister** als solcher **eingetragen** ist. Die Eintragung ist zur Erlangung und Aufrechterhaltung der Organstellung nicht erforderlich.¹⁶

b)

Ist die **Wirksamkeit** der **Abberufung** zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer **streitig**, kommt jedenfalls in der **nicht mitbestimmten GmbH**, in welcher der Widerruf der Bestellung keinem anderen Organ als der Gesell-

¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁶ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 406/17](#) – juris, Rn. 49.

schafterversammlung übertragen ist, **§ 84 Abs. 3 Satz 4 AktG nicht zur Anwendung**. Danach ist der aus wichtigem Grund erklärte Bestellungs Widerruf eines Vorstands wirksam, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist. Die Vorschrift bezieht sich ausschließlich darauf, dass ein wichtiger Grund für den Widerruf fehlt. Die Bestellung endet dagegen nicht, wenn der Aufsichtsratsbeschluss fehlt oder aus anderen Gründen als dem Fehlen eines wichtigen Grundes unwirksam ist.¹⁷

c)

Die **allgemeine Feststellungsklage** (§ 256 Abs. 1 ZPO) ist **statthaft**, auch soweit sie sich gegen den **Abberufungsbeschluss** richtet. Der **Fremdgeschäftsführer** einer GmbH kann mit der allgemeinen Feststellungsklage gegen die Gesellschaft geltend machen, der **Beschluss**, mit dem er von der Gesellschafterversammlung abberufen wurde, sei **nichtig**. Dies gilt in gleicher Weise für den durch den fakultativen Aufsichtsrat abberufenen Fremdgeschäftsführer.¹⁸

d)

Die **Vereinbarung der Vergütung** mit dem **Geschäftsführer** einer GmbH fällt in die **Zuständigkeit** der **Gesellschafterversammlung**. Das zum Abschluss, zur Änderung und Beendigung des Dienstvertrags eines Geschäftsführers allein befugte Organ einer GmbH ist bei Fehlen **abweichender Satzungsbestimmungen** die Gesellschafterversammlung. Dies gilt auch bei Vereinbarungen über **einzelne Bestandteile** eines Geschäftsführeranstellungsverhältnisses, vor allem der Vergütung der Geschäftsführer. Der Grund für diese **Annexkompetenz** der Gesellschafterversammlung liegt darin, dass Vereinbarungen, die das Anstellungsverhältnis der Geschäftsführer betreffen, geeignet sind, in erheblicher Weise die Entscheidungen der Gesellschafter über dessen Organstellung zu beeinflussen und durch diese Kompetenzzuweisung auch der **Gefahr**

¹⁷ Urteil vom 14. Mai 2019 – [II ZR 299/17](#) – i.d.F. des Berichtigungsbeschlusses vom 24. Juni 2019 – juris, Rn. 38.

¹⁸ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 406/17](#) – juris, Rn. 58.

kollegialer Rücksichtnahme durch den (aktuellen) Geschäftsführer begegnet werden soll.¹⁹

Der Kompetenz der Gesellschafterversammlung zur Regelung der Geschäftsführervergütung unterfällt auch eine **Absprache** der GmbH mit einem **Dritten**, nach welcher der Dritte die Kosten, die bei ihm deshalb ohne Gegenleistung anfallen, weil seine von ihm bezahlten Mitarbeiter ihrer Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH nachgehen, der GmbH weiterberechnen darf.²⁰ Der **Gleichlauf von Bestellungen- und Anstellungskompetenz** erfordert es, die in Frage stehende Vertragsgestaltung der mittelbaren Vergütung von Geschäftsführern einer GmbH durch Leistung von Aufwendungsersatz an den Dritten für die Zurverfügungstellung seiner von ihm entlohnten Mitarbeiter als Geschäftsführer der Annexkompetenz der Gesellschafterversammlung einer GmbH zu unterstellen. Dies ist auch gerechtfertigt. Vereinbarungen mit einem Dritten, welche die Vergütung eines Geschäftsführers einer GmbH betreffen, sind in gleicher Weise wie Vereinbarungen mit dem Geschäftsführer selbst generell geeignet, in erheblicher Weise die Entscheidungen der Gesellschafter über dessen Organstellung zu beeinflussen und bergen die Gefahr kollegialer Rücksichtnahme. Da es zur Rechtfertigung der Annexkompetenz allein auf diese **generelle Eignung** ankommt, ist es nicht relevant, ob das Bestellungsorgan konkret in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt war bzw. Anhaltspunkte für eine Begünstigung durch den Geschäftsführer vorliegen.²¹

Schließt ein **Geschäftsführer** eine – auch mittelbare – Vereinbarung über die Vergütung eines (weiteren) Geschäftsführers einer GmbH, ist diese **Vereinbarung unwirksam**, weil für deren Abschluss die Gesellschafterversammlung zuständig bzw. ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist. Da der Abschluss derartiger Rechtsgeschäfte unter die Annexkompetenz

¹⁹ Urteil vom 14. Mai 2019 – [II ZR 299/17](#) – i.d.F. des Berichtigungsbeschlusses vom 24. Juni 2019 – juris, Rn. 18.

²⁰ a.a.O., juris, Rn. 20.

²¹ a.a.O., juris, Rn. 24.

der Gesellschafterversammlung gemäß **§ 46 Nr. 5 GmbHG** fällt, wird er von der gesetzlichen Vertretungsmacht eines anderen Geschäftsführers gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG nicht erfasst.²²

e)

Eine **satzungsmäßige Übertragung** der grundsätzlich der **Gesellschafterversammlung** zustehenden **Kompetenz zum Abschluss von Dienstverträgen** mit **Geschäftsführern** auf den **Aufsichtsrat** ist **rechtlich unbedenklich**.²³

Der **Aufsichtsrat** der GmbH kann von seinem **Vorsitzenden** – wie der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft – in seinem Aufgabenkreis **nicht** bei der **Willensbildung vertreten** werden. Der Aufsichtsratsvorsitzende kann aufgrund einer **besonderen Bevollmächtigung** einen **Aufsichtsratsbeschluss vollziehen** und dabei den Aufsichtsrat vertreten, aber nicht vor einem Beschluss des Aufsichtsrats, dem nach der Satzung die Bestellung und Abberufung sowie Anstellung und Kündigung von Geschäftsführern obliegt, Verträge mit dem Geschäftsführer abschließen. Die **Vertretung gegenüber dem Geschäftsführer** ist dem **Aufsichtsrat als Gremium** zugewiesen, das seinen Willen dadurch bildet, dass es einen Beschluss fasst. Diese Willensbildung fehlt, wenn stattdessen ein Mitglied allein tätig wird.²⁴

Hat der **Geschäftsführer** seine **Tätigkeit** auf der **Grundlage** eines **unwirksamen Anstellungsvertrages aufgenommen** und geschah dies **mit Wissen** des für den Vertragsabschluss **zuständigen Gesellschaftsorgans** oder auch nur eines **Organmitglieds**, ist diese Vereinbarung unter **sinngemäßer Heranziehung der Grundsätze** zum **fehlerhaften Arbeitsverhältnis** für die Dauer der Geschäftsführertätigkeit so zu behandeln, als wäre sie mit allen gegenseitigen Rechten und Pflichten wirksam. Die Kenntnis des Vorsitzenden des Aufsichtsrats von der

²² a.a.O., juris, Rn. 26.

²³ Urteil vom 20. August 2019 – [II ZR 121/16](#) – juris, Rn. 21.

²⁴ a.a.O., juris, Rn. 22.

Einstellung des Geschäftsführers reicht aus, um rechtserhebliches Wissen der GmbH zu begründen.²⁵ Das **Anstellungsverhältnis** kann dann aber für die **Zukunft grundsätzlich jederzeit** auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes **aufgelöst** werden.²⁶

Eine für das Anstellungsverhältnis vom Gesetz getroffene **zwingende Regelung**, welche die Ausgestaltung des Organverhältnisses nicht beeinträchtigt, kann **nicht** dadurch **beseitigt** werden, dass das **Anstellungsverhältnis** durch Parteivereinbarung an das **Organverhältnis gekoppelt** wird. Dies hat zur Folge, dass ein Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers aufgrund einer darin vereinbarten Koppelungsklauseln nicht schon mit der Abberufung des Geschäftsführers endet, sondern erst mit Ablauf der Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB.²⁷

Es ist in erster Linie eine **tatrichterliche Frage**, ob ein bestimmtes Verhalten als **wichtiger Grund** i.S.v. **§ 626 BGB** für eine außerordentliche Kündigung zu werten ist. Aufgabe des **Revisionsgerichts** ist es, die vom Berufungsgericht vorgenommene Wertung darauf zu überprüfen, ob der **Rechtsbegriff** des wichtigen Grundes richtig erkannt und die **Grenzen** des dem Tatrichter eingeräumten **Ermessens** bei der Würdigung des von ihm festgestellten Sachverhalts eingehalten worden sind; ein Ermessensfehler liegt insbesondere dann vor, wenn wesentliche Tatsachen außer Acht gelassen oder nicht vollständig gewürdigt worden sind.²⁸

In der **Weigerung** eines **Geschäftsführers, Gesellschafterweisungen nachzukommen**, liegt zugleich eine **Verletzung dienstvertraglicher Pflichten**, welche die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrags rechtfertigen kann.²⁹

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 26.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 27.

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 34.

²⁸ a.a.O., juris, Rn. 36.

²⁹ a.a.O., juris, Rn. 37.

f)

Eine dem Geschäftsführer erteilte **Versorgungszusage** ist nur dann dem durchgreifenden **Rechtsmissbrauchseinwand** (§ 242 BGB) ausgesetzt, wenn der Pensionsberechtigte seine **Pflichten** in so **grober Weise verletzt** hat, dass sich die in der Vergangenheit bewiesene **Betriebstreue** nachträglich als **wertlos** oder zumindest **erheblich entwertet** herausstellt. Dies beruht auf der Erwägung, dass das Versorgungsversprechen **Teil** des von dem Dienstberechtigten **geschuldeten Entgelts** ist. Ebenso, wie durch eine fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses die Vergütungspflicht des Dienstherrn nicht rückwirkend beseitigt werden kann, kann sich der die Versorgung Zusagende durch eine entsprechende Erklärung nicht von der Verpflichtung befreien, im Versorgungsfall diesen Teil der geschuldeten und versprochenen Vergütung zu leisten. Insofern bewendet es vielmehr dabei, dass das Dienstverhältnis fristlos beendet und gegebenenfalls Schadensersatz gefordert werden kann. Erst dann, wenn das pflichtwidrige Verhalten des Dienstverpflichteten sich als eine besonders grobe Verletzung der Treuepflicht des Leitungsorgans darstellt, kann die Gesellschaft den Rechtsmissbrauchseinwand erheben.³⁰

Hierfür **genügt** es **nicht**, dass ein **wichtiger Grund** für die **sofortige Beendigung** des **Anstellungsverhältnisses** besteht oder dass das Leitungsorgan gegen **strafrechtliche Vorschriften verstoßen** hat. Vielmehr wurde die entsprechende Voraussetzung bisher nur dann bejaht, wenn der Versorgungsberechtigte den Versprechenden in eine seine **Existenz bedrohende Lage** gebracht hat, weil jedenfalls dann die Grenze überschritten ist, bis zu der auch der pflichtwidrig Handelnde, ohne sich dem Einwand auszusetzen, rechtsmissbräuchlich zu handeln, das ihm gegebene Versprechen einfordern kann. Ob auch ohne eine solche Existenzgefährdung der versorgungspflichtigen Gesellschaft sich der Versorgungsberechtigte im Einzelfall wegen der besonderen Umstände seines Verhaltens und der **extremen Höhe** des von ihm angerichteten,

³⁰ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 252/16](#) – juris, Rn. 21.

wenngleich nicht zur Existenzgefährdung führenden **Schadens** ausnahmsweise den Rechtsmissbrauchseinwand entgegenhalten lassen muss, wurde bislang offengelassen.³¹ Danach setzt ein zum „Widerruf“ einer Pensionszusage berechtigender Rechtsmissbrauch jedenfalls voraus, dass die Gesellschaft durch das grobe Fehlverhalten des Begünstigten in eine ihre Existenz bedrohende Lage gebracht wurde, zumindest aber einen außerordentlich hohen Schaden erlitten hat. Ob es stets einer Existenzgefährdung bedarf, muss hier nicht entschieden werden. Erforderlich ist zumindest eine massive Schädigung der Gesellschaft durch das Fehlverhalten des Begünstigten.³²

g)

Ein **Gesellschafter-Geschäftsführer** einer GmbH, welcher mit einem oder mehreren anderen Gesellschafter-Geschäftsführern **50 %** der **Geschäftsanteile** hält und selbst nicht mit einem nur unbedeutenden Geschäftsanteil an der Gesellschaft beteiligt ist, **ist keine arbeitnehmerähnliche Person** i.S.d. **§ 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG**.³³

Die **persönliche Anwendbarkeit** des **Betriebsrentengesetzes** ist in § 17 BetrAVG geregelt. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG sind Arbeitnehmer i.S.d. §§ 1-16 BetrAVG Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Die §§ 1-16 BetrAVG gelten nach Satz 2 der Vorschrift entsprechend für Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, wenn ihnen Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind.³⁴ Der **Gesellschafter-Geschäftsführer** einer GmbH ist **kein Arbeitnehmer** im **arbeitsrechtlichen Sinne** und unterfällt daher nicht § 17 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG.³⁵

³¹ a.a.O., juris, Rn. 22.

³² a.a.O., juris, Rn. 23.

