

## **Gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im 2. Halbjahr 2022**

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 2022 veröffentlichten und inhaltlich begründeten Entscheidungen vornehmlich des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes mit gesellschaftsrechtlichen Bezügen zusammengefasst.<sup>1</sup> Die Gliederung der nachfolgenden Zusammenfassung orientiert sich an den in § 14i FAO aufgeführten gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkten, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ erforderlich und im Rahmen der Fortbildung nachzuweisen sind.<sup>2</sup> Berücksichtigt sind die bis zum 31. Dezember 2022 veröffentlichten Entscheidungen; später veröffentlichte Entscheidungen aus dem 2. Halbjahr 2022 werden in die nachfolgende Übersicht aufgenommen.

### **1. Recht der Personenhandelsgesellschaft**

Zum Recht der Personenhandelsgesellschaft ergingen die nachfolgenden Entscheidungen:

- 
- <sup>1</sup> Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.
- <sup>2</sup> Siehe auch unsere weiteren Rechtsprechungsübersichten, die unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“ auf unserer Homepage abrufbar sind.

a)

Einer nach **Kündigung** der Gesellschaft (hier GmbH & Co. KG) durch einen **Gesellschafter** als **Privatgläubiger** auf **Feststellung** des **Ausscheidens** des gekündigten Gesellschafters gerichteten Klage kann ein aus der gesellschaftlichen **Treuepflicht** folgender **Wiederaufnahmeanspruch** entgegengehalten werden.<sup>3</sup>

Ein **Gesellschafter** ist **kein Privatgläubiger**, wenn er seine **Forderung** auf das **Gesellschaftsverhältnis gründet**. Dies ist dann nicht (mehr) der Fall, wenn der Gesellschafter seinen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis von diesem löst und rechtlich auf eine neue, außergesellschaftsrechtliche Grundlage stellt. Nichts anderes kann gelten, wenn es um einen **prozessualen Kostenerstattungsanspruch** nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, § 91 ZPO geht. Dieser Anspruch gründet sich auf das Prozessrechtsverhältnis und findet seine Rechtsgrundlage allein in der gesetzlichen Regelung, wonach der Unterliegende kostenpflichtig ist. Das der Klage zugrundeliegende Rechtsverhältnis hat dafür keine Bedeutung mehr.<sup>4</sup>

Ein **Gesellschafter** kann zwar unter Umständen mit **Rücksicht** auf die **gesellschaftliche Treuepflicht** gehalten sein, seine privaten Interessen zurückzustellen und von einer **Kündigung** der Gesellschaft **abzusehen**. Eine **Treuepflichtverletzung** wird insbesondere bejaht, wenn der Gesellschafter-Gläubiger die **titulierte Forderung** eigens zum Zweck der **Hinauskündigung** seines Mitgesellschafters **begründet** oder **erworben** hat.<sup>5</sup>

Die **Kündigungswirkungen entfallen nicht** aber schon durch **Befriedigung** der **Forderung** vor Wirksamwerden der Kündigung. In einem solchen Fall tritt zunächst die Wirkung der Kündigung ein mit der Folge, dass der gekündigte Gesellschafter mangels abweichender vertraglicher Bestimmung mit Wirksamwerden der Kündigung gemäß § 161 Abs. 2 i.V.m. § 131

---

<sup>3</sup> Urteil vom 12. Juli 2022 – [II ZR 81/21](#) – juris, Rn. 9.

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

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

Abs. 3 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 HGB aus der Gesellschaft ausscheidet.<sup>6</sup> Dem **gekündigten Gesellschafter** kann indessen bei Befriedigung des Privatgläubigers vor Wirksamwerden der Kündigung oder jedenfalls vor einer Auseinandersetzung gegen die übrigen Gesellschafter ein **Anspruch auf Wiederaufnahme** in die Gesellschaft zustehen. Bei einem derartigen Sachverhalt wird regelmäßig zu prüfen sein, ob nicht den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem gekündigten Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlicher Treuepflicht zuzumuten ist. Ist ihnen dies zumutbar, sind sie verpflichtet, den betroffenen Gesellschafter gegebenenfalls mit rückwirkender Kraft vom Zeitpunkt seines Ausscheidens wieder in die Gesellschaft aufzunehmen.<sup>7</sup>

