

NOMOSKOMMENTAR

Saenger | Inhester [Hrsg.]

GmbHG

Handkommentar

4. Auflage



Nomos

NOMOSKOMMENTAR

Prof. Dr. Ingo Saenger

Dr. Michael Inhester [Hrsg.]

GmbHG

Handkommentar

4. Auflage

Dr. Frank Bayer, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Certified Public Accountant (USA) | **Dr. Ralf Bergjan** LL.M., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht | **Dr. Philipp Diers** LL.M., Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater | **Dr. Susanne Frank**, Notarin | **Dr. Michael Inhester**, Rechtsanwalt | **Dr. Alexander Kessler** LL.M., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht | **Dr. Welf Klingsch** LL.M., Notar | **Dr. Stephan Kolmann**, Rechtsanwalt | **Dr. Oliver Lücke**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht | **Dr. Matthias Nordmeyer** M.Jur., Richter am Oberlandesgericht | **Prof. Dr. Holger Peres**, Rechtsanwalt | **Dr. Benedikt Pfisterer**, Notar | **Dr. Hartmut Rensen**, Richter am Bundesgerichtshof | **Nicole Riedemann**, Rechtsanwältin | **Prof. Dr. Ingo Saenger**, Universität Münster | **Dr. Stefan Simon**, Rechtsanwalt, Maître en Droit International et Européen, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und für Arbeitsrecht | **Dr. Stephan Viskorf**, Rechtsanwalt und Steuerberater



Nomos

Zitiervorschlag: HK-GmbHG/Bearbeiter § ... Rn. ...

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5926-2

4. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur vierten Auflage

Bekanntlich ist das Gesellschaftsrecht eine äußerst „lebendige“ Materie. Das gilt in besonderem Maße für das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Davon zeugen eine Vielzahl obergerichtlicher Entscheidungen, vor allem aber die umfangreiche Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. Diese zeichnet aktuelle Entwicklungen unternehmerischen Handelns nach und reagiert auf Gesetzesänderungen, die in diesem Rechtsgebiet mit besonderer Regelmäßigkeit eintreten und nicht selten europäisch beeinflusst sind.

Dem trägt auch die vierte Auflage dieses Kommentars Rechnung. Sie wird aufgrund von Gesetzesänderungen und Neuregelungen einerseits sowie neuester Rechtsprechung und entsprechend umfangreicher Literatur andererseits dreieinhalb Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe erforderlich. Die Obergerichte beschäftigen sich weiterhin mit Fragen, die insbesondere die „GmbH-Modernisierung“ (MoMiG) von 2008 aufwirft. Die Aktualisierungen und Ergänzungen sind so vielfältig, dass hier nur wenige Beispiele Erwähnung finden können. So hat das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztraktionsuntersuchungen Änderungen in §§ 8 und 40 mit sich gebracht und die bereits vermehrt Gegenstand der Rechtsprechung bildende Gesellschafterliste weiter in den Fokus gerückt. Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie erfuhr die mit dem Abschlussprüfungsreformgesetz eingefügten Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 86 – 88 bereits nach einem Jahr ihre erste Änderung. Behandelt werden auch eine Reihe praxisrelevanter Fragen des Insolvenz- und Bilanzrechts. Vielfältige Einflüsse auf das GmbH-Recht hat die europäische Entwicklung. Hinzuweisen ist nur auf das Inkrafttreten der Gesellschaftsrechts-Richtlinie (EU) 2017/1132 und die EuGH-Rechtsprechung, nicht allein zur Niederlassungsfreiheit und Fragen des (grenzüberschreitenden) Umwandlungsrechts.

Ohne vielfältige Unterstützung wäre die Neuauflage nicht zu verwirklichen gewesen. Zu danken ist an erster Stelle den Lesern, die sich konstruktiv zur Voraufgabe geäußert haben. Ihre Verbesserungsvorschläge stellen einen besonders wertvollen Beitrag zur Fortentwicklung des Werks dar. Auch die 4. Auflage bleibt auf diese kritische Begleitung angewiesen. Die Herausgeber sind für jeden Hinweis zur Verbesserung dankbar, der sie auf den unten genannten Wegen erreichen kann. Dank zu sagen ist auch Assistentinnen und Assistenten für ihre Mitwirkung bei der Vorbereitung der Neuauflage. Für andere mehr seien an dieser Stelle *Torsten Fitzke* genannt. Für die umfassende redaktionelle Betreuung und Bearbeitung der Manuskripte ist ihm ebenso wie *Andrea Freund* zu danken. Für die ausgezeichnete Unterstützung seitens des Lektorats des Nomos Verlags gebührt *Frank Michel* Dank.

Münster/München, im Januar 2020

Ingo Saenger

Michael Inhester

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage (2011)

Keine andere Unternehmensform erfreut sich seit mehr als einhundert Jahren so großer Beliebtheit wie die seit 1892 existierende Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 wurden die Weichen für die Zukunftsfähigkeit der GmbH gestellt. Sie wird sich im zunehmenden Wettbewerb europäischer Rechtsformen behaupten können.

Traditionsreiche Gesetze, die über lange Zeit durch Rechtsprechung und Gesetzgebung fortentwickelt wurden, brauchen lebendige und moderne Kommentierungen. Diesen Anspruch verfolgt der Handkommentar zum GmbH-Gesetz, der alle wichtigen Vorschriften des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung zusammenführt.

Die Kommentierung orientiert sich an den Bedürfnissen der Praxis. Nach dem bewährten Konzept der NOMOS-Handkommentare werden alle Fragen wissenschaftlich fundiert, aber kompakt aufgegriffen. An allen relevanten Stellen sind register- und kostenrechtliche Ausführungen ebenso eingearbeitet wie Verfahrensfragen und die Querbezüge zum Handels- und Aktienrecht. In die Darstellung sind zahlreiche Formulierungshilfen und Beratungshinweise integriert. Im Anhang findet sich ein Mustergesellschaftsvertrag mit Hinweisen auf die relevanten Kommentarstellen.

Münster/München, im September 2010

Ingo Saenger

Michael Inhester

Hk-GmbHG im Internet: www.nomos-online.de

Zitervorschlag: HK-GmbHG/*Bearbeiter* § ... Rn. ...

Zuschriften an die Herausgeber bitte an:

Prof. Dr. Ingo Saenger
Westfälische
Wilhelms-Universität Münster
Institut für Internationales
Wirtschaftsrecht
Universitätsstr. 14-16
48143 Münster
ingo.saenger@uni-muenster.de

RA Dr. Michael Inhester
P+P Pöllath + Partners
Hofstatt 1
80331 München
michael.inhester@pplaw.com

Bearbeiterverzeichnis

- Dr. Frank Bayer*, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Certified Public Accountant (USA) (§ 42 a)
- Dr. Ralf Bergjan* LL.M., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht (§§ 45-51 b)
- Dr. Philipp Diers* LL.M., Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater (§§ 30-32; §§ 56, 56 a [gemeinsam mit *Inbester*])
- Dr. Susanne Frank*, Notarin (§§ 60-62, 65)
- Dr. Michael Inbester*, Rechtsanwalt (§§ 53-55 a; 56, 56 a [gemeinsam mit *Diers*], 57-58 f)
- Dr. Alexander Kessler* LL.M., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht (Anhang Konzernrecht, Anhang Zweigniederlassung)
- Dr. Welf Klingsch* LL.M., Notar (§§ 29, 33, 34, Anhang Ausschluss und Austritt)
- Dr. Stephan Kolmann*, Rechtsanwalt (Vorbemerkung Krise und Insolvenz, § 64; §§ 66-74 [gemeinsam mit *Riedemann*], Anhang Gesellschafterfremdfinanzierung)
- Dr. Oliver Lücke*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht (§§ 35-40, 43-44 [gemeinsam mit *Simon*])
- Dr. Matthias Nordmeyer* M.Jur., Richter am Oberlandesgericht (§§ 75-77)
- Prof. Dr. Holger Peres*, Rechtsanwalt (§ 52)
- Dr. Benedikt Pfisterer*, Notar (§§ 1-12, 15, 16, Anhang Musterprotokolle, Anhang Mustergesellschaftsvertrag)
- Dr. Hartmut Rensen*, Richter am Bundesgerichtshof (Anhang Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen)
- Nicole Riedemann*, Rechtsanwältin (§§ 66-74 [gemeinsam mit *Kolmann*])
- Prof. Dr. Ingo Saenger*, Universität Münster (Einführung, §§ 13, 14, 18-28, 78-88)
- Dr. Stefan Simon*, Rechtsanwalt, Maître en Droit International et Européen, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und für Arbeitsrecht (§§ 35-40, 43-44 [gemeinsam mit *Lücke*])
- Dr. Stephan Viskorf*, Rechtsanwalt und Steuerberater (§§ 41, 42)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur vierten Auflage	5
Bearbeiterverzeichnis	7
Literaturverzeichnis	13
Allgemeines Abkürzungsverzeichnis	19
Einführung	29

Abschnitt 1 Errichtung der Gesellschaft

§ 1 Zweck; Gründerzahl	57
§ 2 Form des Gesellschaftsvertrags	72
Anhang zu § 2: Musterprotokolle	95
§ 3 Inhalt des Gesellschaftsvertrags	97
§ 4 Firma	118
§ 4 a Sitz der Gesellschaft	128
Anhang zu § 4 a: Zweigniederlassung (§§ 13 ff. HGB)	132
§ 5 Stammkapital; Geschäftsanteil	148
§ 5 a Unternehmergesellschaft	169
§ 6 Geschäftsführer	183
§ 7 Anmeldung der Gesellschaft	199
§ 8 Inhalt der Anmeldung	208
§ 9 Überbewertung der Sacheinlagen	218
§ 9 a Ersatzansprüche der Gesellschaft	221
§ 9 b Verzicht auf Ersatzansprüche	225
§ 9 c Ablehnung der Eintragung	227
§ 10 Inhalt der Eintragung	232
§ 11 Rechtszustand vor der Eintragung	234
§ 12 Bekanntmachungen der Gesellschaft	258