³³ Urteile vom 01. Oktober 2019 – [II ZR 386/17](#) – und – [II ZR 387/17](#) –.

³⁴ a.a.O., juris, Rn. 10.

³⁵ a.a.O., juris, Rn. 11.

Der weite **Wortlaut** des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG ist nach **Sinn und Zweck** des Gesetzes **einschränkend auszulegen**. **Versorgungsberechtigte** sind insoweit von der Geltung des Betriebsrentengesetzes **ausgenommen**, als ihre Ansprüche auf Dienstleistungen beruhen, die sie bei natürlicher Betrachtung für das **eigene Unternehmen**, sei es auch gegenüber einem formal-rechtlich selbständigen Unternehmensträger, erbracht haben. Dies trifft auf solche Personen zu, die sowohl vermögens- als auch einflussmäßig mit dem Unternehmen, für das sie arbeiten, so sehr verbunden sind, dass sie es als ihr eigenes betrachten können und deshalb unter dem Gesichtspunkt die Pensionssicherung dem **Inhaber eines Einzelunternehmens** gleichzustellen sind. Dazu gehört bei **Kapitalgesellschaften** in erster Linie der **Alleingesellschafter**, der sich als Unternehmensleiter eine Versorgungszusage selbst gegeben oder sonst wie verschafft hat. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass ein solcher Gesellschafter wegen einer Tätigkeit für das wirtschaftliche ihm allein gehörenden Unternehmen keine durch das Betriebsrentengesetz besonders gesicherte und damit insolvenzfeste Versorgungsrente erwarten kann.³⁶

Dies gilt auch für **Mehrheitsgesellschafter**, denn auch bei diesen überwiegt die auf der hohen Kapitalbeteiligung in Verbindung mit einer entsprechenden Leitungsmacht beruhende Unternehmerstellung die dienstvertragliche Einkleidung seiner Unternehmertätigkeit noch so eindeutig, dass der Charakter von Versorgungsbezügen als Unternehmerlohn gegenüber ihrer rechtlichen Eigenschaft als Betriebsrente ganz in den Vordergrund tritt und den Vergleich mit den gesetzlich nicht gesicherten Einnahmen eines Einzelkaufmanns nahelegt.³⁷

Dagegen bietet das Gesetz keine ausreichende Handhabe, einem Minderheitsgesellschafter, der sich durch seine Tätigkeit für das Gesellschaftsunternehmen eine Pensionsberechtigung verdient hat, alleine wegen seiner Beteiligung die Vorteile des Betriebsrentengesetzes zu

³⁶ a.a.O., juris, Rn. 13.

³⁷ a.a.O., juris, Rn. 14.

versagen. Eine **Minderheitsbeteiligung** vermittelt dem Inhaber vermögens- und einflussmäßig im Allgemeinen noch keine so überragende Stellung, dass er das Unternehmen, für das er arbeitet, als sein eigenes betrachten wird. Zwar kann ein Minderheitsgesellschafter vor allem als Mitglied des Vertretungsorgans die Geschicke der Gesellschaft mitbestimmen. Das kann jedoch auch auf echte Arbeitnehmer zutreffen und bildet für sich **alleine kein Merkmal unternehmerischer Betätigung**. Erst wenn eine **beherrschende**, auf einem genügend hohen Vermögenseinsatz beruhende mitgliedschaftliche Stellung hinzukommt, lässt es sich vom Zweck des Betriebsrentengesetzes her rechtfertigen, einen geschäftsführenden Gesellschafter verantwortungs- und risikomäßig für einen Unternehmer zu betrachten, der vom Genuss einer Pensionssicherung ausgeschlossen bleibt.³⁸

Es sind auch solche **Personen** vom Schutz des **Betriebsrentengesetzes ausgenommen**, die zwar nicht selbst die Mehrheit der Geschäftsanteile an einem Unternehmen halten, diese aber **zusammen mit anderen** zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftern erreichen, jedenfalls dann, wenn die jeweiligen Beteiligungen nicht gänzlich unbedeutend sind. **GmbH-Geschäftsführer mit jeweils 50 % der Geschäftsanteile** sind zwar nicht in der Lage, wie ein Mehrheitsgesellschafter alleine auf die Dispositionen der Gesellschaft einzuwirken; gleichwohl vertreten sie **zusammengefasst das gesamte Kapital**. Ihre **Entscheidungsbefugnisse** sind freilich infolge der gleich hohen Beteiligung des jeweils anderen Gesellschafters diesem gegenüber **eingeschränkt**. Daraus folgt ein **Zwang zu Kompromissen** im Entscheidungsprozess, der aber in der Regel in der Wirtschaft bei **gleich gearteten Interessen** beider Gesellschafter am finanziellen Erfolg des Unternehmens kein unüberwindbares Hindernis sein wird, wenn es gilt, hinsichtlich der Geschäftsleitung zu einer Übereinstimmung zu gelangen.³⁹

³⁸ a.a.O., juris, Rn. 15.

³⁹ a.a.O., juris, Rn. 16.

Dies gilt auch für den Fall, dass zwei oder **mehrere geschäftsführungsbefugte Gesellschafter** bei Zusammenfassung ihrer jeweils **unter 50 %** liegenden Beteiligungen die Mehrheit bilden. Bei ihnen trägt die Tatsache, dass sie zusammen die Geschicke eines Unternehmens bestimmen können, dessen Gewinn- und Verlustrisiko sie infolge ihrer kapitalmäßigen Bindung überwiegend tragen, noch so stark den Charakter ihrer Tätigkeit, dass sie nach der Verkehrsanschauung als **typische Mitunternehmer** anzusehen sind, die ihr eigenes Unternehmen leiten und deshalb **nicht** als **Lohn- und Versorgungsempfänger** aufgrund von Dienstleistungen für ein **fremdes Unternehmen** i.S.d. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG gelten. Das Merkmal einer durch den hohen Kapitalbesitz verbundenen **Leitungsmacht** ist bereits dadurch erfüllt, dass im Allgemeinen Gesellschafter-Geschäftsführer, die zusammen über die Mehrheit verfügen, der Gesellschaft ihren Willen aufzwingen können und vielfach auch müssen, wenn notwendige Entscheidungen anstehen.⁴⁰

Die **Frage**, ob eine **50-%ige** Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH bzw. eine solche Beteiligung unter Zusammenrechnung von den Anteilen mehrerer Gesellschafter-Geschäftsführer § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG unterfällt, ist in der **Literatur umstritten**.⁴¹ Diese vom **Bundesgerichtshof bislang offen gelassene Frage** ist dahin zu beantworten, dass in einer solchen Konstellation der **Gesellschafter-Geschäftsführer keine arbeitnehmerähnliche Person** ist und nicht dem Schutz des Betriebsrentengesetzes unterfällt.⁴²

Das **Betriebsrentengesetz** ist nach **Entstehungsgeschichte** und **Zweck** wesentlich auf das Leitbild eines **wirtschaftlich abhängigen** und deshalb **besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmers** ausgerichtet, so dass § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG einschränkend dahin auszulegen ist, dass es nicht für Personen gilt, die sowohl vermögens- wie einflussmäßig mit dem Unternehmen, für das sie arbeiten, so stark verbunden sind, dass sie es

⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁴² a.a.O., juris, Rn. 21.

wirtschaftlich als ihr eigenes betrachten können, und zwar gleichgültig, wie ihr Dienstverhältnis steuer- oder sozialversicherungsrechtlich zu beurteilen sein mag. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte mit § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG dem Umstand Rechnung getragen werden, dass vielfach auch Mitglieder von Gesellschaftsorganen aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen betriebliche Altersversorgungszusagen erhalten, auf deren **inhaltliche Ausgestaltung** sie wie Arbeitnehmer wegen der regelmäßig stärkeren Position ihres Vertragspartners keinen oder nur geringen **Einfluss nehmen** können (Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/1281, S. 30 zu § 7 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG-E). Es sollten daher nur diejenigen den Schutz des Betriebsrentengesetzes bekommen, die wie Arbeitnehmer keinen Einfluss auf ihre Ausgestaltung der Versorgungszusagen hätten.⁴³

Entscheidend ist, dass die Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH mit einer 50 %igen kapitalmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft die **Beschlussfassung** in der Gesellschafterversammlung **blockieren** können. Dies **reicht aus**, um eine **hinreichende Leitungsmacht** im Unternehmen anzunehmen, so dass der Gesellschafter-Geschäftsführer für das Unternehmen nicht als fremdes, sondern als sein eigenes tätig wird, weil er eine deutlich einflussreichere Stellung im Unternehmen hat, als ein Arbeitnehmer. ⁴⁴ Aufgrund dieser **Sperrminorität** können die Gesellschafter-Geschäftsführer ihre Vertretungsmacht für die Gesellschaft unbehelligt von Weisungen der Gesellschafter ausführen, sie können nicht gegen ihren Willen als Geschäftsführer abberufen werden und negative Veränderungen ihrer Versorgungszusagen verhindern.⁴⁵

Diese Auslegung steht auch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeits- und des Bundessozialgerichts.⁴⁶ Das **Bundesarbeitsgericht** stellt für die Feststellungen der Arbeitnehmereigenschaft

⁴³ a.a.O., juris, Rn. 22.

⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 25.

⁴⁵ a.a.O., juris, Rn. 26.

⁴⁶ a.a.O., juris, Rn. 27.

eines Gesellschafters einer GmbH darauf ab, ob ein **Minderheitsgesellschafter** eine **Sperrminorität** in der Gesellschaft hat, da er sich dann von einem Arbeitnehmer unterscheidet und diesem nicht gleichgestellt werden kann. Dem Gesellschafter ist es nämlich dann möglich, ihm nicht genehme Weisungen hinsichtlich seiner Tätigkeit abzuwehren, so dass ihm die das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis wesentlich kennzeichnende persönliche Abhängigkeit fehle.⁴⁷ Für die Frage der Abgrenzung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung von einer selbständigen Unternehmertätigkeit stellt das **Bundessozialgericht** gleichfalls darauf ab, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer eine **Sperrminorität** hat, die es ihm ermöglicht, ihm nicht genehme Weisungen jederzeit abzuwenden.⁴⁸

h)

Grundsätzlich ist der **Geschäftsführer** im **Prozess** zur **Vertretung** der **GmbH** berufen. Nach **§ 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG** unterliegt die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie **gegen** die **Geschäftsführer** zu führen hat, jedoch der **Bestimmung** der **Gesellschafterversammlung**. Die Vorschrift gilt sowohl für den **Aktiv-** als auch für den **Passivprozess** der Gesellschaft sowie für Prozesse mit **ausgeschiedenen Geschäftsführern**. Solange die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen **besonderen Vertreter** zu bestellen, **keinen Gebrauch** macht, wird die GmbH vorbehaltlich einer die Vertretungsbefugnis anders regelnden **Satzungsbestimmung** im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte weitere **Geschäftsführer vertreten**; eines entsprechenden, zumindest stillschweigend gefassten Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf es für die Fortdauer der Vertretungsbefugnis der anderen Geschäftsführer nicht.⁴⁹

⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 28 unter Verweis auf BAG, NJW 2015, 572, 574; DStR 1998, 1645.

⁴⁸ a.a.O., juris, Rn. 29 unter Verweis auf BSG, DStR 2013, 770, Rn. 25; Urteil vom 30. April 2013 – B 12 KR 19/11 R –, juris, Rn. 16; Urteil vom 03. April 2014 – B 2 U 26/12 R –, juris, Rn. 16.

⁴⁹ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 406/17](#) – juris, Rn. 30.

j)

Im **Rechtsstreit** einer **GmbH** mit einem ihrer **Geschäftsführer** kann dieser nicht gesetzlicher Vertreter der GmbH sein.⁵⁰ Sofern ein **Aufsichtsrat** besteht, wird die GmbH im Prozess mit einem auch ehemaligen Geschäftsführer gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG, § 112 AktG durch den Aufsichtsrat vertreten. Sofern der Aufsichtsrat nicht nach dem Mitbestimmungsgesetz gebildet werden musste, ist dies aber dann anders, wenn in der Satzung etwas anderes geregelt oder von der Gesellschafterversammlung etwas anderes beschlossen worden ist.⁵¹

Hat der Gesellschaftsvertrag einer GmbH bestimmte Befugnisse dem **Aufsichtsrat** übertragen, ist dieser aber **funktionsunfähig**, dann ist die **Gesellschafterversammlung** in der Lage, insoweit die Rechte des Aufsichtsrats wahrzunehmen. Solange die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen **besonderen Vertreter** zu bestellen, keinen Gebrauch macht, wird die GmbH im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte (weitere) Geschäftsführer vertreten. Nichts anderes gilt, wenn die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, in **unwirksamer Weise** Gebrauch macht.⁵²

k)

Der seine **Insolvenzantragspflicht verletzende Geschäftsführer** hat einem **vertraglichen Neugläubiger** den **Schaden** zu **ersetzen**, der diesem dadurch entsteht, dass er infolge des Vertragsschlusses mit der insolvenzreifen Gesellschaft im Vertrauen auf deren Solvenz dieser noch Geld- oder Sachmittel als Vorleistungen zur Verfügung stellt und dadurch Kredit gewährt, **ohne** einen entsprechend **werthaltigen Gegenanspruch** oder eine entsprechende **Gegenleistung** zu erlangen. Der **Neugläubiger**

⁵⁰ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 406/17](#) – juris, Rn. 55.

⁵¹ a.a.O., juris, Rn. 51.