Der **Wiederaufnahmeanspruch** muss jedoch nicht erfüllt sein, sondern kann einer auf Feststellung des Ausscheidens eines gekündigten Gesellschafters gerichteten **Klage** nach allgemeinen Regeln **entgegengehalten werden**. Der Grundsatz von **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) verbietet die Durchsetzung eines Anspruchs, wenn der Gläubiger das Erlangte wieder an den Schuldner herauszugeben hätte (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*). In gleicher Weise besteht kein Anspruch auf Feststellung des Ausscheidens eines gekündigten Gesellschafters nach Kündigung der Gesellschaft gemäß § 135 HGB als (neues) Rechtsverhältnis, wenn der Gesellschafter einen Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft und damit auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands hat.<sup>8</sup>

#### **b)**

Nach Ansicht des **XI. Zivilsenats** kann eine **Haftung eines Gründungsgesellschafters** aus § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB nicht auf die Verwendung eines **Prospekts** als solche gestützt werden, weil ein solcher Anspruch durch die Regelungen der **spezialgesetzlichen Prospekthaftung** verdrängt werde. Dies gelte insbesondere, wenn auf den

---

<sup>6</sup> a.a.O., juris, Rn. 15.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

Prospekt die Regelung des § 8g VerkProspG in der vom 1. Juli 2005 bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung i.V.m. § 32 Abs. 2 Satz 1 VermAnlG Anwendung finde. Damit sei auch der Anwendungsbereich der § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung eröffnet. Eine Stellung als Prospektveranlasser im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG a.F. soll dabei allein durch die Stellung als Gründungsgesellschafter begründet werden können. Ein Prospektverantwortlicher könne wegen seiner Eigenschaft als Gründungsgesellschafter für unrichtige oder unvollständige wesentliche Angaben nach den Grundsätzen der spezialgesetzlichen Prospekthaftung aus § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG a.F. in Anspruch genommen werden. Neben dieser Haftung sei aber eine **Haftung** unter dem Aspekt einer **vorvertraglichen Pflichtverletzung** aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung **ausgeschlossen**.<sup>9</sup>

Demgegenüber hat der **II. Zivilsenat** seine Auffassung bekräftigt, dass die **spezialgesetzliche Prospekthaftung** gemäß den § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in der bis zum 31. Mai 2012 geltenden Fassung in ihrem Anwendungsbereich eine **gesellschaftsrechtliche Haftung** der Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer **vorvertraglichen Pflichtverletzung** aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung gemäß § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB (sogenannte Prospekthaftung im weiteren Sinn) **nicht ausschließt**.<sup>10</sup> Soweit ein Prospektverantwortlicher für unrichtige Angaben im Prospekt nach § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, §§ 44 ff. BörsG a.F. gegenüber dem Erwerber von Wertpapieren haftet, richte sich die Konkurrenz dieses Anspruchs zu anderen Ansprüchen nach § 47 Abs. 2 BörsG a.F. Danach bleiben unter anderem weitergehende Ansprüche unberührt, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auf Grund von

---

<sup>9</sup> Beschluss vom 08. November 2022 – [XI ZB 21/21](#) –, Rn. 16 ff.; siehe auch Beschlüsse vom 29. November 2022 – [XI ZR 560/21](#) – juris, Rn. 6 und – [XI ZR 568/21](#) – juris, Rn. 6.

<sup>10</sup> Hinweisbeschluss vom 25. Oktober 2022 – [II ZR 22/22](#) –, Rn. 25, 31 und 35 f.; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

Verträgen erhoben werden können. Hierzu gehört nach der Judikatur des II. Zivilsenats der gesellschaftsrechtliche Anspruch des beitretenden Neugesellschafters gegen Gründungs- bzw. Altgesellschafter wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung.<sup>11</sup>

## 2.

### Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

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

#### a)

**Ausgangspunkt** einer **Schadensberechnung** ist die sogenannte **Differenzhypothese**. Die Frage, ob und inwieweit ein nach den §§ 249 ff. BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, entscheidet sich danach durch einen Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Erforderlich ist ein **Gesamtvermögensvergleich**, welcher sämtliche von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst.<sup>12</sup> **Bezugspunkt** dieses anzustellenden Gesamtvermögensvergleichs ist grundsätzlich das **Vermögen des Geschädigten, nicht** aber dasjenige **Dritter**. Es ist somit streng zwischen den Vermögensmassen unterschiedlicher Beteiligter zu unterscheiden und festzustellen, ob in der Person, der dem Grunde nach ein Anspruch zusteht, ein Schaden eingetreten ist. **Gesellschaft** und **Gesellschafter** sind hierbei regelmäßig als im Rahmen der schadensrechtlichen Beurteilung **selbständige Zuordnungssubjekte** zu behandeln.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>12</sup> Urteil vom 29. Juni 2022 – [XII ZR 6/21](#) – juris, Rn. 13.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