Abschnitt 2 Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter

§ 13 Juristische Person; Handelsgesellschaft	262
Anhang zu § 13: Konzernrecht	302
§ 14 Einlagepflicht	394
§ 15 Übertragung von Geschäftsanteilen	402
§ 16 Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter oder Veränderung des Umfangs ihrer Beteiligung; Erwerb vom Nichtberechtigten	443
§ 17 (weggefallen)	466
§ 18 Mitberechtigung am Geschäftsanteil	466
§ 19 Leistung der Einlagen	470
§ 20 Verzugszinsen	517

§ 21	Kaduzierung	521
§ 22	Haftung der Rechtsvorgänger	531
§ 23	Versteigerung des Geschäftsanteils	537
§ 24	Aufbringung von Fehlbeträgen	543
§ 25	Zwingende Vorschriften	550
§ 26	Nachschusspflicht	550
§ 27	Unbeschränkte Nachschusspflicht	554
§ 28	Beschränkte Nachschusspflicht	560
§ 29	Ergebnisverwendung	562
§ 30	Kapitalerhaltung	592
Anhang zu § 30: Gesellschafterfremdfinanzierung		628
§ 31	Erstattung verbotener Rückzahlungen	733
§ 32	Rückzahlung von Gewinn	755
§§ 32 a und 32 b (weggefallen)		757
§ 33	Erwerb eigener Geschäftsanteile	757
§ 34	Einziehung von Geschäftsanteilen	771
Anhang zu § 34: Ausschluss und Austritt von Gesellschaftern		793

Abschnitt 3 Vertretung und Geschäftsführung

§ 35	Vertretung der Gesellschaft	804
§ 35 a	Angaben auf Geschäftsbriefen	892
§ 36	Zielgrößen und Fristen zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern	900
§ 37	Beschränkungen der Vertretungsbefugnis	910
§ 38	Widerruf der Bestellung	935
§ 39	Anmeldung der Geschäftsführer	988
§ 40	Liste der Gesellschafter, Verordnungsermächtigung	997
§ 41	Buchführung	1015
§ 42	Bilanz	1020
§ 42 a	Vorlage des Jahresabschlusses und des Lageberichts	1036
§ 43	Haftung der Geschäftsführer	1049
§ 43 a	Kreditgewährung aus Gesellschaftsvermögen	1100
§ 44	Stellvertreter von Geschäftsführern	1105
Vorbemerkung vor § 45		1106
§ 45	Rechte der Gesellschafter	1107
§ 46	Aufgabenkreis der Gesellschafter	1110
§ 47	Abstimmung	1129
Anhang zu § 47: Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen		1140
§ 48	Gesellschafterversammlung	1234
§ 49	Einberufung der Versammlung	1243
§ 50	Minderheitsrechte	1247

§ 51	Form der Einberufung	1252
§ 51 a	Auskunfts- und Einsichtsrecht	1261
§ 51 b	Gerichtliche Entscheidung über das Auskunfts- und Einsichtsrecht	1270
§ 52	Aufsichtsrat	1272

Abschnitt 4 Abänderungen des Gesellschaftsvertrags

§ 53	Form der Satzungsänderung	1349
§ 54	Anmeldung und Eintragung der Satzungsänderung	1370
§ 55	Erhöhung des Stammkapitals	1388
§ 55 a	Genehmigtes Kapital	1406
§ 56	Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen	1424
§ 56 a	Leistungen auf das neue Stammkapital	1443
§ 57	Anmeldung der Erhöhung	1457
§ 57 a	Ablehnung der Eintragung	1472
§ 57 b	(weggefallen)	1475
§ 57 c	Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	1475
§ 57 d	Ausweisung von Kapital- und Gewinnrücklagen	1482
§ 57 e	Zugrundelegung der letzten Jahresbilanz; Prüfung	1486
§ 57 f	Anforderungen an die Bilanz	1486
§ 57 g	Vorherige Bekanntgabe des Jahresabschlusses	1486
§ 57 h	Arten der Kapitalerhöhung	1491
§ 57 i	Anmeldung und Eintragung des Erhöhungsbeschlusses	1495
§ 57 j	Verteilung der Geschäftsanteile	1500
§ 57 k	Teilrechte; Ausübung der Rechte	1502
§ 57 l	Teilnahme an der Erhöhung des Stammkapitals	1505
§ 57 m	Verhältnis der Rechte; Beziehungen zu Dritten	1507
§ 57 n	Gewinnbeteiligung der neuen Geschäftsanteile	1511
§ 57 o	Anschaffungskosten	1513
§ 58	Herabsetzung des Stammkapitals	1515
§ 58 a	Vereinfachte Kapitalherabsetzung	1525
§ 58 b	Beträge aus Rücklagenauflösung und Kapitalherabsetzung	1537
§ 58 c	Nichteintritt angenommener Verluste	1541
§ 58 d	Gewinnausschüttung	1544
§ 58 e	Beschluss über die Kapitalherabsetzung	1549
§ 58 f	Kapitalherabsetzung bei gleichzeitiger Erhöhung des Stammkapitals	1553
§ 59	(weggefallen)	1557

Abschnitt 5 Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft

§ 60	Auflösungsgründe	1557
------	------------------------	------

§ 61	Auflösung durch Urteil	1579
§ 62	Auflösung durch eine Verwaltungsbehörde	1585
§ 63	(weggefallen)	1588
Vorbemerkung vor § 64: Die GmbH in Krise und Insolvenz		1588
§ 64	Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung	1695
§ 65	Anmeldung und Eintragung der Auflösung	1752
§ 66	Liquidatoren	1756
§ 67	Anmeldung der Liquidatoren	1773
§ 68	Zeichnung der Liquidatoren	1780
§ 69	Rechtsverhältnisse von Gesellschaft und Gesellschaftern	1786
§ 70	Aufgaben der Liquidatoren	1792
§ 71	Eröffnungsbilanz; Rechte und Pflichten	1802
§ 72	Vermögensverteilung	1820
§ 73	Sperrjahr	1826
§ 74	Schluss der Liquidation	1840
§ 75	Nichtigkeitsklage	1858
§ 76	Heilung von Mängeln durch Gesellschafterbeschluss	1881
§ 77	Wirkung der Nichtigkeit	1885

Abschnitt 6 Ordnungs-, Straf- und Bußgeldvorschriften

§ 78	Anmeldepflichtige	1887
§ 79	Zwangsgelder	1890
§ 80	(weggefallen)	1893
§ 81	(weggefallen)	1893
§ 81 a	(aufgehoben)	1893
Vorbemerkung vor §§ 82 ff.		1893
§ 82	Falsche Angaben	1894
§ 83	(weggefallen)	1904
§ 84	Verletzung der Verlustanzeigepflicht	1904
§ 85	Verletzung der Geheimhaltungspflicht	1912
§ 86	Verletzung der Pflichten bei Abschlussprüfungen	1918
§ 87	Bußgeldvorschriften	1920
Anhang: Mustergesellschaftsvertrag		1925
§ 88	Mitteilungen an die Abschlussprüferaufsichtsstelle	1932
Stichwortverzeichnis		1935

Einführung

Schrifttum

Atta, Der Brexit als Stresstest für die Wettbewerbsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt), GmbHR 2017, 567; *Bauerfeind/Tamcke*, Die Limited & Co. KG im Brexit: Rechtsrisiken trotz Austrittsabkommens – oder: die Geister, die ich rief, GmbHR 2019, 11; *Bayer/Hoffmann*, Neue Daten zur Unternehmensgesellschaft, GmbHR 2012, R51; *dies.*, 10 Jahre MoMiG – 10 Jahre „Mini-GmbH“, GmbHR 2018, 1156; *Bayer/Hoffmann/Lieder*, Ein Jahr MoMiG in der Unternehmenspraxis, GmbHR 2010, 9; *Bayer/Illhardt*, Darlegungs- und Beweislast im Recht der GmbH anhand praktischer Fallkonstellationen, Teil 1: Gründung und Kapitalaufbringung, GmbHR 2011, 505; Teil 2: Geschäftsanteil und Kapitalerhaltung, GmbHR 2011, 638; Teil 3: Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung, GmbHR 2011, 751; *Berninger*, Aufstieg der UG (haftungsbeschränkt) zur vollwertigen GmbH, GmbHR 2011, 953; *Bormann/Stelmaszczyk*, Das kontinentaleuropäische Gesellschaftsrecht im Wettbewerb der Rechtsordnungen, ZIP 2018, 764; *Cannivé/Seebach*, Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) versus Europäische Privatgesellschaft (SPE): Wettbewerb der Ein-Euro-Gesellschaften?, GmbHR 2009, 519; *Eidenmüller*, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233; *Fleischer*, Zur ergänzenden Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, GmbHR 2008, 673; *dies.*, 100 Jahre GmbH-Reform und 100 Jahre GmbH-Rundschau, GmbHR 2009, 1; *dies.*, Internationale Trends und Reformen im Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft, NZG 2014, 1081; *Fleischer/Wansleben*, Die GmbH & Co. KG als kautelarjuristische Erfolgsgeschichte, GmbHR 2017, 169; *dies.*, Die GmbH & Co. KG in den Auslandsrechten, GmbHR 2017, 633; *Harbarth*, Zum Reformbedarf im GmbH-Recht: Generalrevision oder punktuelle Fortentwicklung?, ZGR 2016, 84; *Harbarth/Friedrichson*, 10 Jahre MoMiG – Welche Impulse benötigt das GmbH-Recht heute?, GmbHR 2018, 1174; *Heckschen*, Die GmbH-Gründung 10 Jahre nach MoMiG – Eine Bestandsaufnahme, GmbHR 2018, 1093; *Hippeli*, Treupflichten in der GmbH, GmbHR 2016, 1257; *Hommelhoff/Freytag*, Wechselseitige Einflüsse von GmbH- und Aktienrecht (Teil I), DStR 1996, 1367; *dies.*, Wechselseitige Einflüsse von GmbH- und Aktienrecht (Teil II), DStR 1996, 1409; *Hülsmann*, GmbH-Geschäftsführer im Spiegel aktueller BGH-Rechtsprechung, GmbHR 2018, 393; *dies.*, Kapitalaufbringung in der GmbH im Spiegel aktueller BGH-Rechtsprechung, GmbHR 2019, 377; *Knaier*, Eine Rechtsformvariante bewegt Europa – 10 Jahre Unternehmungsgesellschaft in Deutschland und der EU, GmbHR 2018, 1181; *Kornblum*, Bundesweite Rechtstat-sachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Stand 1.1.2019, GmbHR 2019, 689; *Kußmaul/Meyering/Schwarz*, Historische Entwicklung der GmbH-Besteuerung und Belastungsvergleich der laufenden Steuerbelastung von Kapital- und Personengesellschaften, GmbHR 2016, 385; *Lutter*, Zur Entwicklung der GmbH in Europa und in der Welt, GmbHR 2005, 1; *J Schmidt*, Auswirkungen des Brexits im Bereich des Gesellschaftsrecht, ZIP 2019, 1093; *K Schmidt*, Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, JZ 2009, 10; *Schumacher/Stadtmüller*, Quo vadis, SPE? – Auf dem Weg zu einer europäischen Gesellschaft nationalen Rechts?, GmbHR 2012, 682; *Seer*, Die Besteuerung der GmbH im Spiegel der Zeit, GmbHR 2009, 1036; *Strohn*, Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zum Gesellschaftsrecht, Teil 1, DB 2012, 1137; Teil 2, DB 2012, 1193; *Teichmann*, Vertragsfreiheit im Innenverhältnis der GmbH-Gesellschafter, RNotZ 2013, 346; *Wachter*, GmbH-Gesellschafterliste: 10 Jahre nach MoMiG, GmbHR 2018, 1129; *Werner*, Aktuelle Entwicklungen des Rechts der Unternehmungsgesellschaft, GmbHR 2011, 459; *H P Westermann*, Die GmbH in der nationalen und internationalen Konkurrenz der Rechtsformen, GmbHR 2005, 4; *dies.*, Erfahrungen mit der Runderneuerung von Rechtsformen des Gesellschaftsrechts, GmbHR 2017, 683.