⁵² a.a.O., juris, Rn. 52.

hat insoweit einen **Anspruch** gegen den Geschäftsführer aus **§ 823 Abs. 2 BGB** i.V.m. **§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO**, wenn dieser es trotz Insolvenzreife der Gesellschaft unterlassen hat, einen Eröffnungsantrag zu stellen, der Gläubiger mit der unerkannt insolvenzreifen Gesellschaft in Vertragsbeziehungen getreten ist und für seine (Abschlags-) Zahlungen keine Gegenleistungen erhalten hat.⁵³

Eine einmal gegebene, inzwischen aber durch Erholung der Gesellschaft **beendete Insolvenzverschleppung** macht den Täter oder Teilnehmer nicht deshalb für alle späteren durch die Gesellschaft verursachten Schäden haftbar, weil diese bei Erfüllung der damaligen Insolvenzantragspflicht nicht eingetreten wären. Der objektive und subjektive Tatbestand einer Insolvenzverschleppung als **Dauerdelikt** muss **zur Zeit** des zum **Schaden** des „Neugläubigers“ führenden Geschäftsabschlusses zwischen ihm und der Gesellschaft bzw. in der zum Schaden des Vertragspartners der GmbH führenden Geschäftssituation noch **vorliegen**.⁵⁴

Nach **§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO** liegt **Überschuldung** vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Für das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht und damit auch für die Überschuldung der Gesellschaft ist der **Anspruchsteller darlegungs- und beweisbelastet**.⁵⁵ Die **rechnerische Überschuldung** ist grundsätzlich auf der Grundlage einer **Überschuldungsbilanz** festzustellen, in der die **stillen Reserven** aufzudecken und **Vermögenswerte** der Gesellschaft mit ihren **aktuellen Liquidationswerten** auszuweisen sind. Eine rechnerische Überschuldung kann auch aus der **Indizwirkung** geschlossen werden, die einer **Handelsbilanz** zukommen kann, wenn sich aus ihr ein nicht durch Eigenkapital gedeckter **Fehlbetrag** ergibt.⁵⁶

⁵³ Urteil vom 19. November 2019 – [II ZR 53/18](#) – juris, Rn. 15.

⁵⁴ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁵⁵ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 21.

Die **Feststellung** einer **Überschuldung** im **Zeitpunkt** des **Vertragsabschlusses** mit einem **Neugläubiger** ist **nicht zwingend** davon abhängig, dass für diesen konkreten unterjährigen Zeitpunkt aufgrund der noch verfügbaren Geschäftsunterlagen eine **Überschuldungsbilanz** aufgestellt werden kann. Ist die Insolvenzreife für einen früheren Zeitpunkt bewiesen, so gilt der **Nachweis** der im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses noch andauernden Verletzung der Insolvenzantragspflicht jedenfalls bei relativ zeitnah erteilten Aufträgen als geführt, sofern der beklagte **Geschäftsführer** nicht seinerseits **darlegt**, dass im Zeitpunkt der Auftragserteilung die **Überschuldung nachhaltig beseitigt** und damit die Antragspflicht wieder entfallen war. Dieser zeitliche Zusammenhang ist bei einem Zeitraum von neun Monaten bis zu einem Jahr zwischen der festgestellten Überschuldung und den nachfolgenden Geschäftsabschlüssen regelmäßig als gegeben anzusehen.⁵⁷

I)

Die **Eigenart** des Anspruchs aus **§ 64 Satz 1 GmbHG** steht gemäß § 242 BGB einer **Aufrechnung** des **Geschäftsführers** mit **Insolvenzforderungen** aus **Vergütungsansprüchen entgegen**. Die Vorschrift hat den Zweck, **Masseverkürzungen** im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu **verhindern** bzw. für den Fall, dass der Geschäftsführer dieser Massesicherungspflicht nicht nachkommt, sicherzustellen, dass das **Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt** wird, damit es im Insolvenzverfahren zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht. Die Aufrechnung des Geschäftsführers mit Insolvenzforderungen aus Vergütungsansprüchen gegen diesen Anspruch würde einer Auffüllung des Gesellschaftsvermögens zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger entgegenstehen. Die **Unzulässigkeit** der **Aufrechnung** in diesen Fällen wird soweit ersichtlich in der Literatur einhellig angenommen.⁵⁸

⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 24.

⁵⁸ Beschluss vom 15. Oktober 2019 – [II ZR 425/18](#) – juris.

m)

Eine Partei darf sich über eigene Handlungen oder Gegenstände eigener Wahrnehmung **nicht** mit **Nichtwissen** erklären (§ 138 Abs. 4 ZPO). Zu den Handlungen des **Geschäftsführers** einer GmbH i.S.d. Vorschrift gehört die von ihm nach §§ 238, 239 HGB, § 41 GmbHG zu verantwortende **Buchführung**, aus der sich die Zahlungen und ihr Zahlungsgrund ergeben. Insoweit obliegt es dem Geschäftsführer, etwaige **Erinnerungslücken** durch **Einsicht** in die **Buchhaltung** zu **schließen**.⁵⁹

Im Blick auf die Frage, ob ein **Geschäftsführer schuldhaft** i.S.d. § 64 Satz 2 GmbHG gehandelt hat, sind zu seinen Gunsten die **Grundsätze** des **innerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht anzuwenden**. Gemäß § 64 Satz 2 GmbHG wird das **Verschulden** des Geschäftsführers **vermutet**, wenn er trotz objektiv bestehender Insolvenzreife Zahlungen leistet. Da insoweit **einfache Fahrlässigkeit genügt**, scheidet ein Rückgriff auf die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, die gerade eine zumindest teilweise Haftungsfreistellung bei leichter und mittlerer Fahrlässigkeit vorsehen, schon begrifflich aus.⁶⁰

Davon abgesehen kann sich ein Geschäftsführer auch nicht teilweise mit der Behauptung entlasten, „tatsächlich Arbeitnehmer der Schuldnerin und bloß verlängerter, weisungsgebundener Arm des Beirats gewesen zu sein“. Soweit der Geschäftsführer damit geltend machen will, dadurch an der Einhaltung des Zahlungsverbots nach § 64 Satz 1 GmbHG gehindert gewesen zu sein, hätte er sein **Geschäftsführeramt niederlegen** müssen. Soweit er ein **anderes Gesellschaftsorgan** für die Verletzung des Zahlungsverbots **mitverantwortlich** machen will, ändert dies nichts daran, dass ihm die Erfüllung der sich aus § 64 GmbHG ergebenden Pflichten **persönlich obliegt**. Gemäß § 64 Satz 4 i.V.m. § 43 Abs. 3 Satz 3

⁵⁹ Beschluss vom 24. September 2019 – [II ZR 248/17](#) – juris, Rn. .12.

⁶⁰ a.a.O., juris, Rn. 16.

GmbHG kann ihn selbst **nicht entlasten**, wenn er mit den Zahlungen den **Gesellschafterwillen** ausgeführt hätte.⁶¹

Ein Geschäftsführer ist mit den **Zahlungen** u. a. an die **Energieversorger nicht** deswegen gemäß § 64 Satz 2 GmbHG ohne weiteres **entschuldigt**, wenn er vorträgt, es habe eine „konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren“ bestanden und die betreffenden Zahlungen hätte ein vorläufiger Insolvenzverwalter ebenfalls getätigt.⁶² Soweit **ausnahmsweise** eine **konkrete Chance** auf **Sanierung und Fortführung** im Insolvenzverfahren zunichte gemacht werden würde, wenn der Betrieb ohne Begründung neuer Forderungen oder ihrer Werthaltigmachung eingestellt werden müsste, können Zahlungen zwar zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein und damit das Verschulden entfallen lassen. **Sanierungsabsicht allein** entschuldigt Zahlungen nach Insolvenzreife aber **nicht**. Eine danach erforderliche **konkrete Sanierungs- und Fortführungschance** muss der **Geschäftsführer darlegen**. Dafür genügt es nicht, ganz allgemein auf eine verbesserte wirtschaftliche Entwicklung oder isoliert auf seit der Insolvenzreife erzielte Einnahmen zu verweisen. Auch Zahlungen an Energieversorger sind nicht zwangsläufig zur Abwendung eines größeren Schadens für die Gläubiger erforderlich.⁶³

Gegen den Geschäftsführer streitet die **Vermutung** der **Erkennbarkeit** der **Insolvenzreife**.⁶⁴ Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die wirtschaftliche **Lage** des **Unternehmens laufend** zu **beobachten**. Bei Anzeichen einer Krise hat er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen. Stellt sich dabei eine **rechnerische Überschuldung** heraus, dann muss er prüfen, ob sich für das Unternehmen eine **positive Fortbestehensprognose** stellt. Wenn die Schuldnerin bei den in Rede stehenden Zahlungen rechnerisch überschul-

⁶¹ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁶² a.a.O., juris, Rn. 18.

⁶³ a.a.O., juris, Rn. 19.

⁶⁴ a.a.O., juris, Rn. 20.

det gewesen ist, ist es Sache des Geschäftsführers, diejenigen Umstände darzulegen, welche es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unternehmen trotzdem fortzuführen. Verweist er dazu auf **externen Sachverstand**, kann ihn eine Fortführungsempfehlung nur entschuldigen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen **fachlich qualifizierten Person** hat beraten lassen. Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfergebnis einer **Plausibilitätskontrolle** zu unterziehen.⁶⁵ Eine Plausibilitätskontrolle mit der gebotenen Sorgfalt liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer sich mit der Auskunft begnügt, dass zwar eine Überschuldung vorliege, er aber bei Beachtung der Liquidität und Beauftragung einer weiteren Fortführungsprognose „auf der sicheren Seite“ sei. Eine plausible Fortführungsempfehlung kann darin nicht gesehen werden. Bei gegebener Überschuldung kann niemand mit der bloßen Beauftragung einer aktuellen Fortführungsprognose ohne Rücksicht auf ihr Ergebnis „auf der sicheren Seite“ sein.⁶⁶

n)

Für eine **Vereinbarung** über eine **Teilgewinnabführung** i.S.v. **§ 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG** mit einer **GmbH** als **abführungspflichtiger Gesellschaft** genügt vorbehaltlich der in § 292 Abs. 2 AktG genannten Ausnahmen unabhängig von der weiteren rechtlichen Einkleidung **jede Abrede**, nach der der Unternehmensgewinn teilweise abzuführen ist.⁶⁷ Der wirksame Abschluss einer solchen Vereinbarung ist **nicht** von der Einhaltung der **Schriftform**, der **Zustimmung der Gesellschafterversammlung** der abführungspflichtiger Gesellschaft durch notariell beurkundeten Beschluss und einer **Eintragung** in das Handelsregister abhängig.⁶⁸

⁶⁵ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁶⁶ a.a.O., juris, Rn. 20.

⁶⁷ Urteile vom 16. Juli 2019 – [II ZR 175/18](#) – juris, Rn. 15 und – [II ZR 426/17](#) – juris, Rn. 21.

⁶⁸ a.a.O., juris, Rn. 16 und a.a.O., juris, Rn. 22.

Allerdings sind auf **Unternehmensverträge** i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG, die **zwischen zwei GmbH** abgeschlossen werden, 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. 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 GmbHG abhängig ist.⁶⁹

Ob diese materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen auch für **Teilgewinnabführungsverträge** nach § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG gelten, die mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft abgeschlossen werden, wird in Rechtsprechung und Literatur **unterschiedlich** beantwortet.⁷⁰

Die **instanzgerichtliche Rechtsprechung** geht davon aus, dass Teilgewinnabführungsverträge den beschriebenen Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht unterliegen, wenn sie nach Inhalt und Wirkung keiner Änderung der Satzung gleichkommen. Diese Sicht hat im **Schrifttum** Zustimmung gefunden.⁷¹ Demgegenüber wird vertreten, die für Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge nach § 291 Abs. 1 AktG entwickelten Grundsätze seien auch auf Teilgewinnabführungsverträge anzuwenden. Teilweise werden besondere Wirksamkeitserfordernisse für den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrags mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft aus einer eingeschränkten Gesamtanalogie der §§ 291 ff.

⁶⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

⁷⁰ a.a.O., juris, Rn. 18.

⁷¹ a.a.O., juris, Rn. 19.

AktG abgeleitet.⁷² Die zuerst genannten Auffassung ist zutreffend. **Teilgewinnabführungsverträge** mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft unterliegen **keinen besonderen Wirksamkeitsanforderungen**, wenn sie keine satzungsüberlagernde Wirkung haben. Ob dies auch dann gilt, wenn ein **Großteil** oder zumindest überwiegender Anteil der **Gewinne** abzuführen ist, lässt der II. Zivilsenat **offen**.⁷³

o)

Die **Veräußerung** von **betriebsnotwendigem Vermögen** durch eine GmbH, die aufgrund eines **Teilgewinnabführungsvertrags** verpflichtet ist, 20 % ihres Jahresüberschusses abzuführen, an eine Gesellschaft mit im Wesentlichen gleichen Gesellschaftern gegen eine **angemessene Gegenleistung** begründet nicht ohne Weiteres eine den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründende Verletzung der Leistungstreuepflicht.⁷⁴

p)

Ist in der **Gesellschafterversammlung** einer GmbH das Zustandekommen eines bestimmten **Beschlusses** vom **Versammlungsleiter festgestellt** worden, so ist der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich und bis zur Entscheidung über die Beschlussanfechtungsklage als gültig zu behandeln. Formelle oder materielle Mängel, die seine Anfechtbarkeit begründen, wie etwa ein geltend gemachtes Stimmverbot eines Gesellschafters, können nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Das gilt auch, wenn der Versammlungsleiter festgestellt hat, dass ein Beschlussantrag abgelehnt worden ist.⁷⁵

Die Nichtladung eines Gesellschafters ist ein **Einberufungsmangel**, der entsprechend **§ 241 Nr. 1 AktG** zur **Nichtigkeit** der in der Versammlung gefassten **Gesellschafterbeschlüsse** führt. Das gilt für die fehlende Beteiligung an Gesellschafterbeschlüssen, die im **Umlaufverfahren** gefasst

⁷² a.a.O., juris, Rn. 20.