Diese Grundsätze behandelt der XII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 29. Juni 2022:

Steht dem **Alleingesellschafter** einer GmbH als **Vertragspartner** eines Mietvertrags ein **Schadensersatzanspruch** aus § 536a Abs. 1 BGB dem Grunde nach zu, ist schadensersatzrechtlich **allein** auf **sein Vermögen** abzustellen. Denn er allein ist der Geschädigte.<sup>14</sup> Auf das **Vermögen** der **GmbH** kommt es hingegen **nicht** an. Denn für das Vermögen des Alleingesellschafters und das Gesellschaftsvermögen der GmbH gilt nach § 13 Abs. 1 und 2 GmbHG das sogenannte **Trennungsprinzip**. Danach sind die GmbH und der Mieter als deren Alleingesellschafter nicht nur selbstständige, voneinander grundsätzlich unabhängige Rechtsträger, sondern sie verfügen auch über gesonderte Vermögensmassen. Dies gilt **unabhängig** davon, ob die GmbH nur einen Gesellschafter hat. Da schadensersatzrechtlich streng zwischen den Vermögensmassen der verschiedenen Beteiligten zu unterscheiden ist, ist für die Frage des Vorliegens eines Schadens des **Alleingesellschafters** bzw. des Mieters das Vermögen der GmbH ohne Bedeutung. Mithin ist unerheblich, ob der GmbH ebenfalls ein Schaden entstanden ist.<sup>15</sup>

**Allerdings** kann nach der höchstrichterlichen Judikatur im Verhältnis zu einem Schädiger unter **bestimmten Umständen** ein **Schaden** als den **Alleingesellschafter** einer GmbH persönlich treffend angesehen werden, wenn der Alleingesellschafter von einem Dritten schuldhaft geschädigt worden und der **Schaden** an seinem „**Sondervermögen**“, nämlich seiner **Gesellschaft**, eingetreten ist. In einem solchen Fall kann bei der Bemessung des Schadens des Alleingesellschafters der bei der Gesellschaft entstandene Schaden als **Passivposten** des **Gesellschaftsvermögens** in die Schadensberechnung über das Vermögen des Alleingesellschafters

---

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

einzu beziehen sein.<sup>16</sup> Hieraus folgt aber **nicht**, dass im **Umkehrschluss** ein Schaden eines Alleingeschafters einer GmbH ausscheidet, wenn kein entsprechender Schaden im Gesellschaftsvermögen der GmbH eingetreten ist. Es ist deshalb auch nicht maßgeblich, ob die GmbH ebenfalls einen Schaden erlitten hat.<sup>17</sup>

Denn die **rechtliche Verselbständigung** der „Ein-Mann-Gesellschaft“ gegenüber dem Alleingeschafter darf grundsätzlich **nicht aufgehoben** werden. Sie ist nur ausnahmsweise auf die Bedeutung zurückzuführen, die eine im Zusammenhang mit Schadensersatzfragen gebotene wirtschaftliche Betrachtung erfordert. Ein **Schädiger** soll in derartigen Fällen **nicht** aus allein **formalen Gründen Vorteile** ziehen, auf die er im Ergebnis aber deshalb keinen Anspruch hat, weil der Alleingeschafter vermittelt durch Einbußen im Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich in dieser Höhe einen eigenen Schaden erlitten hat.<sup>18</sup>

Dieser Gesichtspunkt kommt jedoch **nicht in umgekehrter Richtung** zum Tragen. Dass der Gesellschaft (hier der GmbH) kein Schaden entstanden ist, sie ihrem Alleingeschafter somit keinen Schaden vermittelt, bedeutet nicht umgekehrt, dass dadurch ein im Vermögen des Alleingeschafters anderweitig tatsächlich eingetretener Schaden entfällt.<sup>19</sup> Somit ist für eine wertende, wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigende Korrektur der Differenzrechnung insoweit kein Raum. Denn diese ist nur dann angebracht, wenn nach einer umfassenden Bewertung der gesamten Interessenlage, wie sie durch das schädigende Ereignis zwischen dem Schädiger, dem Geschädigten und gegebenenfalls dem leistenden Dritten besteht, sowie unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck aller in Betracht kommenden Rechtsnormen die Differenzbilanz der Schadensentwicklung nicht gerecht wird. Das ist jedoch nicht der Fall.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>17</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>19</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.