I. Das GmbHG – Entwicklung,

Reform und Ausblick	1
1. Entwicklung des GmbHG	3
2. MoMiG	8
a) Anlass	9
b) Missbrauchsbekämpfung	12

c) Modernisierung

3. Zukunft des GmbHG	15
----------------------------	----

II. Bedeutung und Strukturelemente

1. Rechtstatsächliche Bedeutung	17
---------------------------------------	----

2. Maßgebliche Strukturelemente	21	1. Ausländische Rechtsordnungen und GmbH-Recht	55
a) Kapitalgesellschaft	23	2. Anwendbares Recht auf ausländische Gesellschaft mit Inlandssitz	57
b) Haftungsprivilegierung	24	3. Niederlassungsfreiheit	62
c) Fremddorganschaft	26	4. Sitzverlegung einer inländischen GmbH ins Ausland	65
d) Gläubigerschutz	28	VI. Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsordnungen	66
e) Minderheitenschutz	32	1. Einfluss des Wettbewerbsgedankens	66
f) Kompetenzverteilung ..	34	2. GmbH und Limited	67
III. Rechtsquellen und Rechtsangleichung	38	3. GmbH und Europäische Gesellschaftsformen (SPE und SUP)	69
1. Rechtsquellen	39	4. Ausweg Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)?	71
2. Höchststrichterliche Rechtsfortbildung	42	VII. Steuerrecht	74
3. Europäische Rechtsangleichung	45		
IV. Erscheinungsformen der GmbH	48		
1. Personalistische GmbH ...	49		
2. Einpersonen-GmbH	50		
3. GmbH im Konzern	51		
4. GmbH & Co. KG	52		
5. GmbH & Still	53		
V. GmbH und ausländische Rechtsordnungen	54		

I. Das GmbHG – Entwicklung, Reform und Ausblick

- 1 Das Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) regelt die zweite kapitalistische Gesellschaftsform neben der AG. 1892 eine Erfindung des Gesetzgebers,¹ ist die GmbH heute die meistgenutzte Gesellschaftsform (→ Rn. 16 ff.). Tragender Gedanke war die Schaffung einer einfacheren u. **kleineren Kapitalgesellschaft**.² Zwar wurde diese auf den persönlichen Zusammenschluss weniger Gesellschafter unter Ausschluss der Außenhaftung u. Begrenzung des Gläubigerzugriffs auf das Gesellschaftsvermögen zugeschnitten. Man orientierte sich aber am Leitbild der „kleinen AG“, bei der sich die Leistung der Gesellschafter auf die Übernahme ihrer Einlage u. eine gewisse Leitung u. Beaufsichtigung der Geschäfte beschränkt.³ Die GmbH weist grds. einen weniger stark entwickelten Publikumschutz auf, weil sie weder Publikumskapital zusammenzieht noch eine vergleichbare Fungibilität der Anteile aufweist.⁴ Das GmbHG trägt die Handschrift eines Kompromisses zwischen der Orientierung an den Personengesellschaften u. dem Leitbild einer kleinen Kapitalgesellschaft, wengleich letzteres überwog. Kleinen u. mittleren Unternehmen sollte mit einer größeren Dispositivität (vgl. § 23 V AktG) mehr Handlungsfreiheit als bei einer AG eingeräumt werden. Diese wird in der Praxis häufig zur personalistischen Ausgestaltung des Innenverhältnisses

1 *Fleischer*, GmbHR 08, 673 mwN; umfassend zur Entstehungsgeschichte *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 3 ff.

2 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 4; *Fleischer*, GmbHR 09, 1, 7.

3 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 4; umfassend *Fleischer*, GmbHR 09, 1, 7 (Fn. 101); vgl. iÜ die Nachweise bei *Fleischer*, GmbHR 08, 673, 674 (Fn. 9).

4 *Michalski/J Schmidt*, Syst Darst 1 Rn. 44.

genutzt, wobei das Außenverhältnis nach wie vor Parallelen zur AG aufweist (→ Rn. 49).⁵

Als kapitalistische Gesellschaftsform verwirklicht die GmbH die Trennung von Haftung u. Handlung. Mit geringem Gründungsaufwand ist unternehmerisches Engagement ohne entspr. hohe finanzielle Verantwortlichkeit möglich. Dieser Konzeption trägt die rechtliche Struktur (→ Rn. 21 ff.) Rechnung. Die GmbH besitzt eigene Rechtspersönlichkeit (§ 13 I), ggü. den Gläubigern haftet grds. nur die Gesellschaft (§ 13 II) u. es besteht die Möglichkeit der Drittorganschaft (§ 35). Gerade im Innenverhältnis ist das GmbH-Recht weitgehend **dispositiv** (Satzungsautonomie). Dies eröffnet vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten (→ Rn. 48 ff.).

1. Entwicklung des GmbHG

Das GmbHG ist während seines über 100jährigen Bestehens von gesetzgeberischem Aktionismus verschont geblieben. Einzig eine gewisse Annäherung an das Aktienrecht ist über die Jahrzehnte festzustellen. Die stabile Gesetzeslage dürfte maßgeblich zum Ansehen der GmbH als „Allzweckinstrument“⁶ beigetragen haben – das kodifizierte GmbH-Recht hat sich als **stabil** erwiesen.⁷ Seit Erl. des GmbHG 1892 wurde über 80 Jahre hinweg nahezu nichts verändert.⁸

Anders als das Aktienrecht, das von einer „Aktienrechtsreform in Permanenz“ geprägt ist, war das GmbHG lange allenfalls von geringfügigen Änderungen betroffen.⁹ Die wesentlichen Grundzüge wurden indes nicht berührt. Allein das PublizitätsG¹⁰ von 1969 führte eine dem Aktienrecht angegliche Publizitätspflicht ein. Eine allg. Publizitätspflicht iVm einer teilw. Pflicht zur Abschlussprüfung wurde erst aufgrund europarechtlicher Vorgaben 1985 durch das BiRiLiG¹¹ eingeführt (→ Rn. 46). Nicht zu verkennen ist auch der Einfluss von Rspr. u. Literatur auf die Entwicklung des GmbH-Rechts.¹²

Angesichts der Aktienrechtsreformen von 1937 u. 1965 u. eines Scheiterns entspr. GmbH-Reformen wurden hohe Erwartungen an die **Novelle** von

5 Habersack/Casper/Löbbecke/Ulmer Rn. A 7. Zur Einordnung der GmbH zwischen kollektivistischer AG u. individualistischer Personengesellschaft Fleischer, GmbHR 09, 1, 12.

6 H P Westermann, GmbHR 05, 4; Lutter/Hommelhoff Rn. 6.

7 H P Westermann, GmbHR 05, 4; Lutter/Hommelhoff Rn. 7. Einen Überblick über 100 Jahre GmbH-Reform bietet Fleischer, GmbHR 09, 1 ff.

8 Lutter/Hommelhoff Rn. 6; wengleich kein Mangel an Reformansätzen bestand, Fleischer, GmbHR 09, 1, 2 ff.

9 Überblick über die Änderungen bei Hachenburg/Schilling, 7. Aufl. 75, Einl. A. III. Rn. 5/S. 488; Lutter/Hommelhoff Rn. 7.

10 Gesetz zur Durchführung der Ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts v. 15.8.69, BGBl. I, S. 1146.

11 Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts v. 19.12.85, BGBl. I, S. 2355.