⁷³ a.a.O., juris, Rn. 21.

⁷⁴ Urteil vom 16. Juli 2019 – [II ZR 426/17](#) – juris, Rn. 28 f.

⁷⁵ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 406/17](#) – juris, Rn. 31.

werden, in gleicher Weise. Nach § 48 Abs. 2 GmbHG bedarf es der Abhaltung einer Versammlung nicht, wenn sich sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen einverstanden erklären. Wird einem Gesellschafter die Möglichkeit einer solchen Einverständniserklärung nicht eingeräumt, so führt dies ebenso wie die Nichtladung zu einer Gesellschafterversammlung zur Nichtigkeit des gefassten Beschlusses.⁷⁶

Ein **Gesellschafter**, der **nicht** in der im Handelsregister aufgenommenen **Gesellschafterliste eingetragen** ist, muss grundsätzlich nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG an einem **Umlaufbeschlussverfahren nicht beteiligt** werden. Nach dieser Norm gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift die **Vermutung** des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, stehen dem betreffenden Gesellschafter sämtliche Mitgliedschaftsrechte, d.h. auch das Stimmrecht sowie das Recht auf Ladung und Teilnahme zur Gesellschafterversammlung sowie auf Beteiligung an einem Umlaufbeschlussverfahren, gegenüber der Gesellschaft zu, **ohne** dass es auf seine **wahre Berechtigung ankommt**. Umgekehrt entfaltet § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine **negative Legitimationswirkung** zu Lasten des nach dem Einzug seines Geschäftsanteils nicht mehr in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters. Dies gilt ungeachtet der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses. Der Gesellschafter kann ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben und muss daher auch an Umlaufbeschlussverfahren nicht mehr beteiligt werden.⁷⁷

⁷⁶ a.a.O., juris, Rn. 33.

⁷⁷ a.a.O., juris, Rn. 35.

Das gilt allerdings **nicht**, wenn der GmbH durch eine einstweilige Verfügung untersagt wurde, eine neue Gesellschafterliste beim Amtsgericht zur Aufnahme im Handelsregister einzureichen. Die GmbH ist dann nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG aufgrund der dennoch eingereichten und im Handelsregister aufgenommenen Liste zu berufen.⁷⁸

Dem von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung Betroffenen steht die Möglichkeit offen, sich gegen die Aufnahme einer ihn nicht mehr als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste in das Handelsregister durch die Erwirkung einer die Aufnahme untersagenden **einstweiligen Verfügung** gegen die GmbH zu schützen.⁷⁹

Der von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung betroffene Gesellschafter kann gegen den Einziehungsbeschluss zwar Klage erheben. Allein damit kann er indes nicht verhindern, dass eine die Einziehung nachvollziehende Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen wird. Während der Dauer des Rechtsstreits könnten die übrigen Gesellschafter das Unternehmen nach ihrem Belieben umgestalten. Aufgrund der **Legitimationswirkung** des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG blieben die von den übrigen Gesellschaftern gefassten **Beschlüsse** auch dann **wirksam**, wenn der Gesellschafter mit seiner Klage gegen den **Einziehungsbeschluss Erfolg** hätte. Insbesondere wenn der Anteil eines Mehrheitsgesellschafters eingezogen und dieser aus der Gesellschafterliste entfernt wird, kommt es zu einem **unmittelbaren Kontrollwechsel**. Die **veränderten Machtverhältnisse** ermöglichen weitreichende Geschäftsführungsentscheidungen sowie die Fassung und Umsetzung satzungs- und strukturändernder Beschlüsse, die der Mehrheitsgesellschafter nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand rückgängig machen kann. Die Legitimationswirkung des § 16

⁷⁸ a.a.O., juris, Rn. 34, 36.

⁷⁹ a.a.O., juris, Rn. 37.

Abs. 1 Satz 1 GmbHG entfällt auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben schon dann, wenn sich nachträglich die Einziehung als unwirksam und die nach der Einziehung eingereichte Gesellschafterliste daher als unrichtig darstellt.⁸⁰

Dem von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung seines Geschäftsanteils betroffenen Gesellschafter muss daher ein **effektives Mittel** zur Verfügung gestellt werden, seine Entrechtung in der Gesellschaft während der Dauer des Rechtsstreits über die Einziehung zu verhindern bzw. seine streitige materiell-rechtliche Gesellschafterstellung bis zur Klärung der Wirksamkeit der Einziehung zu sichern. **Begleitend zur Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage** gegen den Einziehungsbeschluss kann der Gesellschafter bei Vorliegen der Voraussetzungen im Wege des **einstweiligen Rechtsschutzes** gegen die insoweit passivlegitimierte Gesellschaft das Verbot erwirken, eine neue Gesellschafterliste, in der er nicht mehr aufgeführt ist, bei dem Registergericht einzureichen.⁸¹

Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim Amtsgericht zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist.⁸²

Die **formelle Legitimationswirkung** gilt im Fall des **Einzugs** des **Geschäftsanteils** eines Gesellschafters **nicht ausnahmslos**. Dem Gesellschafter bleibt die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger

⁸⁰ a.a.O., juris, Rn. 38.

⁸¹ a.a.O., juris, Rn. 39.

⁸² a.a.O., juris, Rn. 40.

Wirksamkeit erhalten, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen. Das gilt auch dann, wenn schon vor Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist.⁸³

Die **formelle Legitimationswirkung** des **§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG** steht zudem unter dem **Vorbehalt von Treu und Glauben**. Nach Treu und Glauben kann sich die Gesellschaft auf die Legitimationswirkung einer Gesellschafterliste unter anderem dann nicht berufen, wenn sie selbst durch **unredliches Verhalten** die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister herbeigeführt hat. Welche Anforderungen sich im konkreten Fall aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des **Einzelfalls** entscheiden. Eine unzulässige Rechtsausübung kann unter anderem dann vorliegen, wenn sich ein Berechtigter auf eine formale Rechtsposition beruft, die er durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erlangt hat. Deshalb kann die Geltendmachung vertraglicher Rechte unzulässig sein, wenn der Vertragsschluss durch unredliches Verhalten herbeigeführt worden ist. Ein solches Verhalten der Gesellschaft liegt hinsichtlich einer Gesellschafterliste vor, wenn es ihr durch eine gerichtliche Verfügung untersagt war, nach einem Einziehungsbeschluss eine neue Gesellschafterliste einzureichen, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr als Gesellschafter eingetragen ist, und sie dennoch eine geänderte Liste einreichen lässt oder eine dem gerichtlichen Verbot zuwider aufgenommene Liste nicht korrigiert.⁸⁴

Da **effektiver Rechtsschutz** des von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung Betroffenen anders als durch eine einstweilige Verfügung nicht gewährleistet werden kann, darf sich die GmbH nach **Treu und Glauben**

⁸³ a.a.O., juris, Rn. 41.

⁸⁴ a.a.O., juris, Rn. 42.

ihrem Gesellschafter gegenüber **nicht** auf die **formelle Legitimationswirkung** einer **verbotswidrig eingereichten Liste** berufen. Die einstweilige Verfügung kann nur dann ein effektives Mittel zum Schutz des von einer in ihrer Wirksamkeit ungeklärten Einziehung betroffenen Gesellschafters sein, wenn sich die Gesellschaft an das gegen sie ausgesprochene Verbot, eine den Gesellschafter nicht mehr aufführende Gesellschaftersliste einzureichen, hält bzw. nach verbotswidriger Einreichung einer solchen Liste für die Korrektur durch ihren Geschäftsführer sorgt. Bis zur Korrektur des Verfügungswidrigen Zustands verhält sich die Gesellschaft treuwidrig, wenn sie einen Gesellschafter unter Berufung auf eine verbotswidrig eingereichte Gesellschaftersliste von der Beschlussfassung ausschließt, den sie nach gerichtlicher Prüfung noch bis zum Abschluss des Hauptverfahrens in der Gesellschaftersliste führen müsste. Mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung hat eine gerichtliche Prüfung stattgefunden, ob die Einziehung vorläufig als wirksam zu behandeln ist. Das Gericht des vorläufigen Rechtsschutzes ist davon ausgegangen, dass der Antragsteller weiterhin als Inhaber des von der beabsichtigten Änderung der Gesellschaftersliste betroffenen Geschäftsanteils zu behandeln ist und die angestrebte Listenkorrektur daher vorläufig zu einer materiellen Unrichtigkeit der Gesellschaftersliste führen würde. Eine spätere Entscheidung im Hauptsacheverfahren ist nicht geeignet, einen in der Zwischenzeit womöglich eintretenden Rechtsverlust des Gesellschafters zu korrigieren. Deshalb ist es der Gesellschaft zuzumuten, den Gesellschafter bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens, in dem dieser die Feststellung der Unwirksamkeit des Einziehungsbeschlusses und damit die Feststellung des Fortbestands seiner materiellen Gesellschaftersstellung begehrt, entsprechend dem Ergebnis der vorläufigen Rechtsprüfung zu behandeln, und sie darf dieses Ergebnis nicht dadurch unterlaufen, dass sie unter Berufung auf eine dennoch eingereichte geänderte Gesellschaftersliste Beschlüsse ohne seine Beteiligung fasst.⁸⁵

⁸⁵ a.a.O., juris, Rn. 43.

Die GmbH kann sich auch nicht darauf berufen, dass der **Notar** und nicht ihr Geschäftsführer die Liste eingereicht und das Registergericht sie aufgenommen hat.⁸⁶ Hat ein Notar an der Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt, hat dieser nach **§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG** nach Wirksamwerden der Veränderung die Liste anstelle der Geschäftsführer der Gesellschaft zu unterschreiben und zum **Handelsregister** einzureichen. Die Pflicht zur Einreichung einer die Änderung ausweisenden Gesellschafterliste ist danach von der Wirksamkeit der Veränderung abhängig und besteht dann nicht, wenn **Zweifel** an der **Wirksamkeit** der Veränderung bestehen. Der Notar darf in diesem Fall eine die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste erst einreichen, wenn die Zweifel an der Wirksamkeit **ausgeräumt** wurden. Die Einziehung eines Geschäftsanteils wird nur dann bereits mit der Mitteilung des Einziehungsbeschlusses an den Gesellschafter wirksam, wenn der Beschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird.⁸⁷

Ist im **Vorgriff** auf ein **gerichtliches Verfahren**, das die Klärung der Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses zum Gegenstand hat, eine **einstweilige Verfügung** ergangen, nach der aufgrund einer vorläufigen gerichtlichen Beurteilung der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses eine Änderung der Gesellschafterliste zunächst zu unterbleiben hat, kann der **Notar Zweifel** an der **Wirksamkeit nicht** durch eine **eigene Beurteilung** der Wirksamkeit oder unter Hinweis auf die vorläufige Verbindlichkeit des Gesellschafterbeschlusses ausräumen, weil die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einziehung erst im **Gerichtsverfahren** nach Erhebung der **Beschlussmängelklage** mit Wirkung für und gegen jedermann endgültig geklärt werden.⁸⁸

Aus diesem Grund umfasst die **Beachtung** des **gerichtlichen Verbots** der Einreichung einer neuen Liste auch die **Verpflichtung** der Gesellschaft, den **Notar** von der **Verbotsverfügung zu unterrichten**, damit

⁸⁶ a.a.O., juris, Rn. 45.

⁸⁷ a.a.O., juris, Rn. 46.

⁸⁸ a.a.O., juris, Rn. 47.

dieser nicht in Unkenntnis eine verbotswidrige Gesellschafterliste einreicht. Wird dennoch nach Zustellung der einstweiligen Verfügung an die Gesellschaft eine verbotswidrige Liste eingereicht und im Handelsregister aufgenommen, ist der Geschäftsführer nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, die gegen das Verbot eingereichte Gesellschafterliste zu korrigieren bzw. vom Notar korrigieren zu lassen und eine Gesellschafterliste einzureichen, in der der eingezogene Geschäftsanteil enthalten ist, um den Zustand wiederherzustellen, der mit der einstweiligen Verfügung gegen die Gesellschaft gesichert werden sollte.⁸⁹

q)

Satzungsdurchbrechungen, die einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründen, sind **ohne Einhaltung** der für eine **Satzungsänderung** geltenden **Formvorschriften nichtig**. Die Nichtigkeit eines Beschlusses zieht **nicht** nach **§ 139 BGB zwingend** die **Nichtigkeit** weiterer **gleichzeitig gefasster Beschlüsse** nach sich. § 139 BGB findet auf mehrere sachlich zusammenhängende Beschlüsse keine Anwendung.⁹⁰ 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. Regelmäßig ist davon auszugehen, dass die Nichtigkeit eines nachrangigen Teilaspekts nicht zur Nichtigkeit der übrigen Beschlussgegenstände führt.⁹¹ Eine **Einzelfall** regelnde **Satzungsdurchbrechung** ist im Grundsatz auch **ohne Einhaltung** der **formellen Voraussetzungen** einer **Satzungsänderung möglich**, wenn sie sich auf eine **punktueller Regelung**

⁸⁹ a.a.O., juris, Rn. 48.