<sup>20</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

**b)**

Von einer **Zahlungsunfähigkeit** i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist regelmäßig auszugehen, wenn die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende **Liquiditätslücke** des Schuldners 10 % oder mehr beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und zudem den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.<sup>21</sup>

Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO muss **nicht** durch Aufstellung einer **Liquiditätsbilanz** dargelegt werden. Der Nachweis kann auch mit anderen Mitteln erfolgen.<sup>22</sup> Es ist daher unerheblich, wenn zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit nicht auf eine Liquiditätsbilanz Bezug genommen wird und deshalb Liquiditätslücke und Liquiditätsdeckungsgrad nicht unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Summe von Aktiva I und Aktiva II zur Summe von Passiva I und Passiva II errechnet werden. Denn die Zahlungsunfähigkeit kann auch auf **andere Weise** dargelegt werden als durch eine solche Zeitraumbetrachtung. So ist es zulässig, die Zahlungsunfähigkeit durch einen **Liquiditätsstatus** auf den **Stichtag** in Verbindung mit einem **Finanzplan** für die auf den Stichtag folgenden drei Wochen darzutun, in welchem tagesgenau Einzahlungen und Auszahlungen gegenübergestellt werden. Es spricht auch nichts dagegen, zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit mehrere tagesgenaue Liquiditätsstatus in aussagekräftiger Anzahl aufzustellen, in denen ausgehend von dem am Stichtag eine erhebliche Unterdeckung ausweisenden Status an keinem der im Prognosezeitraum liegenden bilanzierten Tag die Liquiditätslücke in relevanter Weise geschlossen werden kann.<sup>23</sup> Einer Darlegung „der im Beurteilungszeitraum vorhandenen **Liquidität** des **Cash-Pool-Systems** im Sinne einer **konsolidierten Gesamtbetrachtung** (Gesamtliquiditätsplanung der

---

<sup>21</sup> Urteil vom 28. Juni 2022 – [II ZR 112/21](#) – juris, Rn. 12.

<sup>22</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>23</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.



Unternehmensgruppe)“ **bedarf** es für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit **nicht**.<sup>24</sup>

Seite 9 von 17

Die **Ersatzpflicht** des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife **entfällt** gemäß § 64 Satz 1 GmbHG a.F., soweit die durch die Zahlung verursachte **Schmälerung der Masse** in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr **ausgeglichen** wird.<sup>25</sup> Ein solcher **Aktiventausch** liegt aber nicht vor, wenn durch ein Downstream-Loan jeweils ein Soll der Tochterunternehmen ausgeglichen wird. Durch die Rückführung von Sollständen im Wege des Downstream-Loan kann die Überweisung von Guthaben vom Konto der Schuldnerin auf das Masterkonto im Wege des Upstream-Loan bereits deshalb nicht ausgeglichen werden, weil die verteilungsfähige Vermögensmasse der Schuldnerin durch die Rückführung des Debets auf ihrem Konto nicht gemehrt wird.<sup>26</sup>

**c)**

Die dem **Geschäftsführer** obliegende **Versicherung** nach **§ 6 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 Nr. 3 Buchst. e) GmbHG** muss sich auch auf die im Jahre 2017 eingeführten Straftatbestände des § 265c StGB (Sportwettbetrug), § 265d StGB (Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben) und § 265e StGB (Besonders schwere Fälle des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben) erstrecken.<sup>27</sup> Dies folgt bereits aus dem **eindeutigen Wortlaut** der Vorschrift.<sup>28</sup> Der **Gesetzgebungsgeschichte** lässt sich **nicht** entnehmen, dass der Gesetzgeber mit § 6 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 Nr. 3 Buchst. e) GmbHG eine **statische Verweisung** gewollt hat. Zudem hat der Gesetzgeber bei Schaffung der neuen Straftatbestände von einer Änderung dieser Vorschrift abgesehen.<sup>29</sup> Bleibt die in der Anmeldung enthaltene Versicherung hinter den erforderlichen

---

<sup>24</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>26</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

<sup>27</sup> Beschluss vom 28. Juni 2022 – [II ZB 8/22](#) – juris, LS.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 und 10.