12 Lutter/Hommelhoff Rn. 7 mit Bsp; MüKoGmbHG/Fleischer Rn. 125 ff.

1980¹³ gestellt. Im RegE GmbHG 1971/73¹⁴ wurde eine gesetzliche Definition der GmbH (§ 1 RegE 1971) ebenso vorgeschlagen wie die Regelung eines GmbH-Konzernrechts.¹⁵ Dies hätte den Charakter aber auch die minimalistische Regelungstechnik des GmbHG grdl. gewandelt. Nicht zul. deshalb scheiterten so weitgehende Reformbemühungen 1980.¹⁶ Gleichwohl wurde zum 1.1.81 das Mindeststammkapital von 20.000 DM auf 50.000 DM erhöht u. ein Sachgründungsbericht sowie eine Einpersonen-Gründung eingeführt. Auch eine mehr oder minder gefestigte Rspr. wie die Differenzhaftung der Gründer (§ 9) sowie Regeln zum Gesellschafterdarlehen (§§ 32a/b aF) wurden Gesetz. Allein die Aufnahme der Rechtsprechungsregeln zeugt davon, dass die Novelle nicht mehr das Ziel der Vollständigkeit verfolgte.¹⁷ An dieser mangelnden Vollständigkeit hat sich auch durch weitere Gesetzesänderungen u. schließlich auch aufgrund des MoMiG nichts geändert. Fragen der Beschlussanfechtung sowie das GmbH-Konzernrecht sind nach wie vor nicht im GmbHG geregelt, sondern müssen stets gesondert Berücksichtigung finden (→ Rn. 15).

- 6 Mit der Reform von 1994¹⁸ wurde die vereinfachte Kapitalherabsetzung in §§ 58 a–f. eingeführt. 1998 ergingen zahlreiche weitere Änderungen.¹⁹ Schließlich wurden mit dem JKomG²⁰ u. dem EHUG²¹ Gesetzesvorhaben verwirklicht, die mit ihren Regelungen zur **Unternehmenspublizität** auch das GmbH-Recht maßgeblich veränderten. Durch das EHUG wurde der elektronische Registerbetrieb eingeführt. Hiermit war keine Absenkung der Formerfordernisse verbunden. Anmeldungen sind weiterhin in öffentlich beglaubigter Form erforderlich. Dies sichert weiterhin die Beteiligung eines Notars.²² Auch die **FGG-Reform**²³ wirkte sich zwar auf das GmbHG aus, was in der Gesamtbetrachtung aber zu vernachlässigen ist. Die für Handelsregisterverfahren relevanten Vorschriften der §§ 125 ff. FGG wurden mit Modifikationen in Buch 5 zum Verfahren in Registersachen übernommen.²⁴ Das **FamFG** ist eine systematisch aufgebaute u. in sich stimmige Verfahrensordnung, die zu Recht das nicht mehr zeitgemäße FGG ersetzte. Die unmittelbaren Änderungen des GmbHG beschränken sich auf redaktionelle Änderun-

13 Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften v. 4.7.80, BGBl. I, S. 836; hierzu *Fleischer*, GmbHR 09, 1, 8 ff.

14 BT-Drs. VI/3088 sowie 7/253.

15 Nachweise bei *Fleischer*, GmbHR 09, 1, 6 ff.; *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 57.

16 *Lutter/Hommelhoff* Rn. 8; zum Ganzen *Fleischer*, GmbHR 09, 1, 9 f.; krit. *K Schmidt*, JZ 09, 10, 16 f.

17 *Lutter/Hommelhoff* Rn. 8.

18 Durch das Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO) v. 5.10.94, BGBl. I, S. 2911.

19 Durch EuroEG, HRefG, KonTraG, KapAEG u. EGInsOÄndG; zu den Änderungen *Lutter/Hommelhoff* Rn. 10 ff.

20 Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz v. 22.3.05, BGBl. I, S. 837.

21 Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister v. 10.11.06, BGBl. I, S. 2553.

22 Zum Ganzen *Lutter/Hommelhoff* Rn. 15.

23 Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) v. 17.12.08, BGBl. I, S. 2586.

24 *Wicke* Rn. 27 mit Überblick über die nach FamFG bestehenden Verfahrensarten.

gen (§ 60 I Nr. 6, 7, § 71 III 2, §§ 66, 74, s. jeweils dort). Mittelbar ergeben sich durch den Verweis auf bestimmte Verfahrensarten (das FamFG führte das „unternehmensrechtliche Verfahren“ ein) ebenfalls nur geringfügige Änderungen. Schließlich modernisierte auch das **BilMoG**²⁵ in Umsetzung von Änderungsrichtlinien zur 4. BilanzRL, 7. KonzernbilanzRL u. 8. AbschlussprüferRL das deutsche HGB-Bilanzrecht (s. § 42). Das HGB sollte hierdurch zu einem im Vergleich zu internationalen Rechnungslegungsstandards gleichwertigen, jedoch kostengünstigeren u. einfacher handhabbaren Regelwerk ausgebaut werden.²⁶

Bei den Reformbemühungen der letzten Jahrzehnte stand iW der verbesserte **Schutz des Rechtsverkehrs** u. der **Gläubiger** sowie von **Minderheiten** im Vordergrund. Neben dem Gesetzgeber waren oft Literatur u. richterliche Rechtsfortbildung²⁷ Vorreiter der Entwicklung u. prägten Leitlinien, die später Gesetz wurden. Dies führte zu einer erschwerten Handhabbarkeit des GmbH-Rechts.²⁸ Nicht zu übersehen ist die **Europäisierung**, die auch im GmbH-Recht Spuren hinterlässt (→ Rn. 45 ff.).

2. MoMiG

Seit 2002 hegte das Bundesjustizministerium Pläne für eine GmbH-Reform.²⁹ Das in den Bundestag eingebrachte MindestkapG fiel der vorgezogenen Bundestagswahl zum Opfer; lediglich eine Absenkung des Mindestkapitals hätte zu kurz gegriffen. Viele Reformbegehren wurden später mit dem **MoMiG**³⁰ weiterverfolgt.

a) **Anlass.** Die größte GmbH-Reform seit Erl. des GmbH-Gesetzes 1892 ist auch vor dem Hintergrund der Schutzbemühungen des Gesetzgebers zu sehen (→ Rn. 7). Ausschlaggebend war aber va der Wettbewerbsgedanke: Die GmbH sah sich – nicht zuletzt auch aufgrund der Rspr.³¹ des EuGH zur Niederlassungsfreiheit – verstärkter Konkurrenz durch die englische Limited ausgesetzt. Dies kann rasch gegründet werden u. kennt kein Mindeststammkapital. Zudem wies das GmbH-Recht mit zahlreichen strittigen Fragen (bspw. verdeckte Sacheinlage, Cash-Pooling, Gesellschafterdarlehen)³² ein Risiko für Unternehmensgründer auf, welches durch das Aus-

25 Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz v. 25.5.09, BGBl. I, S. 1102.

26 *Wicke* Rn. 26.

27 *H P Westermann*, GmBHR 05, 4, 5 nennt beispielhaft die Finanzierung des Unternehmens u. zT – daraus folgend – die Haftung der Gesellschafter ggü Gläubigern sowie ggü der Gesellschaft selber, u. spricht von mehreren Komplexen, die zwischen Unternehmenspraxis auf der einen sowie Rspr. u. Literatur auf der anderen Seite heftig umstritten waren.

28 *H P Westermann*, GmBHR 05, 4, 6.

29 Geplant war ein Gesetz zur Neuregelung des Mindestkapitals (MindestkapG), BR-Drucks 619/05; dazu *Seibert*, BB 05, 1061; *K Schmidt*, DB 05, 1095; vgl. auch *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 101; *MüKoGmbHG/Fleischer* Rn. 116.

30 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.08, BGBl. I, S. 2026 mit Inkrafttreten zum 1.11.08; Materialien: RefE v. 29.5.06; RegE v. 23.5.07, BT-Drs. 16/6140; Empfehlungen des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/9737.

31 Als grdl. Ur. seien nur *Centros*, *Überseering* u. *Inspire Art* genannt (Rn. 62); auf Letzteres nimmt Begr. RegE BT-Drs. 16/6140, S. 25 Bezug.

32 Hierzu *Lutter/Hommelhoff* Rn. 25.

weichen auf eine andere Rechtsform (vermeintlich) vermieden werden konnte.