⁹⁰ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 406/17](#) – juris, Rn. 70.

⁹¹ a.a.O., juris, Rn. 72.

beschränkt, bei der sich die Wirkung des Beschlusses in der betreffenden Maßnahme erschöpft.⁹²

Seite 34 von 58

r)

Die Einrichtung eines **Aufsichtsrats** bei einer GmbH auf der Grundlage einer **Öffnungsklausel** im **Gesellschaftsvertrag** ist **keine Satzungsänderung** und ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften zulässig, wenn die Ermächtigung ausreichend bestimmt ist und der Einrichtungsbeschluss nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.⁹³ Wenn es eine Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer nicht mitbestimmten GmbH zulässt, kann ein fakultativer Aufsichtsrat durch nicht notariell beurkundeten Mehrheitsbeschluss ohne Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister eingerichtet werden.⁹⁴ Die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats in der nicht mitbestimmten GmbH bedarf aber einer Regelung im Gesellschaftsvertrag. Ein **einfacher Gesellschafterbeschluss** genügt nicht.⁹⁵

Die **Gründer** einer GmbH haben ein **aner kennenswertes Interesse** auf eine **flexible Satz ungsgestaltung**, dass sie zwar die erforderliche Satzungsgrundlage für die Einrichtung eines Aufsichtsrats schaffen, sich aber noch nicht festlegen wollen, ob und wann sie davon Gebrauch machen. Hierbei handelt es sich um eine bei mittelständischen Unternehmen seit vielen Jahren weit verbreitete Gestaltungspraxis. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bedeutet zwar einen signifikanten Eingriff in die Binnenstruktur der Gesellschaft. Dies gilt vor allem dann, wenn einem fakultativen Aufsichtsrat wie vorliegend die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer übertragen wird, weil in der nicht mitbestimmten Gesellschaft die Bestellung und die Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer zu den wesentlichen Aufgaben der Gesellschafter gehören (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Indes findet die Veränderung

⁹² Urteil vom 20. August 2019 – [II ZR 121/16](#) – juris, Rn. 24.

⁹³ Urteil vom 02. Juli 2019 – [II ZR 406/17](#) – juris, Rn. 57, 62.

⁹⁴ a.a.O., juris, Rn. 59, 62.

⁹⁵ a.a.O., juris, Rn. 59, 62.

der Binnenstruktur der Gesellschaft nicht außerhalb des Gesellschaftsvertrags statt, sondern die Gesellschafter nehmen den Struktureingriff in Gestalt einer entsprechenden Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag bereits vorweg. Sie haben dadurch eine Organisationsstruktur ihrer GmbH mit drei Organen, bestehend aus Gesellschaftern, Geschäftsführern und Aufsichtsrat, gesellschaftsvertraglich gebilligt. Wird von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, wird kein von der Satzung abweichender rechtlicher Zustand begründet, der die Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften erfordern würde. Stattdessen handelt es sich bei der auf der Basis einer Öffnungsklausel vorgenommenen Einrichtung eines Aufsichtsrats um die Herstellung des im Gesellschaftsvertrag bereits angelegten Zustands. Der **Beschluss** bedarf daher vorbehaltlich strengerer Anforderungen im Gesellschaftsvertrag **keiner qualifizierten Stimmenmehrheit** und **keiner notariellen Beurkundung** nach § 53 Abs. 2 GmbHG; zu seiner Wirksamkeit ist die **Eintragung** in das Handelsregister nach § 54 Abs. 3 GmbHG **nicht erforderlich**.⁹⁶

Im Hinblick auf **Transparenzdefizite** vorgetragene **Bedenken** gegen die Einrichtung eines Aufsichtsrats auf der Grundlage einer Öffnungsklausel sind **nicht durchgreifend**. Enthält ein Gesellschaftsvertrag eine Öffnungsklausel, lässt sich anhand des beim Handelsregister einsehbaren Gesellschaftsvertrags erfahren, dass möglicherweise ein Aufsichtsrat besteht. Ein potenzieller Erwerber kann zudem nachfragen, ob von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht wurde. Sofern die Gesellschaft einen Aufsichtsrat gebildet und dieser einen Vorsitzenden hat, ist nach § 35a Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf allen Geschäftsbriefen der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen anzugeben. Zudem verpflichtet § 52 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die Geschäftsführer, bei Bestellung des Aufsichtsrats nach der Gründung unverzüglich eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats einzureichen. Das Registergericht hat nach § 10 HGB einen Hinweis darauf

⁹⁶ a.a.O., juris, Rn. 64.

bekannt zu machen, dass die Liste zum Handelsregister eingereicht worden ist.⁹⁷

Seite 36 von 58

Eine die Gesellschafterversammlung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats ermächtigende Öffnungsklausel muss **nicht jede Einzelheit** regeln, sondern kann die nähere Ausgestaltung den Gesellschaftern überlassen. Da es als Grundlage für einen nicht den Anforderungen an eine Satzungsänderung unterliegenden Gesellschafterbeschluss über die Einrichtung eines Aufsichtsrats erforderlich ist, dass die Gesellschafter die wesentliche Strukturentscheidung im Gesellschaftsvertrag treffen, ist es notwendig, aber auch ausreichend, wenn neben der Grundsatzentscheidung über die Möglichkeit der Einrichtung eines Aufsichtsrats die wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats, die Überwachungsfunktion, eine Satzungsgrundlage hat und, sofern weitere Kompetenzen übertragen werden sollen, diese jedenfalls in den Grundzügen schon in der Satzung aufgeführt sind.⁹⁸

s)

Nach § 1 Abs. 1 i.V.m. §§ 6, 7 **MitbestG** ist in Unternehmen, die in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden und in der Regel mehr als **2.000 Arbeitnehmer** beschäftigen, ein paritätisch besetzter **Aufsichtsrat** zu bilden.⁹⁹

Arbeitnehmer i.S.d. MitbestG sind gemäß § 3 Abs. 1 des Gesetzes die in § 5 Abs. 1 BetrVG bezeichneten Personen sowie die in § 5 Abs. 3 BetrVG bezeichneten leitenden Angestellten. Das MitbestG verweist damit auf den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen **Arbeitnehmerbegriff** des § 5 Abs. 1 BetrVG. Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebunde-

⁹⁷ a.a.O., juris, Rn. 68.

⁹⁸ a.a.O., juris, Rn. 69.

⁹⁹ Beschluss vom 25. Juni 2019 – [II ZB 21/18](#) – juris, Rn. 15.

ner, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.¹⁰⁰

Seite 37 von 58

Zusätzlich dazu sind nach § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG auch **Leiharbeitnehmer** bei der Ermittlung von Schwellenwerten in Gesetzen zur unternehmerischen Mitbestimmung, u.a. des Mitbestimmungsgesetzes, grundsätzlich zu berücksichtigen. Bei Schwellenwerten, die wie § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG für die Anwendung des jeweiligen Gesetzes gelten, sind Leiharbeitnehmer nach § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG allerdings nur mitzuzählen, wenn die Einsatzdauer **sechs Monate** übersteigt. Diese **Einsatzdauer** ist nicht arbeitnehmer-, sondern **arbeitsplatzbezogen** zu bestimmen. Abzustellen ist daher nicht auf die Dauer des Einsatzes der einzelnen Leiharbeitnehmer, sondern darauf, wie viele Arbeitsplätze in einem Unternehmen regelmäßig über die Dauer von sechs Monaten hinaus mit auch wechselnden Leiharbeitnehmern besetzt sind.¹⁰¹

Maßgeblich ist danach, ob das Unternehmen während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz eines bestimmten oder wechselnder Leiharbeitnehmer handelt und ob die Leiharbeitnehmer auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Ist dies der Fall, sind die betreffenden Arbeitsplätze bei der Bestimmung des Schwellenwerts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG mitzuzählen, wenn die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern über die Dauer von sechs Monaten hinaus regelmäßig erfolgt.¹⁰²

t)

Auch wenn **Rechtshandlungen Dritter** in **§ 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 InsO** nicht ausdrücklich erwähnt werden, sollte durch die tatbestandliche Einbeziehung gleichgestellter Forderungen in diese Vorschriften der Anwendungsbereich des § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. auch in

¹⁰⁰ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁰¹ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁰² a.a.O., juris, Rn. 21.

personeller Hinsicht übernommen werden. Von der Neuregelung werden daher auch Rechtshandlungen Dritter erfasst, welche der **Darlehensgewährung** durch einen **Gesellschafter wirtschaftlich entsprechen**. Dies gilt insbesondere für Darlehen **verbundener Unternehmen**. Danach werden Leistungen Dritter erfasst, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung infolge einer **horizontalen** oder **vertikalen Verbindung** einem Gesellschafter gleichsteht. Die Beteiligung kann in der Weise ausgestaltet sein, dass ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften, der die Leistung annehmenden und der die Leistung gewährenden Gesellschaft, und zwar an der letztgenannten maßgeblich beteiligt ist. Eine **maßgebliche Beteiligung** in diesem Sinn ist gegeben, wenn der Gesellschafter auf die Entscheidungen des hilfeleistenden Unternehmens, nämlich auf die Gewährung oder auf den Abzug der Leistung an das andere Unternehmen, einen **bestimmenden Einfluss** ausüben, insbesondere dem Geschäftsführungsorgan der Hilfe gewährenden Gesellschaft durch Gesellschafterbeschlüsse gemäß **§ 46 Nr. 6 GmbHG** entsprechende **Weisungen** erteilen kann. Dazu genügt bei einer GmbH eine Beteiligung von **mehr als 50 vom Hundert**.¹⁰³

Die Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterwirft neben Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens auch Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, dem insolvenzrechtlichen Nachrang. Die einheitliche rechtliche Behandlung von Darlehen und gleichgestellten Forderungen entspricht dem früheren Eigenkapitalersatzrecht. Insoweit wird § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG a.F. von § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in sachlicher Hinsicht übernommen. Der nach Verfahrenseröffnung eingreifende Nachrang wird im Vorfeld der Insolvenz durchgesetzt, indem Rückzahlungen auf Darlehen und gleichgestellte Forderungen gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung ausgesetzt sind. Die Anfechtbarkeit erfasst die

¹⁰³ Versäumnisurteil vom 11. Juli 2019 – [IX ZR 210/18](#) – juris, Rn. 9.

Befriedigung sowohl von Gesellschafterdarlehen als auch von ihnen wirtschaftlich entsprechenden Forderungen.¹⁰⁴

Ungeachtet des Entstehungsgrundes entsprechen einem Darlehen alle aus Austauschgeschäften herrührenden Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet werden, weil eine Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehensgewährung bewirkt. Wird eine Leistung bargeschäftlich abgewickelt, scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehen führt, aus. Die Befriedigung einer darlehensgleichen Forderung liegt vor, wenn mit der Zahlung länger als drei Monate stehen gelassene Vergütungsansprüche befriedigt wurden.¹⁰⁵

Die rechtliche oder faktische **Stundung** einer Forderung **entspricht** bei **wirtschaftlicher Betrachtung** einem **Vereinbarungsdarlehen**, bei dem eine ursprünglich auf einem anderen Rechtsgrund beruhende Forderung künftig als Darlehen geschuldet wird. Die Gesellschaft kann eine ihr gestundete, aus einem sonstigen Rechtsgrund hervorgegangene Forderung gleich einem Darlehen kapitalmäßig nutzen und darauf verzichten, sich anderweitig Kreditmittel zu beschaffen. Deshalb kann es keinen Unterschied bedeuten, ob der Gesellschafter seinem Unternehmen einen bestimmten Betrag darlehensweise zur Verfügung stellt oder infolge einer rechtlichen oder tatsächlichen Stundung von der Beitreibung einer fälligen Forderung absieht. Kommt die Stundung wirtschaftlich einer Darlehensgewährung gleich, ist sie auch anfechtungsrechtlich wie ein Darlehen zu behandeln. Darum kann eine Forderung als darlehensgleich zu beurteilen sein, wenn der Gesellschafter einen fälligen Anspruch darlehensfremder Art nicht gegen die Gesellschaft geltend macht.¹⁰⁶

Nicht jede Stundung über den für einen Baraustausch unschädlichen Zeitraum von 30 Tagen hinaus führt dazu, dass eine Forderung aus einem

¹⁰⁴ a.a.O., juris, Rn. 12.

¹⁰⁵ a.a.O., juris, Rn. 13.