Angaben zurück, weil sie sich ausdrücklich auf die vor Inkrafttreten des 51. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 11. April 2017 angeführten Straftatbestände beschränkt, kann die angemeldete **Eintragung des Geschäftsführers nicht erfolgen**. Denn der Antragsteller hat dann entgegen § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG nicht (ausreichend) versichert, dass keine Umstände vorliegen, die seiner Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Halbsatz 1, Satz 3 GmbHG entgegenstehen.<sup>30</sup>

**d)**

Eine **gelöschte GmbH** und ihre **Liquidatoren** sind nach **§ 67 Abs. 4 GmbHG** grundsätzlich **von Amts wegen einzutragen**, wenn die **Liquidatoren** durch das **Gericht ernannt** worden sind, weil sich nach der **Löschung** der Gesellschaft **wegen Vermögenslosigkeit** herausstellt, dass **Vermögen vorhanden** ist, das der Verteilung unterliegt (§ 66 Abs. 5 GmbHG).<sup>31</sup>

Der **Wortlaut** von § 67 Abs. 4 GmbHG umfasst auch die gemäß § 66 Abs. 5 Satz 2 GmbHG ernannten Liquidatoren. **Gesetzsystematisch** schließt jene Bestimmung diese ebenfalls ein. Die **Gesetzesgenese** bietet keine Anhaltspunkte für ein einschränkendes Normverständnis. § 66 Abs. 5 GmbHG ist zwar durch Art. 48 Nr. 9 Buchst. b) des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (EGInsO, BGBl. I 2911) nachträglich in das GmbHG eingefügt worden. Allerdings sah schon § 2 Abs. 3 LösChG die gerichtliche Bestellung der Liquidatoren unter den in § 66 Abs. 5 GmbHG geregelten Voraussetzungen vor, was deren Eintragung von Amts wegen gemäß § 67 Abs. 4 GmbHG zur Folge hatte. Mit § 66 Abs. 5 GmbHG wollte der Gesetzgeber § 2 Abs. 3 LösChG lediglich mit einigen redaktionellen Anpassungen ins GmbHG überführen (RegE EGInsO, BT-Drucks. 12/3803, S. 90). Schließlich lässt sich **Sinn und Zweck** von § 67 Abs. 4 GmbHG, die Liquidation und die gerichtlich ernannten Liquidatoren publik

---

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 7.

<sup>31</sup> Beschluss vom 26. Juli 2022 – [II ZB 20/21](#) – juris, Rn. 12; an diesem Verfahren war unsere Sozietät beteiligt.

zu machen, in den Fällen des § 66 Abs. 5 GmbHG ebenfalls erfüllen. Bei der Löschung der Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit kommt der **Publizitätsfunktion** besondere Bedeutung zu, weil in aller Regel noch kein Liquidationsverfahren mit Gläubigeraufruf (§ 65 Abs. 2, § 73 Abs. 1 GmbHG) stattgefunden hat. Schweigt das Handelsregister, wird sich ein Gläubiger vielfach nicht veranlasst sehen, seine Forderungen geltend zu machen. Der unrichtige Eindruck einer werbenden Gesellschaft wird durch die Eintragung nicht hervorgerufen. Denn die Liquidatoren sind als solche und in den Fällen gerichtlicher Ernennung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 HRV außerdem unter Hinweis auf die gesetzliche Grundlage einzutragen.<sup>32</sup>

Gemäß **§ 66 Abs. 5 Satz 1 GmbHG** finden grundsätzlich die §§ 68 ff. GmbHG Anwendung. Danach ist der Liquidator bei erheblichen Vermögenswerten in nicht unerheblichem Umfang zur **Rechnungslegung** verpflichtet (§ 71 Abs. 1, § 74 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Bestehen Teileigentumsrechte sind diese vom Liquidator in Geld umzusetzen (§ 70 Satz 1 GmbHG). Dazu darf der Liquidator **neue Geschäfte eingehen**, z. B. Renovierungsarbeiten beauftragen oder zur Absicherung der Kaufpreisfinanzierung **Grundpfandrechte bestellen** (§ 70 Satz 2 GmbHG). Seine **Vertretungsberechtigung** dazu kann er gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 32 GBO durch das Handelsregister **nachweisen**. Da ihm das Gesetz diese Möglichkeit eröffnet, ist es unerheblich, ob er seine Vertretungsberechtigung grundbuchverfahrensrechtlich durch eine Ausfertigung des Bestellungsbeschlusses ebenfalls nachweisen könnte. Die **Verteilung** des durch Veräußerung der Teileigentumsrechte eingenommenen Geldes darf der Liquidator nach § 73 Abs. 1 GmbHG erst frühestens mit Ablauf eines Jahres seit dem Tage vornehmen, an welchem die Aufforderung an die Gläubiger gemäß § 65 Abs. 2 GmbHG erfolgt ist.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Rn. 13.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Rn. 16.