- 10 Zudem waren Missbräuche in Form von GmbH-„Bestattungen“ offenkundig geworden. Mancherorts wurden GmbH, die sich in einer, teils durch die Geschäftsführung fahrlässig verschuldeten, Krise befanden, an neue Geschäftssitze verlegt, um einem Insolvenzverfahren am alten Geschäftssitz u. dem Zugriff der dortigen Gläubiger zu entgehen. Die Sitzverlegung erschwerte nicht nur die Forderungseintreibung, sondern konnte der Geschäftsführung auch helfen, evtl. Schadenersatzansprüchen zu entgehen. Nicht selten wurde eine GmbH schließlich vermögenslos im Handelsregister gelöscht.³³
- 11 Mit dem MoMiG verfolgte der Gesetzgeber zwei **Zielsetzungen: Modernisierung u. Missbrauchsbekämpfung**. Der Gesetzgeber reagierte eher auf missbilligte Phänomene, als eigenständig das Gesellschaftsrecht zu gestalten. So entspricht auch die im RegE noch enthaltene Absenkung des Mindeststammkapitals,³⁴ die nach einjährigen Beratungen neben der Einführung der UG (hierzu → Rn. 71 ff.) als überflüssig verworfen wurde, eher gesetzgeberischem Reaktionismus als konsequent durchgeführter Reform. Das MoMiG ist ein (letztlich gelungener) Kompromiss.
- 12 b) **Missbrauchsbekämpfung**. Eine Vielzahl eher technischer Regelungen, die auf das MoMiG zurückgehen, sollen Missbräuche vermeiden: Das Problem der **Führungslosigkeit** der GmbH wird (§ 35 I 2, s. dort → Rn. 42 ff.) durch die Empfangszuständigkeit (Passivvertretung) jedes einzelnen Gesellschafters bekämpft. Kraft § 15 a III InsO (s. auch → Vor § 64 Rn. 121 ff.) ist bei Führungslosigkeit auch jeder einzelne Gesellschafter verpflichtet, ggf. Insolvenzantrag zu stellen. § 8 IV Nr. 1 normiert die **Publizität** der Geschäftsanschrift. Die Stärkung der Gesellschafterliste u. damit der Publizität der Gesellschafter (→ § 40 Rn. 1) wirkt sich ebenfalls positiv aus.³⁵
- 13 c) **Modernisierung**. Maßgebliche Stoßrichtung der Modernisierung ist die **Deregulierung** unter dem Einfluss des europäischen Gesellschaftsrechts sowie konkurrierender ausländischer Rechtsformen.³⁶ Eine umfassende Reform insbes. des Mindestkapitals, der Kapitalerhaltung u. -aufbringung soll die GmbH im internationalen Vergleich wettbewerbsfähiger machen. Dem Druck anderer europäischer Rechtsformen auf Absenkung oder gänzlichen Verzicht des Mindeststammkapitals wurde durch die Einführung der **Unternehmensgesellschaft** (haftungsbeschränkt) begegnet (zur UG → Rn. 71 ff. u. → § 5 a Rn. 1).³⁷ Die Kapitalaufbringung inkl. Sacheinlage u. verdeckter Sacheinlage wurde ebenfalls reformiert. Letzterer kommt nunmehr grds. Erfüllungswirkung zu (→ § 19 Rn. 46), iÜ gilt eine Diffe-

33 Lutter/Hommelhoff Rn. 26; vgl. auch *Fleischer*, GmbHR 09, 1, 10 mwN.

34 Begr. RegE BT-Drs. 16/6140, S. 25, 29 ff., basierend auf den ehemals mit den MindestkapG verfolgten Überlegungen.

35 Zum positiven Fazit auch *Wachter*, GmbHR 18, 1129 ff.

36 Begr. RegE BT-Drs. 16/6140, S. 25; hierzu noch Rn. 66.

37 Begr. RegE BT-Drs. 16/6140, S. 25 sah noch die Absenkung des Mindeststammkapitals auf 10.000 EUR vor; die Stammkapitalziffer wurde schließlich auf Empfehlung des Rechtsausschusses bei 25.000 EUR belassen.

renzhaftung. Die Kapitalerhaltung sowie das Eigenkapitalersatzrecht wurden umfassend neu gestaltet u. teils in das Insolvenzrecht verlagert. Insbes. das Cash-Pooling sollte verlässlich geregelt werden. Die vormalig unübersichtliche Rechtslage im Eigenkapitalersatzrecht u. im Recht der Gesellschafterdarlehen wurde durch die Verlagerung in die InsO maßgeblich vereinfacht (s. zum Ganzen Anh. § 30). Flankiert wird dies durch eine Erweiterung der Geschäftsführerhaftung (vgl. § 64 S. 3). Diese Ergänzung des Gläubigerschutzes ist va in Verbindung mit § 30 relevant (→ § 30 Rn. 131).

Zur Verringerung des Gründungsaufwands wird ein Mustergesellschaftsvertrag als Anh. zum GmbHG angeboten, der die Gründung erleichtern u. beschleunigen soll (zum Ganzen auch → § 2 Rn. 43 ff.). Erhebliche Erleichterungen bringen auch die Neuregelungen zu Geschäftsanteilen. Der Nennbetrag muss auf volle Euro lauten (§ 5 II 1), wobei jeder Gesellschafter auch mehrere Anteile übernehmen kann (→ § 5 Rn. 11). Zugleich dient die zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste (zu Details → § 40 Rn. 8) als Legitimationsbasis, § 16 I. Geschäftsanteile können gutgläubig erworben werden, § 16 III (→ § 16 Rn. 27 ff.). Schließlich ist es zur Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der GmbH durch Wegfall des § 4 a II aF möglich, den Verwaltungssitz einer GmbH ins Ausland zu verlegen, ohne dass die faktische Sitzverlegung eine Auflösung nach sich zieht (→ § 4 a Rn. 11).

3. Zukunft des GmbHG

Dennoch weist das GmbHG weiterhin erhebliche **Lücken** auf. Es fehlen eigenständige Regelungen zum Konzernrecht (→ Anh. § 13 Rn. 5) sowie zur Beschlussanfechtung (→ Anh. § 47 Rn. 1).³⁸ Vielfach ist auf Aktienrecht, aber auch Personengesellschaftsrecht zurückzugreifen. Der Charakter des GmbHG als (weitgehend) minimalistische Regelungsgrundlage sollte jedoch bewahrt werden. Die **Europäisierung** (→ Rn. 45 ff.) des Gesellschaftsrechts kann den Gesetzgeber ggf. vor Umsetzungsschwierigkeiten stellen, wenn die GmbH auch weiterhin nicht umfassend kodifiziert ist. Nicht zul. erschließt sich die Bedeutung der GmbH aber aus ihrer Flexibilität. Daher ist weiteren Regelungsvorhaben mit Vorsicht zu begegnen. Nur so vermag die GmbH ein Allzweckinstrument zu bleiben.

II. Bedeutung und Strukturelemente

Die GmbH ist eine Erfolgsgeschichte. Ihre rechtstatsächliche Bedeutung in Deutschland (→ Rn. 17) hängt maßgeblich mit der Kombination verschiedener Strukturelemente (→ Rn. 21) sowie ihrer Flexibilität³⁹ zusammen.

1. Rechtstatsächliche Bedeutung

Die Verbreitung der GmbH in absoluten Zahlen wie auch ihre Popularität unter den (Kapital-)Gesellschaften insg. ist in den letzten Jahrzehnten stetig

³⁸ Lutter/Hommelhoff Rn. 38.

³⁹ Hierzu u. zur Bedeutung für ihren Erfolg Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer Rn. A 119.

gestiegen.⁴⁰ Inzwischen gibt es mehr als 1.200.000 eingetragene GmbH in Deutschland.⁴¹ Der deutlich überw. Teil der GmbH dürfte immer noch ein Stammkapital iH der Mindeststammkapitalziffer aufweisen.⁴² Der Anteil der **Einpersonen-GmbH** an der Gesamtzahl der GmbH ist auf zul. etwa 60 % gestiegen.⁴³ Dies deutet auf die Bedeutung der GmbH als Konzerngesellschaft hin. Nur wenige GmbH dürften eine Gesellschafterzahl von 2–5 übersteigen.⁴⁴ Dies ist charakteristisch für „**personalistisch**“ ausgestaltete GmbH, wengleich dies nicht zwingend mit einer geringen Zahl von Gesellschaftern einhergehen muss.

- 18 In der Rechtspraxis ist die ausschließliche oder auch nur teilw. **Drittorgan-**schaft nicht der Regelfall. Nur etwa 20 % aller GmbH werden ausschließ-lich oder zumindest auch von einem Geschäftsführer geleitet, der nicht Ge-sellschafter ist, mehr als 80 % hingg. ausschließlich von Gesellschaftern, etwa die Hälfte gar von sämtlichen Gesellschaftern.⁴⁵ Die personalistisch strukturierte GmbH dominiert das Bild. Die Anzahl der GmbH, die als Komplementär an einer **GmbH & Co KG** beteiligt sind u. sich dort auf die Geschäftsführungsfunktion beschränken, wird amtlich nicht ausgewiesen. Bereits 2002 bestanden schätzungsweise 175.000 solcher GmbH,⁴⁶ wes-halb die Zahl heute deutlich höher liegen dürfte. GmbH sollen ca. ein Drit-tel aller inländischen Umsätze mit Lieferungen u. Leistungen erwirtschaften.⁴⁷ Typischerweise wählen **mittelständische** Unternehmen die GmbH als Rechtsform. Bei Großunternehmen ist sie nur vereinzelt anzutreffen.⁴⁸ Hauptsächliches Gewicht kommt ihr in den Bereichen Dienstleistung u. Handel zu.⁴⁹
- 19 Weit verbreitet dürfte die GmbH va im Bereich der **Unternehmensverbin-**dungen sein,⁵⁰ sei es aus steuerlichen Gründen (zB aufgrund von Betriebs-aufspaltungen oder steuerbegünstigter Gewinn- u. Verlustzuweisung) oder weil bspw. Besitz u. Betrieb oder Mutter- u. Tochtergesellschaften getrennt oder Holdingstrukturen etabliert werden sollen. Nicht zul. ist die GmbH

40 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 102 ff., der das Wachstum zwischen 1950 u. 2005 mit 4.000 % beziffert; *Michalski/J Schmidt*, Syst Darst 1 Rn. 96 ff.; s. auch *Baumbach/Hueck/Fastrich* Rn. 15 ff.; *MüKoGmbHG/Fleischer* Rn. 199 ff.

41 Nach *Kornblum*, GmbHR 19, 689, 690 gab es zum 1.1.19 bundesweit 1.289.037 eingetragene GmbH bei steigender Tendenz.

42 *Michalski/J Schmidt*, Syst Darst 1 Rn. 105 f.; *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 107 mwN für die Zeit bis 1992; *MüKoGmbHG/Fleischer* Rn. 204: mehr als zwei Drittel.

43 *Michalski/J Schmidt*, Syst Darst 1 Rn. 108.

44 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 110; *Michalski/J Schmidt*, Syst Darst 1 Rn. 108.

45 *Michalski/J Schmidt*, Syst Darst 1 Rn. 112; s. auch *MüKoGmbHG/Fleischer* Rn. 203.