¹⁰⁶ a.a.O., juris, Rn. 14.

sonstigen Austauschgeschäft als Darlehen zu qualifizieren ist. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob eine rechtliche oder faktische Stundung den zeitlichen Bereich im Geschäftsleben gebräuchlicher Stundungsvereinbarungen eindeutig überschreitet. Dies ist in der Regel anzunehmen, wenn eine Forderung **länger als drei Monate** stehen gelassen wird.¹⁰⁷

Rechtsgeschäftliche Fälligkeitsabreden, die im Rahmen von Verkehrsgeschäften zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter getroffen werden, können wirtschaftlich einer Darlehensgewährung entsprechen. Da nicht jede geringfügige Überschreitung der marktüblichen Zahlungsfristen zur Annahme einer darlehensgleichen Forderung führt, haben auch Fälligkeitsvereinbarungen diese Wirkung nur dann, wenn sie deutlich von den im Verkehr mit dritten Vertragspartnern üblichen Konditionen abweichen. In Anknüpfung an die zeitlichen Grenzen möglicher Fälligkeitsvereinbarungen können Forderungen eines Gesellschafters aus normalen Verkehrsgeschäften wie einer Warenlieferung ebenfalls als darlehensähnlich zu bewerten sein, wenn sie deutlich über einen verkehrsüblichen Zeitraum hinaus durch Stehenlassen faktisch gestundet werden.¹⁰⁸

Bei der **rechtlichen Bewertung**, ob ein verkehrsüblicher Zeitraum merklich überschritten wird, ist zu berücksichtigen, dass nach dem gesetzlichen Leitbild des § 271a Abs. 1 BGB eine Vereinbarung, nach der der Gläubiger die Erfüllung einer Entgeltforderung erst nach mehr als 60 Tagen nach Empfang der Gegenleistung verlangen kann, nur wirksam ist, wenn sie ausdrücklich getroffen und im Hinblick auf die Belange des Gläubigers nicht grob unbillig ist. Mit Hilfe der Regelung sollen insbesondere kleinere Unternehmen von der mit langen Zahlungsfristen verbundenen Last des „Gläubigerkredits“ befreit werden (BT-Drucks. 18/1309, S. 8). Im Licht des § 271a Abs. 1 BGB könnte es naheliegen, eine Forderung nach Verstreichen des Zeitraums von 60 Tagen kraft einer generalisierenden Bewertung als Gläubigerkredit und folglich darlehensgleich zu

¹⁰⁷ a.a.O., juris, Rn. 15.

¹⁰⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

charakterisieren. Allerdings erfordert die Umqualifizierung einer sonstigen Forderung in eine Darlehensforderung, dass der im Verkehr mit Dritten übliche Zeitraum einer Fälligkeitsvereinbarung oder Stundung zweifelsfrei überschritten wird. Bedarf es einer eindeutigen Missachtung üblicher Zahlungsfristen, ist nicht bereits dann von einer darlehensgleichen Forderung auszugehen, wenn der zulässige Fälligkeitszeitraum von 60 Tagen nicht gewahrt ist. Nach Ablauf dieser Zeitspanne tritt nicht zwingend statt der Austauschbeziehung die Finanzierungsfunktion in den Vordergrund.¹⁰⁹

Vielmehr verhält es sich gemeinhin erst dann im Sinne einer Darlehensgewährung, wenn der Gesellschaft zur Tilgung einer Gesellschafterforderung vereinbarungsgemäß mit Hilfe einer die Fälligkeit nicht berührenden und daher durch § 271a BGB nicht verwehrten rechtlichen (BT-Drucks. 18/1309, S. 15) oder faktischen Stundung über ein noch zulässiges Zahlungsziel hinaus ein zusätzlicher Zahlungszeitraum eröffnet wird und sich daraus in einer Gesamtschau der Schluss auf eine Kreditgewährung unzweifelhaft aufdrängt. Dies ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn eine fällige Forderung von dem Gesellschafter länger als drei Monate rechtsgeschäftlich gestundet oder tatsächlich stehen gelassen wird. Bei Darlehensverträgen unbestimmter Dauer legt das Gesetz durch § 488 Abs. 3 Satz 2 BGB eine ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten fest (BT-Drucks. 14/6060, S. 253). Ist dieser Zeitraum verstrichen, gewinnt eine auf einem sonstigen Rechtsgrund beruhende Forderung typischerweise Darlehenscharakter, weil die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht anders steht, als wenn ihr ein innerhalb dieser Frist ordentlich kündbares Darlehen gewährt worden wäre. Durch eine drei Monate überschreitende rechtsgeschäftliche oder faktische Stundung gibt der Gläubiger für gewöhnlich zu erkennen, der Gesellschaft eine darlehensgleiche Forderung zu belassen. Deshalb gestattet das Stehenlassen einer sonstigen Forderung über den Kündigungszeitraum für ein Darlehen

¹⁰⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

hinaus grundsätzlich die Bewertung, dass der Forderung wirtschaftlich Darlehensfunktion innewohnt.¹¹⁰

Seite 42 von 58

5. Recht der Aktiengesellschaft

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

a)

Die Vereinbarung in dem **Dienstvertrag** des **Vorstands**, nach dem ihm der **Aufsichtsrat Sonderleistungen** nach **billigem Ermessen** bewilligen kann, es sich dabei um **freiwillige Zuwendungen** handelt und hieraus ein Rechtsanspruch nicht abgeleitet werden kann, **begründet keinen Anspruch** auf Zahlung einer **variablen Vergütung**. Eine solche Klausel hält der **Inhaltskontrolle** nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB auch unter Berücksichtigung der aktienrechtlichen Vorgaben für die Vorstandsvergütung in § 87 AktG **stand**. Diese Vorschrift beinhaltet kein dispositives Vertragsrecht, aus dem der Vorstand bei Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung herleiten könnte. Sie ist vielmehr dem **Aufsichtsrecht** zuzuordnen und umschreibt in **§ 87 Abs. 1 AktG** die als **gesetzliches Leitbild zulässigen Vergütungsformen**, ohne eine bestimmte Art der Vergütung vorzugeben. Als Aufsichtsrecht **beschränkt** die Regelung das **Ermessen** des **Aufsichtsrates** bei Abschluss der zivilrechtlichen Vergütungsabreden, ohne deren Wirksamkeit unmittelbar zu berühren. § 87 Abs. 1 AktG steht somit der **Vereinbarung** einer **reinen Fixvergütung nicht entgegen**, was sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/12278, S. 5 [„unbeschadet der Möglichkeit, eine Festvergütung zu vereinbaren, ...“]) und aus dem Sinn und Zweck der Regelung ergibt, die **Vergütungsexzesse vermeiden** und nicht variable Vergütungskomponenten verpflichtend vorschreiben will.¹¹¹

¹¹⁰ a.a.O., juris, Rn. 18.

¹¹¹ Teilversäumnis- und Teilendurteil vom 06. November 2018 – [II ZR 199/17](#) – juris, Rn. 33.

Die zu **Vergütungsvereinbarungen** mit **Arbeitnehmern** ergangene **Rechtsprechung** ist **nicht** ohne Weiteres auf Anstellungsverträge von Vorständen einer AG zu **übertragen**. Zwischen Arbeitsverträgen und Vorstandsdienstverträgen bestehen erhebliche Unterschiede. Insbesondere unterliegt der **Vorstand nicht** dem **Direktionsrecht** des **Arbeitgebers**, sondern er ist als **Organ** der AG **persönlich unabhängig** und **leitet** diese unter **eigener Verantwortung** (§ 76 Abs. 1 AktG). Anders als bei Arbeitnehmern können **Zielvereinbarungen** mit Vorständen **nicht uneingeschränkt** geschlossen werden, sondern nur, soweit sie nicht in unzulässiger Weise auf die **Leitungsautonomie** des **Vorstands** Einfluss nehmen, weshalb sie an **anderen Kriterien** ausgerichtet sein müssen als bei einem Arbeitnehmer. Der Aufsichtsrat ist nicht befugt, dem Vorstand vorzugeben, wie er seine Dienstleistung im Einzelnen erbringen soll, auch nicht mittels tätigkeitsbezogener Zielvorgaben.¹¹² Darüber hinaus unterliegt der **Vorstand** hinsichtlich seiner Vergütung anders als ein Arbeitnehmer **besonderen Treuebindungen** und hat deshalb unter Umständen nachträgliche Veränderungen bis hin zu **Gehaltskürzungen** hinzunehmen.¹¹³

Einen Anspruch auf eine Sonderleistung kann ein Mitglied des Vorstands einer AG auch nicht auf eine **betriebliche Übung** stützen. Eine betriebliche Übung begründet für den Vorstand keinen Anspruch, sondern kann nur für die Auslegung seines Anstellungsvertrags von Bedeutung sein.¹¹⁴ Ebenso wenig ergibt sich ein Anspruch auf eine Sonderleistung aus dem allgemeinen **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz**. Dieses richterrechtlich entwickelte und gewohnheitsrechtlich anerkannte Institut findet bereits **keine Anwendung** auf den **Vorstand** einer **AG**. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung kommt bei Vertretungsorganen von Kapitalgesellschaften in der Regel nicht zum Zuge, weil deren **Verträge** weitgehend nach **individuellen Gesichtspunkten** ausgehandelt zu werden pflegen und mit den Verträgen sonstiger Angestellter nicht

¹¹² a.a.O., juris, Rn. 26.

¹¹³ a.a.O., juris, Rn. 27.

¹¹⁴ a.a.O., juris, Rn. 36.

vergleichbar sind.¹¹⁵ Aus **Treu und Glauben** kann jedoch unter Umständen eine abgeschwächte Gleichbehandlungspflicht unter Vorständen bestehen.¹¹⁶

b)

Erhält eine zur **Teilgewinnabführung verpflichtete GmbH** durch **Formwechsel** die Rechtsform einer **AG**, berührt dies den Fortbestand eines zuvor **wirksam** abgeschlossenen **Teilgewinnabführungsvertrags** nicht. Der Teilgewinnabführungsvertrag ist infolge des Formwechsels gemäß § 294 Abs. 1 AktG zur Eintragung in das **Handelsregister** anzumelden. Die Parteien des Teilgewinnabführungsvertrags sind aus dem bestehenden Vertragsverhältnis wechselseitig verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen.¹¹⁷

Infolge des **Formwechsels** besteht der **Rechtsträger** in der durch den Umwandlungsbeschluss bestimmten Rechtsform **weiter** (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Er bleibt **Inhaber** des **Vermögens** mit allen Rechten und Pflichten. **Verträge** – auch Unternehmensverträge – bestehen mit dem Rechtsträger in der geänderten Rechtsform unter Anwendung der für diesen geltenden Normen **unverändert weiter**, es sei denn, das Vertragsverhältnis ist mit der Rechtsform der verpflichteten Gesellschaft nicht vereinbar. Bei einem Wechsel in die Rechtsform einer AG kann ein Teilgewinnabführungsvertrag nach Maßgabe der §§ 292 ff. AktG fortbestehen.¹¹⁸

Der mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft geschlossene **Teilgewinnabführungsvertrag** unterliegt, wenn diese durch Formwechsel die Rechtsform einer AG erhält, den Vorgaben der **§§ 292 ff. AktG**. Die fehlende **Eintragung** des Unternehmensvertrags in das **Handelsregister** führt nicht zur Beendigung eines wirksam geschlossenen Teilge-

¹¹⁵ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹¹⁶ a.a.O., juris, Rn. 38.

¹¹⁷ Urteil vom 16. Juli 2019 – [II ZR 175/18](#) – juris, Rn. 29, 32.

¹¹⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

winnabführungsvertrags, weil diese Eintragung zwar nach § 294 Abs. 1 Satz 1 AktG geboten ist, ihr aber nur **deklaratorische Bedeutung** zukommt. Die Vorschrift des **§ 294 Abs. 2 AktG** ist angesichts der bereits vor dem Formwechsel eingetretenen Wirksamkeit des Vertrags und der Vertragskontinuität **nicht anwendbar**. Es wäre auch nicht hinnehmbar, wenn es die verpflichtete Gesellschaft in der Hand hätte, sich den Verpflichtungen aus dem Unternehmensvertrag einseitig durch einen Formwechsel zu entziehen.¹¹⁹

Der **Teilgewinnabführungsvertrag** ist ein **Dauerschuldverhältnis**, das aus **wichtigem Grund gekündigt** werden kann. Ein zur außerordentlichen Kündigung berechtigender wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Unternehmensvertrags bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Liegen die Gründe, aus denen sich eine Vertragspartei von dem Vertrag lösen möchte, in der ihr durch Gesetz oder den Vertrag zugewiesenen **Risikosphäre**, ist die Kündigung nur ausnahmsweise gerechtfertigt. Bei einer Veränderung der bei Vertragsschluss bestehenden übereinstimmenden Erwartungen ist vorrangig eine Änderung des Vertrags nach den Grundsätzen des § 313 Abs. 1 BGB in Betracht zu ziehen, wenn eine solche Änderung geeignet sein kann, den Kündigungsgrund auszuräumen.¹²⁰

Ob ein die außerordentliche Kündigung **rechtfertigender Grund** vorliegt, ist in erster Linie durch den **Tatrichter** zu beantworten. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, die vom Berufungsgericht vorgenommene Wertung darauf zu überprüfen, ob der Rechtsbegriff des wichtigen Grundes richtig erkannt und die Grenzen des dem Tatrichter eingeräumten Ermessens bei der Würdigung des von ihm festgestellten Sachverhalts eingehalten worden sind; ein Ermessensfehler liegt insbe-

¹¹⁹ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹²⁰ a.a.O., juris, Rn. 35.

sondere dann vor, wenn wesentliche Tatsachen außer Acht gelassen oder nicht vollständig gewürdigt worden sind.¹²¹

Der **Gewinnabführungsanspruch** ist ein **vertraglicher Anspruch**, dessen **konkreter Inhalt** hinsichtlich seiner Entstehung, Fälligkeit und Maßgeblichkeit des Jahresabschlusses für seine Höhe nach allgemeinen Grundsätzen durch **Auslegung** der **vertraglichen Vereinbarung** zu ermitteln ist. Die Auslegung des Teilgewinnabführungsvertrags als Individualvereinbarung ist ebenfalls grundsätzlich **Sache des Tatrichters** und kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt ist und gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind.¹²²

c)

Wenn **vor** der **Eintragung** einer durch **formwechselnde Umwandlung gegründeten, dualistisch aufgebauten Europäischen Gesellschaft (SE)** in das **Handelsregister** ein **Statusverfahren** eingeleitet worden ist, richtet sich die in diesem Verfahren festzulegende **Zusammensetzung** des **Aufsichtsorgans** der SE bei Anwendbarkeit der Auffangregelung über die Mitbestimmung kraft Gesetzes (§§ 34 ff. SEBG) danach, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammenzusetzen war.¹²³

Die **Mitbestimmung** der **Arbeitnehmer** in den Organen einer SE richtet sich gemäß **§ 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG** allein nach diesem Gesetz. Durch das SEBG ist die zeitgleich mit der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-VO) erlassene Richtlinie 2001/86/EG des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-Ergänzungsrichtlinie) in deutsches

¹²¹ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹²² a.a.O., juris, Rn. 42.