Die **Eintragung** nach **§ 67 Abs. 4 GmbHG** hat **nur deklaratorische Wirkung**. Die **Vertretungsbefugnis** des Liquidators ergibt sich aus dem **Gesetz**. Sie ist gemäß § 71 Abs. 4, § 37 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich **unbeschränkt und unbeschränkbar**. Da nur der Liquidator eingetragen wird und diese Eintragung richtig ist, wird dem Rechtsverkehr nichts "vorgespiegelt".<sup>34</sup>

### **3. Recht der Aktiengesellschaft**

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

Der **Bericht** des **Vorstands** über die **beabsichtigte Ermächtigung** zum **Ausschluss** des **Bezugsrechts** der **Aktionäre** gemäß § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG muss **nicht** entsprechend § 124 Abs. 2 Satz 3 Fall 2 AktG a.F. mit seinem wesentlichen Inhalt **bekanntgemacht** werden.<sup>35</sup>

Die **Ermächtigung** des **Vorstands** zur **Ausgabe** von **Wandelschuldverschreibungen** nach § 221 Abs. 2 AktG kann vorsehen, dass der Vorstand analog § 203 Abs. 2 Satz 1 AktG über den **Ausschluss** des **Bezugsrechts** der Aktionäre (§ 221 Abs. 4 Satz 1 AktG) entscheidet. Entsprechendes gilt für die Ermächtigung zur Ausgabe von **Gewinnschuldverschreibungen** und **Genussrechten**. Die beabsichtigte Ermächtigung zum Ausschluss des Bezugsrechts ist nach § 221 Abs. 4 Satz 2, § 186 Abs. 4 Satz 1 AktG ausdrücklich und ordnungsgemäß bekanntzumachen. Der Vorstand hat der Hauptversammlung einen **schriftlichen Bericht** über den Grund für die Ermächtigung zum teilweisen oder zum vollständigen Ausschluss des

---

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

<sup>35</sup> Urteil vom 19. Juli 2022 – [II ZR 103/20](#) – juris, Rn. 9.

Bezugsrechts zugänglich zu machen (§ 221 Abs. 4 Satz 2, § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG).<sup>36</sup>

Seite 13 von 17

Eine **Pflicht** zur **Bekanntmachung** des wesentlichen **Inhalts** des **Berichts** des Vorstands im Vorfeld der Hauptversammlung entsprechend § 124 Abs. 2 Satz 3 Fall 2 AktG a.F. besteht nicht.<sup>37</sup> Nach teilweise vertretener Auffassung muss entsprechend § 124 Abs. 2 Satz 3 Fall 2 AktG a.F. der wesentliche Inhalt des Berichts bekannt gemacht werden.<sup>38</sup> Andere **lehnen** eine solche Bekanntmachungspflicht **zutreffend ab**.<sup>39</sup>

Nach der **Vorstellung** des **Gesetzgebers** genügt grundsätzlich die fristgerechte **Bekanntmachung** der **Tagesordnung** einschließlich der **Beschlussvorschläge** (§ 121 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 1, § 123 Abs. 1 AktG) als **sachgemäße Information** der **Aktionäre**, aufgrund der sie in die Lage versetzt werden, sich mit den einzelnen Gegenständen der Tagesordnung zu befassen und aufgrund dieser Vorbereitung ihr Rede-, Frage- und Stimmrecht sinnvoll auszuüben sowie als Grundlage für die Entscheidung der Aktionäre, ob sie wegen der Wichtigkeit der Tagesordnung persönlich an der Hauptversammlung teilnehmen oder nicht und welche Weisungen sie ihren Vertretern erteilen wollen. Für einen **beabsichtigten Ausschluss** des **Bezugsrechts** hat der Gesetzgeber in § 186 Abs. 4 Satz 1 AktG **gesteigerte Anforderungen** aufgestellt, wonach der Ausschluss ausdrücklich und ordnungsgemäß bekanntgemacht werden muss. Da diese Regelung eine **Hinweis- und Warnfunktion** erfüllen soll, muss der beabsichtigte Bezugsrechtsausschluss deutlich und eindeutig angekündigt werden. Eine über § 186 Abs. 4 Satz 1 AktG hinausgehende Bekanntmachungspflicht für den wesentlichen Inhalt des Berichts des Vorstands ist im Gesetz nicht angelegt. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis des Streits weder das ARUG noch

---

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 11.