46 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 112. Nach *Kornblum*, GmbHR 19, 689 ff. werden die in der Form der GmbH & Co KG betriebenen KGs nicht gesondert ausgewiesen, vgl. jedoch aaO die Nachweise zur Zahl der KGs insg.; die Zahl der Limited & Co KG nimmt stetig ab u. lag am 1.1.19 bundesweit bei ca. 2.300, während die UG weiter in den Vordergrund tritt u. am 1.1.19 rd 11.000 UG & Co KG existierten (*Kornblum* GmbHR 19, 689, 690).

47 *Wicke* Rn. 1 mwN.

48 *Baumbach/Hueck/Fastrich* Rn. 13; *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 115.

49 *Wicke* Rn. 11; *Michalski/J Schmidt*, Syst Darst 1 Rn. 113.

50 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 122 f.; *Baumbach/Hueck/Fastrich* Rn. 14.

im Bereich der Stiftungen ebenso anzutreffen wie als Organisationsform für ausgelagerte Aufgaben der kommunalen, öffentlichen Hand.⁵¹ Die Verbreitung der GmbH spiegelt sich in den Insolvenzstatistiken wider. Die Zahl der **GmbH-Insolvenzen** hat zul. (April 2019) etwa die Hälfte der gesamten Unternehmensinsolvenzen ausgemacht, wobei in weniger als einem Drittel dieser Fälle eine UG (haftungsbeschränkt) betroffen war.⁵² Der Status der GmbH als Kapitalgesellschaft u. ihre Haftungsbeschränkung auf das Stammkapital bieten Erklärungsansätze für die hohe Anzahl der auf die GmbH entfallenden Verfahrensablehnungen mangels Masse.⁵³

Als „Konkurrentin“ der GmbH hat va die britische **Limited** von sich reden gemacht (→ Rn. 67). Seit 2009 nimmt die Anzahl der Limited jedoch kontinuierlich ab u. betrug am 1.1.19 ca. 6.800.⁵⁴ Davon fungieren aber wohl beachtliche ca. 30 % als Komplementäre von Limited & Co KGs.⁵⁵ Die **Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)** (→ Rn. 71 ff.) hatte schon bzgl. der Gründungszahlen einen beachtlichen Start zu verzeichnen. Bis zum 1.1.19 wurden über 143.500 UG erfasst, so dass es inzwischen knapp zwanzigmal so viele UG wie Limited gibt.⁵⁶

2. Maßgebliche Strukturelemente

IU zum AktG (§ 1 I AktG) bietet das GmbHG keine gesetzliche **Definition** der GmbH. Wesentliche Merkmale ergeben sich jedoch aus den ersten beiden Abschn. des GmbHG, insbes. §§ 1, 2, 5, 11, 13. Demnach handelt es sich um eine auf Rechtsgeschäft (Gesellschaftsvertrag oder Satzung, vgl. §§ 2, 3) beruhende, mit Eintragung in das Handelsregister als juristische Person (§ 13) zur Entstehung kommende Kapitalgesellschaft (§§ 11 I, 13 I) mit auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 II) beschränkter Haftung, die zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden u. eine beliebige Gesellschafteranzahl aufweisen kann (§ 1). Aus dem Gesetz lassen sich die wichtigsten **Strukturmerkmale** ableiten: Die GmbH ist Kapitalgesellschaft (→ Rn. 23), deren Gesellschafter im Außenverhältnis nicht persönlich haften (→ Rn. 24). Den Gläubigern steht einzig die Haftungsmasse der GmbH zur Verfügung, die jedoch besonders geschützt wird (→ Rn. 25). Die Gesellschafter sind nicht zur Geschäftsführung verpflichtet (→ Rn. 26), ihnen kommt aber insbes. als Minderheitsgesellschafter besonderer Schutz zu (→ Rn. 32 f.). Schließlich lässt sich die Kompetenzverteilung zwischen den Geschäftsorganen grds. in der Satzung umfangreich festlegen (→ Rn. 34).

51 *Wicke* Rn. 11; *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 125.

52 Statistisches Bundesamt, Fachserie 2 (Unternehmen und Arbeitsstätten), Reihe 4.1 (Insolvenzverfahren), April 2019, S. 4; die Publikation erscheint monatlich u. ist jeweils unter https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/_inhalt.html verfügbar (abgerufen 23.7.2019); der relative Anteil lag in den letzten Jahrzehnten noch höher, vgl. hierzu *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 129.

53 Über 50 % aller mangels Masse abgewiesener Unternehmensinsolvenzen sind solche über GmbH. Die UG (haftungsbeschränkt) macht auch hier etwa ein Drittel dieser Fälle aus, vgl. Statistisches Bundesamt, aaO (Fn. 53).

54 *Kornblum*, GmbH R 19, 689, 690.

55 *Kornblum*, GmbH R 19, 689, 690, beziffert deren Zahl auf ca. 2.300.

56 *Vgl. Kornblum*, GmbH R 19, 689, 690.

- 22 Trotz der gesetzlichen Strukturmerkmale besteht erhebliche **Gestaltungsfreiheit**. Große Bereiche des GmbH-Rechts sind – insbes. im Innenverhältnis – dispositiv. Die nahezu uneingeschränkte Satzungsautonomie kommt in § 45 I zum Ausdruck. Die GmbH kann sowohl kapitalistisch als auch personalistisch ausgestaltet werden (zu Erscheinungsformen → Rn. 48 ff.). Die Kombination aus unabänderlichen Strukturmerkmalen einer Kapitalgesellschaft u. Gestaltungsspielraum im Innenverhältnis ermöglicht es der GmbH, zugleich einen Mindeststandard an Seriosität zu wahren u. vielseitig verwendbar u. damit attraktiv für die Rechtspraxis zu sein.⁵⁷ Der Erfolg der GmbH dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass eine grdl. Balance von Gesetzgebung u. Rspr. nicht angetastet wird (→ Rn. 42). Auch für die GmbH gewinnt das Thema Corporate Governance weiter an Bedeutung.⁵⁸ Verfügbar sind bereits mehrere Kodex-Entwürfe sowohl für Familienunternehmen als auch die GmbH allg.⁵⁹ Angesichts der vielgestaltigen Erscheinungsformen der GmbH fehlt es indes an einer Vergleichbarkeit der einzelnen Unternehmen.⁶⁰ Daher empfiehlt sich die einzelfallbezogene Regelung ausgewählter Aspekte wie etwa zur Konfliktlösung oder für die Einrichtung eines Aufsichtsorgans. Dazu eröffnet die Gestaltungsfreiheit hinreichend Raum.
- 23 a) **Kapitalgesellschaft**. Die GmbH erwirbt mit ihrer Eintragung in das Handelsregister (→ § 11 Rn. 1 f.) die volle **Rechtsfähigkeit**. Sie ist damit juristische Person des Privatrechts u. kann grds. uneingeschränkt am Rechtsverkehr teilnehmen (§ 13 I). Sie ist durch ihre Organe, die Geschäftsführer (→ § 35 Rn. 4), handlungsfähig. Hiermit verbunden ist die unbeschränkte Handlungsfähigkeit u. Vertretungsmacht der Geschäftsführer sowie die Haftungskonzentration auf das Gesellschaftsvermögen unter grds. Ausschluss der Haftung einzelner Gesellschafter (§ 13 II). Die Zahl der Gesellschafter ist gesetzlich nicht beschränkt (vgl. § 1). Die GmbH verliert ihre Rechtsfähigkeit erst mit Löschung im Handelsregister. Sie gilt nach § 13 III als Handelsgesellschaft iSd HGB u. ist damit **Kaufmann kraft Rechtsform** (vgl. § 6 I HGB).
- 24 b) **Haftungsprivilegierung**. Die Attraktivität der GmbH ergibt sich auch aus der Haftungsprivilegierung, die sie ihren Gesellschaftern gewährt.⁶¹ Eine Trennung von Herrschaft u. Haftung ist nicht nur Teil der neueren Wirtschaftsgeschichte, sondern als Anreizinstrument zur Bereitstellung von unternehmerischem Risikokapital volkswirtschaftlich zu begrüßen.⁶² Die persönliche Gesellschafterhaftung für Gesellschaftsschulden ist nach § 13 II ausgeschlossen (zu Einschränkungen aus Gründen des Gläubigerschutzes → Rn. 28).

57 So auch *Fleischer*, GmbHR 08, 673.

58 Im Überblick MüKoGmbHG/*Fleischer* Rn. 295 ff.; zum aktuellen Stand auch *Wilsing/Winkler*, BB 19, 1603 ff.

59 Vgl. nur den Entwurf der Kommission Governance Kodex für Familienunternehmen, <http://www.kodex-fuer-familienunternehmen.de>; s. auch *Kornertz-Häufler*, GmbHR 12, 68.

60 *Wicke*, ZGR 12, 450, 487 f.

61 *Roth/Altmeyen*, 8. Aufl. 15, Rn. 16; *Michalski*, 2. Aufl. 10, Syst Darst 1 Rn. 39 ff. mwN.