¹²³ Beschluss vom 23. Juli 2019 – [II ZB 20/18](#) – juris, Rn. 23.

Recht umgesetzt worden. Nach Art. 13 Abs. 2 der SE-Ergänzungsrichtlinie finden einzelstaatliche Rechtsvorschriften in Bezug auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Gesellschaftsorganen, die nicht zur Umsetzung der Richtlinie dienen, keine Anwendung auf Gesellschaften in der Rechtsform der SE. Die Bestimmungen des Mitbestimmungs- und des Drittelbeteiligungsgesetzes sind auf die SE zudem deshalb nicht unmittelbar anwendbar, weil sie nicht zu den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG und § 1 DrittelbG abschließend aufgelisteten Gesellschaftsformen zählt.¹²⁴

Nach dem **SEBG** besteht eine **Mitbestimmung** der **Arbeitnehmer** durch eine Beteiligung in Organen der SE **nur** dann, wenn zwischen den Leitungen der Gründungsgesellschaften und dem gemäß § 5 SEBG zusammengesetzten besonderen Verhandlungsgremium eine **Vereinbarung** getroffen wurde, welche die Mitbestimmung vorsieht (§ 21 Abs. 3 bis 6 SEBG), oder wenn die Voraussetzungen der Mitbestimmung kraft Gesetzes gemäß §§ 34 ff. SEBG vorliegen.¹²⁵

Im Fall einer durch **formwechselnde Umwandlung** gegründeten SE finden die **§§ 35 bis 38 SEBG nur Anwendung**, wenn in der Gesellschaft vor der Umwandlung **Bestimmungen** über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan **galten** (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 SEBG). Ist diese Voraussetzung erfüllt, bleibt die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat (§ 35 Abs. 1 SEBG).¹²⁶

Die Auslegung dieser Vorschriften ist insbesondere hinsichtlich der Frage **umstritten**, worauf für die Beurteilung des vor der Umwandlung gegebenen Anknüpfungstatbestandes abzustellen ist. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass es für das Mitbestimmungsstatut der SE auf die in der Gründungsgesellschaft **tatsächlich praktizierte Mitbestimmung**,

¹²⁴ a.a.O., juris, Rn. 24.

¹²⁵ a.a.O., juris, Rn. 25.

¹²⁶ a.a.O., juris, Rn. 28.

mithin den „Ist-Zustand“, ankomme.¹²⁷ Andere wollen auf die in der Gründungsgesellschaft gesetzlich gebotene Mitbestimmung, den „Soll-Zustand“, abstellen, wobei einige annehmen, dass das tatsächlich praktizierte Mitbestimmungsstatut zwar zunächst fortgelte, aber im Wege des Statusverfahrens auch nach Gründung der SE noch an den vor Gründung geltenden **Sollzustand** angepasst werden könne.¹²⁸

Welcher dieser Meinungen zu folgen ist, bedarf **keiner abschließenden Entscheidung**; insbesondere kann offenbleiben, ob grundsätzlich auf den „Ist-Zustand“ oder den „Soll-Zustand“ abzustellen ist.¹²⁹ Allerdings bedarf die mögliche Anknüpfung an einen in der Gründungsgesellschaft noch nicht praktizierten „Soll-Zustand“ stets eines geregelten Verfahrens, um rechtlich wirksam zu werden. Sofern vor der Umwandlung keine Vereinbarung über die Mitbestimmung geschlossen wurde, erfordert eine Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsorgans zur Umsetzung der vor der Umwandlung rechtlich gebotenen Mitbestimmung die Durchführung eines Statusverfahrens nach den §§ 97 ff. AktG. Das Statusverfahren ist, wie sich aus § 17 Abs. 4 Satz 1 SEAG erschließt, auch auf die SE anwendbar. Damit gilt das in **§ 96 Abs. 4 AktG** normierte **Kontinuitätsprinzip** auch für die SE. Hieraus ergibt sich, dass auch in einer SE die Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats erst mit dem **Abschluss** des **Statusverfahrens** wirksam wird und der gewählte Aufsichtsrat bis dahin in seiner konkreten Zusammensetzung rechtmäßig bestehen bleibt.¹³⁰

Hiermit ist indes nicht die Frage beantwortet, ob es für die gesetzlich gebotene, gegebenenfalls im Wege eines Statusverfahrens durchsetzbare, Zusammensetzung des Aufsichtsrats auf den vor der Umwandlung bestehenden „Ist-Zustand“ oder den „Soll-Zustand“ ankommt.¹³¹ Diese Frage kann jedoch offenbleiben, wenn das Statusverfahren bereits vor der

¹²⁷ a.a.O., juris, Rn. 29.

¹²⁸ a.a.O., juris, Rn. 30.

¹²⁹ a.a.O., juris, Rn. 31.

¹³⁰ a.a.O., juris, Rn. 32.

¹³¹ a.a.O., juris, Rn.33.

Eintragung der SE in das Handelsregister und damit vor dem für den Vollzug der formwechselnden Umwandlung maßgebenden Zeitpunkt (§ 202 UmwG) eingeleitet worden ist. Infolge dieses Umstandes käme es auch unter der Prämisse, dass grundsätzlich auf den „Ist-Zustand“ abzustellen sei, entscheidend darauf an, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammengesetzt war.¹³²

Ist ein **Statusverfahren** vor der **Eintragung** der SE in das Handelsregister **eingeleitet** worden, prägt dieser tatsächliche Umstand den vor der Umwandlung bestehenden „**Ist-Zustand**“ mit. Das anhängige Statusverfahren nimmt der bis dahin praktizierten Regelung ihre Verbindlichkeit für den Mitbestimmungsstatus der SE und öffnet die bisherige Handhabung für eine Korrektur nach Maßgabe der einschlägigen Mitbestimmungsregeln.¹³³ Ziel und Zweck des SEBG und der ihm zugrunde liegenden Ergänzungsrichtlinie sprechen entscheidend dafür, dass diese Korrekturmöglichkeit mit der Eintragung der SE in das Handelsregister nicht entfällt, sondern auch im Hinblick auf das Aufsichtsorgan der SE erhalten bleibt.¹³⁴ Fundamentaler **Grundsatz** und erklärtes **Ziel** der **Richtlinie** ist gemäß Erwägungsgrund 18 die **Sicherung erworbener Rechte** der **Arbeitnehmer** über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen. Die vor der Gründung einer SE bestehenden Rechte der Arbeitnehmer sollten deshalb Ausgangspunkt auch für die Gestaltung ihrer Beteiligungsrechte in der SE sein (Vorher-Nachher-Prinzip). § 1 SEBG greift diese Zielvorgabe auf und sieht in Abs. 3 vor, die Vorschriften des SEBG so auszulegen, dass die Ziele der Europäischen Union, die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE sicherzustellen, gefördert werden. Für den Fall der SE-Gründung durch formwechselnde Umwandlung gilt das Vorher-Nachher-Prinzip besonders streng (vgl. § 15 Abs. 5, § 21 Abs. 6 SEBG). Der Gesetzgeber hat in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht die Gefahr, dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer beeinträchtigt wird, bei der SE-Gründung durch

¹³² a.a.O., juris, Rn. 34.

¹³³ a.a.O., juris, Rn. 35.

¹³⁴ a.a.O., juris, Rn. 36.

formwechselnde Umwandlung als besonders hoch eingeschätzt. Eine „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Umwandlung in eine SE sollte nach Möglichkeit unterbunden werden.¹³⁵

Einer solchen „**Flucht aus der Mitbestimmung**“ könnte aber Vorschub geleistet werden, wenn ein Mitbestimmungsstatut dauerhaft festgeschrieben würde, obwohl dessen Übereinstimmung mit den anwendbaren Mitbestimmungsvorschriften durch die Einleitung eines Statusverfahrens bereits auf den Prüfstand gestellt wurde. Da die Einleitung eines Statusverfahrens die Gründung der SE durch Eintragung in das Handelsregister nicht hindert, könnte mit der Eintragung der SE einem bis dahin noch nicht rechtskräftig beendeten Statusverfahren der Prüfungsgegenstand entzogen und die weitere gerichtliche Überprüfung vereitelt werden. Die Dauer eines Statusverfahrens kann von Umständen außerhalb der Einwirkungsmöglichkeiten der Antragsteller abhängen und gegebenenfalls durch ein auf Verfahrensverzögerung ausgerichtetes Prozessverhalten der Antragsgegnerseite beeinflusst werden.¹³⁶

d)

Eine **Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsbeschlusses zur Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss** ist **ohne unangemessene Verzögerung** und mit der dem Aktionär zumutbaren **Beschleunigung** zu erheben. Der für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit zu berücksichtigende Zeitraum beginnt, wenn der **Aktionär** den **Beschluss** des Vorstands oder Aufsichtsrats sowie die eine Nichtigkeit aus seiner Sicht nahelegenden Umstände **kennt** oder **kennen muss**. Ferner ist dem Aktionär eine Klageerhebung nicht zumutbar, solange er nicht ausreichend Zeit hatte, schwierige tatsächliche Fragen zu klären oder klären zu lassen, auf die es für die **Beurteilung der Erfolgsaussicht** der Klage ankommt. Vor der gebotenen **Nachberichterstattung** über die Kapitalerhöhung hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, wann

¹³⁵ a.a.O., juris, Rn. 37.

¹³⁶ a.a.O., juris, Rn. 38.

der Aktionär die ein pflichtwidriges Organhandeln aus seiner Sicht nahelegenden Umstände kannte oder kennen musste. Jeweils im Einzelfall unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ist auch zu beurteilen, ob eine unangemessene Verzögerung vorliegt.¹³⁷ Diese Grundsätze gelten auch für eine **Unterlassungsklage**, mit der ein Aktionär einen Eingriff in seine Mitgliedschaftsrechte durch pflichtwidriges Organhandeln abwehren will.¹³⁸

Diese Grundsätze zu Aktionärsklagen, mit denen die Rechtswidrigkeit und daraus folgende Nichtigkeit von Kapitalerhöhungsbeschlüssen mit Bezugsrechtsausschluss des Vorstands und Aufsichtsrats gegen die AG geltend gemacht werden können, betreffen einen Ausschnitt des verbandsrechtlichen **Anspruchs** des **Aktionärs** darauf, dass die **Gesellschaft** seine **Mitgliedsrechte achtet** und alles unterlässt, was sie über das durch Gesetz und Satzung gedeckte Maß hinaus beeinträchtigt. Ein solcher Anspruch ist auch als auf Unterlassung oder Wiederherstellung gerichteter Leistungsanspruch innerhalb einer Frist klageweise geltend zu machen, die zu der **Monatsfrist** des **§ 246 AktG nicht außer Verhältnis** steht. Aktionäre dürfen bei rechtswidrigem Verwaltungshandeln ihre Rechte generell nicht unter Verletzung der Rücksichtnahmepflicht gegenüber der Gesellschaft missbräuchlich ausüben, weswegen ein solcher Anspruch ohne unangemessene Verzögerung geltend zu machen ist.¹³⁹ Auch das Schrifttum geht davon aus, dass eine Unterlassungsklage, mit der ein Aktionär einen Eingriff in seine Mitgliedschaftsrechte durch pflichtwidriges Organhandeln abwehren will, jedenfalls ohne unangemessene Verzögerung zu erheben ist.¹⁴⁰

Letztlich ergibt sich aus der **allgemeinen Rücksichtnahmepflicht** des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft, dass auch die **Unterlassungsklage** ohne unangemessene Verzögerung erhoben werden muss. Während

¹³⁷ Urteil vom 07. Mai 2019 – [II ZR 278/16](#) – juris, Rn. 15.