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

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Rn. 14.

das ARUG II zum Anlass genommen, eine entsprechende Bekanntmachung zu regeln.<sup>40</sup>

Eine **Pflicht** zur **Bekanntmachung** des **Vorstandsberichts** entsprechend § 124 Abs. 2 Satz 3 Fall 2 AktG a.F. **widerspricht** dem **Sinn und Zweck** dieser **Norm**. Soll die Hauptversammlung über einen Vertrag beschließen, der nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam wird, ist der wesentliche Inhalt des Vertrags bekanntzugeben. Denn der Vertrag ist dann selbst Gegenstand der Beschlussfassung. Die Bekanntmachung der Tagesordnung genügt dann nicht, um den Aktionären ausreichende Informationen darüber zu verschaffen, über was sie abstimmen sollen. Bei solchen Verträgen ist es erforderlich, die Aktionäre schon vor der Hauptversammlung über den wesentlichen Inhalt zu unterrichten, um ihnen eine angemessene Zeit zur Bildung ihres Urteils zu lassen (RegE, BT-Drucks. IV/171, S. 151) und um zu entscheiden, ob sie wegen der Wichtigkeit des Tagesordnungspunkts persönlich an der Hauptversammlung teilnehmen oder nicht und welche Weisungen sie ihren Vertretern erteilen wollen. Anders liegt der Fall bei dem gemäß § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG erforderlichen **Vorstandsbericht**. Dieser ist nicht Gegenstand der Beschlussfassung. Gegenstand der Beschlussfassung ist vielmehr der beabsichtigte Bezugsrechtsausschluss. Dem auf Kenntnis des Gegenstands der Beschlussfassung gerichteten Informationsinteresse der Aktionäre wird bereits dadurch genüge getan, dass der beabsichtigte Bezugsrechtsausschluss gemäß § 186 Abs. 4 Satz 1 AktG ausdrücklich und ordnungsgemäß bekanntgemacht werden muss.<sup>41</sup>

Der **Vorstandsbericht** hat einen neben der Bekanntmachung der Beschlussgegenstände liegenden **Informationszweck**. Er soll die Aktionäre umfassend über die Gründe für den beabsichtigten Bezugsrechtsausschluss informieren und in die Lage versetzen, die Interessen der

---

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 17.

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 18.

Gesellschaft an einer Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss gegenüber Alternativen zu bewerten, die Nachteile für die ausgeschlossenen Aktionäre zu erkennen und beides gegeneinander abzuwägen. Der Vorstandsbericht soll die Aktionäre damit nicht über den Gegenstand der Beschlussfassung informieren, sondern mit den **für die Stimmrechtsausübung** notwendigen Informationen versorgen. Dieser Informationsauftrag wird bereits dadurch erfüllt, dass der Vorstand gemäß § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG der Hauptversammlung den schriftlichen Bericht über den Grund für den teilweisen oder vollständigen Ausschluss des Bezugsrechts zugänglich machen muss.<sup>42</sup>

Aus **§ 16 Abs. 4 Satz 7 WpÜG** lässt sich **nichts Gegenteiliges** entnehmen. Zwar ist danach der Bericht nach § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG allen Aktionären der Zielgesellschaft zugänglich und in Kurzfassung bekannt zu machen. Es handelt sich hierbei jedoch um eine Sondervorschrift, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Zielgesellschaft, insbesondere im Fall eines Übernahmeangebots, die Möglichkeit haben muss, sofort zu reagieren. Dazu wird es ihr ermöglicht, die Monatsfrist des § 123 Abs. 1 AktG zu unterschreiten und mit einer Frist von mindestens zwei Wochen eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen (RegE, BT-Drucks. 14/7034, S. 47). Mit der dadurch möglicherweise verkürzten Zeitspanne zwischen Einberufung und Hauptversammlung gehen gesteigerte Bekanntmachungspflichten einher. Aus der für diesen speziellen Fall vorgesehenen Bekanntmachung der Kurzfassung des Berichts zum beabsichtigten Bezugsrechtsausschluss lassen sich keine Rückschlüsse auf eine allgemein vom Gesetzgeber gewollte Bekanntmachungspflicht ziehen. Dieser Regelung, bis zur Neufassung durch das ARUG zum 01. September 2009 inhaltsgleich in § 16 Abs. 4 Satz 5 WpÜG enthalten, hätte es nicht bedurft, wenn die Bekanntmachung des Berichts des Vorstands ohnehin erfolgen müsste.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> a.a.O., juris, Rn. 19.