62 Vgl. auch MüKoGmbHG/*Fleischer* Rn. 281 ff.

Zugleich sind Haftungsprivilegierung u. Gläubigerschutz eng miteinander verknüpft. Da die Haftung der GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, muss zumindest das Stammkapital den Gläubigern als Haftungsmasse erhalten bleiben. Schon die erhöhte Insolvenzanfälligkeit der GmbH (→ Rn. 19) deutet darauf hin, dass die Stammkapitalziffer vielfach nicht ausreicht, um dauerhaft die Fortführung des Geschäftsbetriebs zu gewährleisten. Hiergegen mag sich ein einzelner Geschäftspartner durch entspr. Vertragsgestaltung absichern. Im modernen Massengeschäft hingg. ist dies nicht möglich. Daher postulierte der Gesetzgeber zwei grdl. Regelungskonzepte: **Mindeststammkapital** u. **Publizität**. Die Publizitätspflichten sollen wie beim aktienrechtlichen Modell den Gläubiger- u. Klein- bzw. Minderheitsgesellschafterinteressen dienen.⁶³ Nach den Änderungen durch das BiRiLiG (→ Rn. 4, 46) treffen sie grds. jede GmbH, jedoch abgestuft nach Größenkriterien (iErg → § 42 Rn. 5 ff.). Die umfassenden u. komplexen Regeln zur **Kapitalaufbringung** (→ § 19 Rn. 1 f.) u. **Kapitalerhaltung** (→ § 30 Rn. 1 ff.) dienen der Sicherung eines (Mindest-)Haftungsfonds als Zugriffsobjekt der Gesellschaftsgläubiger.⁶⁴

c) **Fremdorganschaft**. Das GmbHG hat zwar im Grundsatz das aktienrechtliche Prinzip der Drittorganschaft übernommen, jedoch entscheidend abgeschwächt.⁶⁵ Dem Grundsatz nach verdeutlicht das Prinzip der **Fremd- oder Drittorganschaft** mittels Trennung von Eigentümerstellung u. Geschäftsführung den Status einer GmbH als Kapitalgesellschaft. Hiervon abzugrenzen sind die Personengesellschaften, bei denen idR die Gesellschafter auch geschäftsführend tätig sind u. damit Selbstorganschaft vorliegt.

Nach § 6 III 1 können Gesellschafter oder andere Personen zu Geschäftsführern bestellt werden. Jedoch ist die Geschäftsführung eng mit der Gesellschafterstellung verknüpft. Die Geschäftsführer sind zwar das Geschäftsführungs- u. Vertretungsorgan der GmbH (→ § 35 Rn. 4 ff.), jedoch an die **Weisungen** der Gesellschafter **gebunden**.⁶⁶ Ihre jederzeitige Abberufung ist zudem ins Belieben der Gesellschafter gestellt (→ § 38 Rn. 4). Zudem ist der Aufsichtsrat anders als bei der AG grds. nur ein fakultatives Organ (s. noch → Rn. 37). Rechtstatsächlich ist Fremdorganschaft die Ausn. (→ Rn. 18). Etwa 80 % der GmbH werden ausschließlich von Gesellschaftern geführt, über die Hälfte sogar von sämtlichen Gesellschaftern. Die Vorherrschaft einer häufig mittels Satzungsregelungen personalistisch ausgestalteten GmbH schränkt somit die Verbreitung der Drittorganschaft ein.

d) **Gläubigerschutz**. Eine Haftungsprivilegierung auf das Gesellschaftsvermögen (→ Rn. 24) ist ohne adäquaten Gläubigerschutz nicht denkbar. Aufgrund seiner fundamentalen Bedeutung unterliegt der Gläubigerschutz seit

63 Roth/Altmeppen, 8. Aufl. 15, Rn. 33 mit teils krit. Anmerkung zu den Auswirkungen der Transparenz.

64 Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer Rn. A 19.

65 Roth/Altmeppen § 6 Rn. 2 f.; vgl. auch MüKoGmbHG/Fleischer Rn. 25 ff. Zum aktienrechtlichen Prinzip der Drittorganschaft s. MKAktG/Spindler, AktG § 76 Rn. 127.

66 Zum Ganzen auch Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer Rn. A 20.

jeher Reform(überlegung)en u. Kritik.⁶⁷ Wenngleich manche Auswüchse des Gläubigerschutzes das GmbH-Recht unnötig verkomplizierten (→ dazu etwa → Anh. § 30 Rn. 4 ff.), spricht die Akzeptanz der GmbH in der Rechtspraxis doch dafür, dass grdl. Gläubigerschutz sinnvoll u. notwendig ist. Das deutsche Verständnis von Gläubigerschutz u. Mindestkapital spielt auch im Wettbewerb der Gesellschaftsformen eine Rolle (→ Rn. 66). Missbräuchen muss insg. entgegengetreten werden, ohne die Flexibilität der GmbH als Rechtsform über Gebühr zu beeinträchtigen.

- 29 Dem Gläubigerschutz dient das **Mindeststammkapital** als dem Zugriff der Gesellschafter grds. entzogener Haftungsfonds. Diese Haftsumme ist angesichts der Haftungsprivilegierung der Gesellschafter zwingend notwendig. Als Leitgedanke liegt diesem Konzept zugrunde, dass zumindest ein Teil des Stammkapitals der Gesellschaft effektiv bei Gründung zufließen muss (§ 7 II, III), während für den übrigen Teil eine spätere Einlageverpflichtung bestehen kann (→ § 19 Rn. 8).⁶⁸ Hiervon erfolgte – um die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH zu erhöhen (→ Rn. 71) – aufgrund des MoMiG jedenfalls eine teilw. Abkehr durch § 5 a (dort → § 5 a Rn. 10). Das als (Mindest-)Haftungsfonds dienende Mindeststammkapital muss zunächst so aufgebracht werden, dass es der Gesellschaft u. damit dem Zugriff der Gläubiger zur Verfügung steht (Grundsatz der realen Kapitalaufbringung); dies sichern die Regeln zur **Kapitalaufbringung** (→ § 19 Rn. 1 ff.). Auch während des Geschäftsbetriebes muss der Bestand des Haftungsfonds gesichert werden; dies sichern die Regeln zur **Kapitalerhaltung** (→ § 30 Rn. 1 u. 18 ff.). Hiervon ist anders als im Aktienrecht jedoch nicht ein generelles Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen erfasst.⁶⁹
- 30 Mit einer pauschalen Mindeststammkapitalziffer kann eine dem jeweils verfolgten Geschäft angemessene Kapitalausstattung naturgemäß nicht erreicht werden. Hieraus folgender **Kritik** am Gläubigerschutzprinzip kann jedoch nicht gefolgt werden. Eine stets genügende Eigenkapitalbasis eines Unternehmens ist praktisch nicht vorstellbar, da das individuelle Insolvenzrisiko kaum bestimmbar ist. Dies ist Rechtsverkehr u. Gläubiger idR bekannt u. tut der Teilnahme jedes Unternehmens am Wirtschaftsverkehr keinen Abbruch. So ist der Haftungsfonds iErg auch unzureichend gegen Auszehrerungen durch Verluste geschützt. Hieraus aber eine Aufgabe des Mindeststammkapitals zu folgern, hieße, den Gläubigerschutz misszuverstehen: Ein Mindeststammkapital kann stets nur einen Mindestschutz garantieren.⁷⁰ Die Sicherung gegen aufzehrende Verluste muss beim rechtzeitigen Zeitpunkt der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ansetzen (→ § 64 Rn. 4 ff.).
- 31 Des Weiteren hat der BGH dem Gläubigerschutz das Instrument eines Haftungsdurchgriffs in Form der sog. **Existenzvernichtungshaftung** zur Seite

67 Überblick bei Ulmer/*Habersack* § 30 Rn. 1 ff. Grdl. zur vielfältigen Kritik am Grundkonzept der gesetzlichen Kapitalgarantie *Roth/Altmeppen*, 8. Aufl. 15, Rn. 27 ff. mwN.

68 Zudem wollte der Gesetzgeber eine Zugangsbeschränkung zur Rechtsform der GmbH auf vermögensmäßig entspr. qualifizierte Unternehmen errichten, vgl. BT-Drs. 8/1347, S. 32.

69 *Habersack/Casper/Löbbe/Ulmer* Rn. A 42 mwN.

70 *Michalski/Leitzen* § 5 Rn. 8.

lebt also grds. wieder auf, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag etwas Abweichendes geregelt ist.¹⁹⁶ Trotz Zulässigkeit der Rückzahlung der Nachschüsse nach Abs. 2 ist eine Haftung nach anderen Vorschriften, zB des Geschäftsführers nach § 64 S. 3 nicht ausgeschlossen.¹⁹⁷

Anhang zu § 30: Gesellschafterfremdfinanzierung

§ 19 InsO Überschuldung

(1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.

(2) ¹Überschuldung liegt 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. ²Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.

(3) ¹Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend. ²Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

§ 39 InsO Nachrangige Insolvenzgläubiger

(1) Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:

(...)

5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

(2) Forderungen, für die zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart worden ist, werden im Zweifel nach den in Absatz 1 bezeichneten Forderungen berichtigt.

(3) Die Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger und die Kosten, die diesen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstehen, haben den gleichen Rang wie die Forderungen dieser Gläubiger.

(4) ¹Absatz 1 Nr. 5 gilt für Gesellschaften, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. ²Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

196 MüKoGmbHG/*Ekkenga* Rn. 298; aA Michalski/*Heidinger* Rn. 227: Ordnungsgemäßer Rückzahlungsbeschluss hebt den Einforderungsbeschluss auf, so dass die Nachschüsse nicht noch einmal eingefordert werden können.

197 Baumbach/*Hueck/Fastrich* Rn. 73.

(5) Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 4 Satz 1, der mit 10 Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.

§ 44 a InsO Gesicherte Darlehen

In dem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft kann ein Gläubiger nach Maßgabe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung, für die ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt oder für die er sich verbürgt hat, nur anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen ausgefallen ist.

§ 135 InsO Gesellschafterdarlehen

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung

1. Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist, oder
2. Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.

(2) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der in Absatz 1 Nr. 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete; dies gilt sinngemäß für Leistungen auf Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen.

(3) ¹Wurde dem Schuldner von einem Gesellschafter ein Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen, so kann der Aussonderungsanspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht geltend gemacht werden, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist. ²Für den Gebrauch oder die Ausübung des Gegenstandes gebührt dem Gesellschafter ein Ausgleich; bei der Berechnung ist der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen, bei kürzerer Dauer der Überlassung ist der Durchschnitt während dieses Zeitraums maßgebend.

(4) § 39 Abs. 4 und 5 gilt entsprechend.

§ 143 InsO Rechtsfolgen

(1) ¹Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. ²Die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist, gelten entsprechend.

(2) ¹Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist. ²Dies gilt nicht, sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt.