¹³⁸ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹³⁹ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁴⁰ a.a.O., juris, Rn. 18.

die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsbeschlusses die Wirksamkeit der durchgeführten Kapitalmaßnahme nicht berührt, kann die Unterlassungsklage zu einer **Blockade** angestrebter Veränderungen führen. Das Interesse der Gesellschaft, schnell Rechtssicherheit zu erhalten, ist jedenfalls nicht weniger schutzwürdig als bei einer Feststellungsklage, die ähnlich einer Fortsetzungsfeststellungsklage im Wesentlichen lediglich der Vorbereitung möglicher Schadensersatz- und sonstiger Ansprüche des Aktionärs dient.¹⁴¹

e)

Das **Rechtsschutzbedürfnis** für die **Anfechtung** eines **Beschlusses** der Hauptversammlung des übertragenen Rechtsträgers, mit dem ein **besonderer Vertreter bestellt** wurde (§ 147 Abs. 2 AktG), ist mit der **Verschmelzung entfallen**. Der Beschluss hat **keinerlei Wirkung** für die Gesellschaft oder die Organe mehr. Auch ohne Nichtigerklärung des Beschlusses kann der besondere Vertreter keine weitere Tätigkeit entfalten, weil sein Amt mit der Verschmelzung erloschen ist. Eine Nichtigerklärung kann keine Auswirkungen auf die Rechtsbeziehung der Gesellschaft, der Aktionäre, der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats haben. Wenn ein Beschluss keinerlei Wirkung für Vergangenheit und Zukunft mehr hat, besteht an seiner Vernichtung oder Klärung der Rechtmäßigkeit kein aner kennenswertes Rechtsschutzinteresse mehr. Zwar besteht grundsätzlich das **Interesse** an der **Vernichtung** eines **Beschlusses** fort, wenn er für die **Vergangenheit Grundlage** für **weitere Rechtshandlungen** oder **Maßnahmen** war. Im Rahmen seines Aufgabenkreises besitzt der besondere Vertreter aber Organqualität, so dass die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung auch auf ihn anwendbar sind. Dies hat zur Folge, dass auch bei einer Nichtigerklärung des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses die bis zur Abberufung vollzogenen Rechtshandlungen des besonderen Vertreters für die Gesellschaft wirksam bleiben und damit

¹⁴¹ a.a.O., juris, Rn. 19.

auch für die Vergangenheit das Rechtsschutzinteresse an der Nichtigerklärung entfällt.¹⁴²

Hinsichtlich des **Geltendmachungsbeschlusses** (§ 147 Abs. 1 AktG) ist **fraglich**, ob ein solcher nach einer **Verschmelzung** überhaupt noch eine **Bindungswirkung** entfaltet. Die Fortwirkung eines Beschlusses nach der Verschmelzung ist grundsätzlich notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Rechtsschutzbedürfnisses.¹⁴³ Es handelt sich insoweit um eine ungeklärte Rechtsfrage, bei der die Rechtslage nicht eindeutig ist. Der Senat sieht zunächst davon ab, sich in Bezug auf die Frage der Bindungswirkung festzulegen, da auch aus anderen Gründen in Frage kommt, dass das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin entfallen ist: In den bisher bekannt gewordenen Fällen war eine Entscheidung über diese Fragen nicht veranlasst, da der übernehmende Rechtsträger den Geltendmachungsbeschluss nach § 147 Abs. 1 AktG des übertragenden Rechtsträgers nach der Verschmelzung selbst aufgehoben hat. Unabhängig davon hat der Senat für die GmbH bereits entschieden, dass das Bedürfnis für eine Beschlussanfechtung entfallen kann, wenn der Alleingesellschafter die angefochtenen Beschlüsse durch eine neue Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung aufheben und damit selbst, ohne Gestaltungsurteil, die Wirkungen der Beschlüsse beseitigen kann.¹⁴⁴

6.

Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung

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

¹⁴² Hinweisbeschluss vom 08. Januar 2019 – [II ZR 94/17](#) – juris, Rn. 2.

¹⁴³ a.a.O., juris, Rn. 3.

¹⁴⁴ a.a.O., juris, Rn. 4.

a)

Bei der **Ausschließung** eines Gesellschafters oder **Einziehung** von Gesellschaftsanteilen durch Beschluss richtet sich der **Streitwert** nach dem **Wert** des jeweiligen **Gesellschaftsanteils**. Selbst wenn die im Handelsregister eingetragene **Haftsumme** dem **Kapitalanteil** des Kommanditisten entspricht, ist der Rückgriff auf den Kapitalanteil des Gesellschafters (§ 120 Abs. 2 Halbsatz 1, § 161 Abs. 2 HGB), der eine bloße Rechengröße darstellt, als Bewertungsgrundlage für den Wert des Gesellschaftsanteils jedenfalls dann **ungeeignet**, wenn über das Vermögen der KG das **Insolvenzverfahren** eröffnet wurde. Denn in diesem Fall ist typischerweise von der Wertlosigkeit des Gesellschaftsanteils auszugehen. Der ursprüngliche Beitrag des Gesellschafters bietet dann auch keinen Anhaltspunkt mehr für den tatsächlichen Wert des Gesellschaftsanteils.¹⁴⁵

b)

Ungeklärt sind die Fragen, welche **inhaltlichen Anforderungen** an einen **Beschluss nach § 147 AktG** zu stellen sind sowie ob und unter welchen Umständen der **Versammlungsleiter abgewählt** werden kann.¹⁴⁶ Im Hinblick auf die sich aus § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG ergebende Rechtskrafterstreckung und Gestaltungswirkung eines stattgebenden Anfechtungsurteils liegt eine **streitgenössische Nebenintervention** vor, wenn ein **Aktionär** in einem solchen Anfechtungsprozess der **beklagten AG** beitrifft. Dies gilt auch für den **Beitritt** eines **Aktionärs** auf Seiten eines **weiteren Aktionärs**, der einen Anfechtungsrechtsstreit führt. Für den **Vorstand** der AG, der im Anfechtungsrechtsstreit parteifähig und als Streithelfer einer Partei beteiligt sein kann, gilt nichts anderes, da § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG die Urteilswirkung auf ihn in gleicher Weise erstreckt wie auf einen Aktionär. Wegen seiner Parteistellung können dem Vorstand auch die

¹⁴⁵ Beschluss vom 12. November 2019 – [II ZR 261/18](#) – und – [II ZR 262/18](#) – juris, Rn. 4 f.

¹⁴⁶ Beschluss vom 08. Oktober 2019 – [II ZR 94/17](#) – juris, Rn. 3.

Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden, soweit er gegen die Gesellschaft unterliegt.¹⁴⁷

Seite 55 von 58

c)

Eine **inländische juristische Person** oder **parteifähige Vereinigung** erhält gemäß § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO auf Antrag **Prozesskostenhilfe**, wenn die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung **allgemeinen Interessen** zuwiderlaufen würde.¹⁴⁸ Durch dieses Erfordernis soll verhindert werden, dass mittellose Verbände eigene wirtschaftliche Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verwirklichen. Es trägt den besonderen Verhältnissen der juristischen Personen und rechtsfähigen Vereinigungen Rechnung, die eine von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung nur dann besitzen, wenn sie in der Lage sind, ihre Ziele aus eigener Kraft zu verfolgen.¹⁴⁹

Der **Anwendungsbereich** des **§ 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO** beschränkt sich mithin auf Sachverhalte, die **größere Kreise** der **Bevölkerung** oder des Wirtschaftslebens ansprechen und soziale Wirkungen nach sich ziehen können. Ein **allgemeines Interesse** im Sinne dieser Vorschrift kann angenommen werden, wenn außer den an der Führung des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten ein **erheblicher Kreis** von **Personen** durch die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in Mitleidenschaft gezogen würde, die Vereinigung gehindert würde, der **Allgemeinheit dienende Aufgaben** zu erfüllen, oder wenn von der Durchführung des Prozesses die **Existenz** eines **Unternehmens** abhinge, an dessen Erhaltung wegen der **großen Zahl** von **Arbeitsplätzen** ein allgemeines Interesse besteht. Diese Voraussetzungen können auch erfüllt sein, wenn

¹⁴⁷ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁴⁸ Beschluss vom 23. Juli 2019 – [II ZR 56/18](#) – juris, Rn. 3.

¹⁴⁹ a.a.O., juris, Rn. 7.

eine **erfolgreiche Rechtsverfolgung** die **Befriedigung** einer **Vielzahl** von **Kleingläubigern** ermöglichen würde.¹⁵⁰

d)

Eine **klagende GmbH** kann sich zum **Beleg** der **fortbestehenden Vertretungsmacht** einer als ihr **Geschäftsführer** auftretenden Person **nicht** auf **§ 15 Abs. 2 HGB** berufen. Die Vorschrift entbindet das Gericht nicht von der Prüfung, ob die Person bei Klageerhebung tatsächlich Geschäftsführer war.¹⁵¹ Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 HGB muss ein Dritter eine eingetragene und bekannt gemachte Tatsache gegen sich gelten lassen. Dabei muss es sich aber um eine richtige Tatsache handeln, weil § 15 Abs. 2 HGB nicht das Vertrauen in eine unrichtige Tatsache schützt, sondern dem Anmeldepflichtigen lediglich die Berufung auf die tatsächliche Rechtslage auch gegenüber einem abweichenden Vertrauenstatbestand ermöglichen soll. Auf unrichtige und unzulässige Eintragungen findet die Vorschrift daher keine Anwendung.¹⁵²

Die **fehlende Eintragung** der **Abberufung** eines GmbH-Geschäftsführers **hindert nicht** nach § 15 Abs. 1 HGB, das **Fehlen** der **Prozessfähigkeit festzustellen**. Die klagende GmbH kann sich nicht darauf berufen, dass das mit der Abberufung des Geschäftsführers einhergehende Ende seiner Vertretungsbefugnis als eintragungspflichtige Tatsache (vgl. § 39 Abs. 1 GmbHG) noch nicht im Handelsregister eingetragen ist. Die **Eintragung** ist nur **deklaratorisch**. Die **negative Publizität** gemäß § 15 Abs. 1 HGB wirkt nur zu Lasten desjenigen, in dessen Angelegenheiten die jeweilige Tatsache einzutragen war. Die Klägerin, in deren Angelegenheit die Abberufung des Geschäftsführers einzutragen war, beruft sich aber nicht auf seine Abberufung. Geschützt wird im Übrigen nur der redliche Dritte.

¹⁵⁰ a.a.O., juris, Rn. 8.

¹⁵¹ Urteil vom 14. Mai 2019 – [II ZR 299/17](#) – i.d.F. des Berichtigungsbeschlusses vom 24. Juni 2019 – juris, Rn. 32.

¹⁵² a.a.O., juris, Rn. 33.

In diesem Sinne redliche Dritte ist aber nicht die Klägerin, um deren eigene Vertretung es geht.¹⁵³

e)

Im Verfahren über eine Rechtsbeschwerde, welche die **Aufnahme** einer **Gesellschafterliste** in den **Registerordner** zum Gegenstand hat, fällt die **Gerichtsgebühr** nach **Nr. 19123 KV GNotKG** an.¹⁵⁴

f)

Die **Erstellung** der **Gesellschafterliste** im Zusammenhang mit der **Beurkundung** des **GmbH-Gründungsvertrags** ist nach der **Nr. 22110 KV-GNotKG** mit einer **0,5 Gebühr** abzurechnen und nicht nach Nr. 22111 KV-GNotKG mit einer 0,3 Gebühr.¹⁵⁵

Die Nr. 22111 KV-GNotKG wäre lediglich anwendbar, wenn die Gebühr für das zugrundeliegende Beurkundungsverfahren weniger als 2,0 beträgt. Das der Erstellung der Gesellschafterliste zugrundeliegende Beurkundungsverfahren ist aber die notarielle Beurkundung der Gründung der GmbH. Die Beurkundung der GmbH-Gründung hat materiell-rechtlich einen größeren Bezug zur Erstellung der Gesellschafterliste als die Handelsregisteranmeldung.¹⁵⁶

Die **Erstellung** der **Gesellschafterliste** dient im kostenrechtlichen Sinne dem **Vollzug** der **GmbH-Gründung**. Die Gründung einer GmbH, deren Eintragung in das Handelsregister in Befolgung des § 7 Abs. 1 GmbHG angestrebt wird, zielt auf ihre Errichtung als juristische Person. Insofern erfordert die Ausführung des Gesellschaftsvertrags die Eintragung der GmbH in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und damit auch die Erstellung der Gesellschafterliste als notwendiger Bestandteil der Anmeldung zum Handelsregister (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Ob der Notar neben

¹⁵³ a.a.O., juris, Rn. 34.

¹⁵⁴ Beschluss vom 07. Mai 2019 – [II ZB 12/16](#) – juris.

¹⁵⁵ Beschluss vom 04. Juni 2019 – [II ZB 16/18](#) – juris, Rn. 14.

¹⁵⁶ a.a.O., juris, Rn. 15.

dem Gesellschaftsvertrag auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet hat, ist für die Einordnung der Erstellung der Gesellschafterliste als Vollzugstätigkeit im Verhältnis zur Beurkundung der Gesellschaftsgründung nicht ausschlaggebend.¹⁵⁷

Eine **enge Beziehung** zwischen der **Erstellung** der **Gesellschafterliste** und der **Beurkundung** der **GmbH-Gründung** liegt auch darin, dass die Einreichungskompetenz des Notars bezüglich der Gesellschafterliste beim Handelsregister als Annex aus der Beurkundungskompetenz zur Beurkundung desjenigen Vorgangs einzustufen ist, der die Erstellung bzw. im konkreten Fall die Veränderung der Gesellschafterliste erforderlich gemacht hat.¹⁵⁸

Die **Handelsregisteranmeldung** ist für sich genommen **nicht ohne** die **Beurkundung** der **GmbH-Gründung** denkbar. Es handelt sich um eine Verfahrenserklärung, der nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG eine Gesellschafterliste beizufügen ist. Als Verfahrenserklärung erschöpft sich ihr Zweck jedoch auch darin, dem materiellen Geschäft, hier der GmbH-Gründung, zur Wirksamkeit zu verhelfen. Dieser Zusammenhang wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass nunmehr nach § 111 Nr. 3 GNotKG eine Anmeldung zu einem Register als besonderer Beurkundungsgegenstand zu gelten hat. Dies ändert nichts daran, dass sie nur den Sinn hat, das materielle Recht zur vorherigen GmbH-Gründung entstehen zu lassen.¹⁵⁹

Karlsruhe, den 06. Februar 2020

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

¹⁵⁷ a.a.O., juris, Rn. 16.

¹⁵⁸ a.a.O., juris, Rn. 17.

¹⁵⁹ a.a.O., juris, Rn. 18.