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Rn. 20.

Ob der **Bericht des Vorstands** durch eine entsprechende Anwendung von § 175 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 AktG im **Vorfeld der Hauptversammlung** in den **Geschäftsräumen** der Gesellschaft zur **Einsicht** der Aktionäre **ausgelegt** und diesen auf Verlangen **abschriftlich zugesandt** werden muss, bedarf **keiner Entscheidung**.<sup>44</sup> Selbst wenn man den im Schrifttum vertretenen Mindeststandard zugrunde legte, wonach eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft entsprechend § 175 Abs. 2 Satz 1 und 2 AktG zur Auslage des Vorstandsberichts in den Geschäftsräumen der Gesellschaft und auf Anforderung zur Zusendung einer Abschrift an die Aktionäre verpflichtet ist, bestünde **keine Pflicht**, in der Einberufung der Hauptversammlung hierauf hinzuweisen.<sup>45</sup>

Nach dem **Willen des Gesetzgebers** sind **allein börsennotierte Gesellschaften verpflichtet**, alsbald nach der Einberufung der Hauptversammlung über die **Internetseite der Gesellschaft** die der Versammlung zugänglich zu machenden Unterlagen zu veröffentlichen (§ 124a Satz 1 Nr. 3 AktG) und die Internetseite, über die diese Informationen zugänglich sind, in der Einberufung anzugeben (§ 121 Abs. 3 Satz 3 Nr. 4 AktG). Die Einberufung der Hauptversammlung **nicht börsennotierter Aktiengesellschaften** beinhaltet nach den gesetzlichen Vorgaben vorbehaltlich spezieller Regelungen **nur** Angaben zum **organisatorischen Rahmen** (§ 121 Abs. 3 Satz 1 AktG) und die Tagesordnung (§ 121 Abs. 3 Satz 2 AktG). § 221 Abs. 4 Satz 2, § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG begründen keine weitergehenden gesetzlichen Pflichten für den Bericht des Vorstands. Auch andere Vorschriften des Aktiengesetzes sehen keine Hinweispflicht in der Einberufung auf die Auslegung der Unterlagen und die Möglichkeit, Abschriften zu erhalten, vor (vgl. etwa § 52 Abs. 2 Satz 2 und 3, § 175 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 179a Abs. 2 Satz 1 und 2, § 293f Abs. 1 und 2, § 319 Abs. 3 Satz 1 und 2, § 327c Abs. 3 und 4 AktG).<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Rn. 23.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Rn. 24.



Es besteht auch **keine ungeschriebene Verpflichtung** für eine Aktiengesellschaft, in der Einberufung zur Hauptversammlung auf die Auslegung der Unterlagen und die Möglichkeit, Abschriften zu erhalten, hinzuweisen. Ein solches Vorgehen erscheint zwar zweckmäßig, ist aber nach zutreffender Auffassung nicht erforderlich.<sup>47</sup> Ein **unvollständiger Hinweis** in der Einberufung auf die in den Geschäftsräumen zur Einsicht ausliegenden und den Aktionären als Abschrift zu übersendenden Unterlagen **begründet** auch **keinen Gesetzesverstoß**, § 243 Abs. 1 AktG.<sup>48</sup> Macht die Gesellschaft in der Einberufung freiwillig Angaben zu Rechten der Aktionäre im Hinblick auf die Hauptversammlung, bezweckt sie deren ausreichende Information. Sind ihre Angaben dabei nur unvollständig, kann ein Gesetzesverstoß jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn hierdurch die sachgerechte Wahrnehmung der Aktionärsrechte nicht beeinträchtigt wird. Anhaltspunkte für eine solche Beeinträchtigung sind weder dargetan noch ersichtlich.<sup>49</sup>

Karlsruhe, den 25. Januar 2023

Dr. Peter Rädler

Dr. Christoph Hülsmann

---

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 25.

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 26.

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 27.