(3) ¹Im Fall der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 hat der Gesellschafter, der die Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete, die dem Dritten gewährte Leistung zur Insolvenzmasse zu erstatten. ²Die Verpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. ³Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung

frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt.

§ 6 AnfG Gesellschafterdarlehen

(1) ¹Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 der Insolvenzordnung oder für eine gleichgestellte Forderung

1. Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels oder danach vorgenommen worden ist, oder
2. Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor Erlangung des vollstreckbaren Schuldtitels oder danach vorgenommen worden ist.

²Wurde ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach § 26 Abs. 1 der Insolvenzordnung abgewiesen, bevor der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, so beginnt die Anfechtungsfrist mit dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

(2) ¹Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn nach dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, drei Jahre verstrichen sind.

²Wurde die Handlung später vorgenommen, so ist die Anfechtung drei Jahre nach dem Schluss des Jahres ausgeschlossen, in dem die Handlung vorgenommen worden ist.

§ 6 a AnfG Gesicherte Darlehen

¹Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der in § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete; dies gilt sinngemäß für Leistungen auf Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen. ²§ 39 Abs. 4 und 5 der Insolvenzordnung und § 6 Abs. 2 gelten entsprechend.

§ 11 AnfG Rechtsfolgen

(1) ¹Was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß dem Gläubiger zur Verfügung gestellt werden, soweit es zu dessen Befriedigung erforderlich ist. ²Die Vorschriften über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Bereicherung, bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist, gelten entsprechend.

(2) ¹Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur zur Verfügung zu stellen, sobald er durch sie bereichert ist. ²Dies gilt nicht, sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt.

(3) ¹Im Fall der Anfechtung nach § 6 a hat der Gesellschafter, der die Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete, die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen bis zur Höhe des Betrags zu dulden, mit dem er als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. ²Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, dem Gläubiger zur Verfügung stellt.

§ 24 UBGG Gesellschafterdarlehen

Hat die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft oder ein an ihr beteiligter Gesellschafter einem Unternehmen, an dem die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft beteiligt ist, ein Darlehen gewährt oder eine andere Darlehensgewährung wirtschaftlich

entsprechende Rechtshandlung vorgenommen, ist § 39 Abs. 1 Nr. 5 der Insolvenzordnung nicht anzuwenden.

§ 18 FMStBG Anfechtung, Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Forderungen, verdeckte Sacheinlage

(1) Rechtshandlungen, die im Zusammenhang mit Stabilisierungsmaßnahmen stehen, können nicht zu Lasten des Fonds, des Bundes und der von ihnen errichteten Körperschaften, Anstalten und Sondervermögen sowie der ihnen nahe stehenden Personen oder sonstigen von ihnen mittelbar oder unmittelbar abhängigen Unternehmen nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung und des Anfechtungsgesetzes angefochten werden.

(2) Die Vorschriften über Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Forderungen, insbesondere § 39 Absatz 1 Nummer 5 der Insolvenzordnung, gelten nicht zu Lasten der in Absatz 1 genannten Personen und Rechtsträger.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch zugunsten von Rechtsnachfolgern, die in die Rechte und Pflichten in Bezug auf die privilegierte Forderung oder Sicherheit eintreten.

(4) (...).

Schrifttum

Altmeyen, Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis, NJW 2008, 3601; *ders.*, Die zentralen Änderungen des GmbH-Rechts nach dem Referentenentwurf des MoMiG, in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2006, Bd 12, 2007, S. 93; *ders.*, Neues zum Finanzplan- und zum Sanierungskredit, in FS Sigle, 2000, S. 211; *ders.*, Cash Pooling und Kapitalerhaltung im faktischen Konzern, NZG 2010, 401; *ders.*, Wie lange noch gilt das alte Kapitalersatzrecht?, ZIP 2011, 641; *ders.*, Ist das besicherte Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren der Gesellschaft subordiniert oder privilegiert?, ZIP 2013, 1745; *ders.*, Überflüssigkeit der Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen, NZG 2013, 411; *ders.*, Der Verzicht des Gläubigers auf eine Gesellschaftersicherheit und der „Richtigkeitsgedanke“ im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2016, 2089; *Azara*, Das Eigenkapitalersatzrecht der GmbH nach dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, 2010; *Bäumel*, Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: (Steuer-)Rechtliche Beratungsschwerpunkte in der Krise, GmbHR 2009, 632; *Bangha-Szabo*, Zur Anfechtbarkeit der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung, ZIP 2013, 1058; *Bartsch/Weber*, Doppelsicherung durch Gesellschafts- und Gesellschaftersicherheit nach dem MoMiG: Hat der Gesellschafter weiterhin ein Wahlrecht?, DStR 2008, 1884; *Bauer/Farian*, Behandlung von abgetretenen Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall und deren Folgen, GmbHR 2015, 230; *Bayer/Graff*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht nach dem MoMiG, DStR 2006, 1654; *Bitter*, Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG (§ 135 Abs. 3 InsO), ZIP 2010, 1; *ders.*, Teufelskreis – Ist das Sanierungsprivileg des § 39 Abs. 3 Satz 2 InsO zu sanieren?, ZIP 2013, 398; *ders.*, Insolvenzanfechtung nach § 135 InsO bei freiwilligem Rangrücktritt?, ZIP 2013, 2; *ders.*, Anfechtung von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, ZIP 2013, 1497; *ders.*, Die typische und atypische stille Gesellschaft im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2019, 146; *ders.*, Anfechtbarkeit ursprünglicher Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen: Es lebe die Betriebsaufspaltung!, ZIP 2019, 737; *ders.*, Die Doppelsicherung durch Gesellschaft und Gesellschafter als Lackmustest für den Normzweck des Gesellschafterdarlehensrechts, FS Kayser, 2019, S. 41; *ders.*, Gesellschafterdarlehen, in: Scholz, GmbH-Gesetz, 12. Aufl., Anh. § 64; *ders./Laspeyres*, Kurzfristige Waren- und Geldkredite im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZInsO 2013, 2289; *Blöse*, Insolvenz, Liquidation und Wandel von Eigenkapitalersatz zum Recht der Gesellschafterleistungen, in Römermann/Wachter (Hrsg.), GmbH-Beratung nach dem MoMiG, GmbHR-Sonderheft 2008, S. 71; *ders.*, Anwendbarkeit des Sanierungsprivilegs auf Auffanggesellschaften, ZIP 2011, 1191; *Blöß/Zugelder*, Auswirkungen des insolvenzrechtlichen Nachrangs auf Sicherheiten, NZG 2011, 332; *Bork*, Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zu Gunsten des Insolvenzrechts, ZGR 2007, 250; *ders.*, Anfechtung bei Rücktritt in den Rang des § 39

Abs. 1 Nr. 4½ InsO, ZIP 2012, 2277; *ders.*, Doppelbesicherung eines Gesellschafterdarlehens durch Gesellschaft und Gesellschaft, FS Ganter, 2010, S. 135; *Bormann/Urlichs*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung nach dem MoMiG, GmbHR Sonderheft MoMiG 2008, 37; *Breidenstein*, Covenantgestützte Bankdarlehen in der Insolvenz, ZInsO 2010, 273; *Breitenstein/Meyding*, Der Regierungsentwurf zum MoMiG: Die Deregulierung des GmbH-Rechts schreitet voran, BB 2007, 1457; *Brinkmann*, Die Behandlung des Cash Pools und die Besicherung von Gesellschafterdarlehen, ZGR 2017, 708; *Buck*, Die Kritik am Eigenkapitalersatzgedanken, 2006; *Burg/Blasche*, Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung nach dem MoMiG, GmbHR 2008, 1250; *ders./Poertgen*, Notwendige insolvenzrechtliche Modifizierungen des MoMiG, ZInsO 2008, 473; *ders./Westerheide*, Praktische Auswirkungen des MoMiG auf die Finanzierung von Konzernen, BB 2008, 62; *Burmeister/Noblen*, Insolvenzanfechtung des „Stehenlassens“ einer Gesellschafterleistung in der Doppelsolvenz – Fortgeltung der BGH-Rechtsprechung auch nach MoMiG?, NZI 2010, 41; *Büscher*, Ablösung der Rechtsprechung zum Eigenkapitalersatz durch die Insolvenzanfechtung, GmbHR 09, 800; *ders.*, Miete und Pacht nach MoMiG, in Festschrift Hüffer, 2010, S. 81; *Buschmann*, Finanzplankredit und MoMiG, NZG 2009, 91; *Crezelius*, Aktuelle Steuerrechtsfragen in Krise und Insolvenz, NZI 2010, 88; *ders.*, Aktuelle Steuerrechtsfragen in Krise und Insolvenz, NZI 2012, 750; *Dahl/Schmitz*, Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht, NZG 2009, 325; *D’Avoine/Michels*, Darlehen mittelbarer Gesellschafter in der Insolvenz, ZIP 2018, 60; *Ede*, Die Doppelbesicherung einer Gesellschaftsschuld und der Verzicht auf die Gesellschaftersicherheit, ZInsO 2012, 853; *Eidenmüller*, Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, FS Canaris, 2007, Bd 2, S. 49; *G Fischer*, Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung, NZI 2008, 588; *Fischer/Knees*, Zum Umgang des Grundpfandrechtsgläubigers mit § 135 Abs. 3 InsO, ZInsO 2009, 745; *Flessner*, Die GmbH-Reform (MoMiG) aus Sicht der Akquisitions- und Restrukturierungspraxis, NZG 2006, 641; *Fliegner*, Das MoMiG – Vom Regierungsentwurf zum Bundestagsbeschluss, DB 2008, 1668; *Förster*, Das Abzugsverbot gem. § 3 c II EStG nach JStG 2010 und BMF-Schreiben vom 8.11.2011, GmbHR 2011, 393; *Franz*, Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland, BB 2009, 1250; *Frege/Nicht/Schildt*, Die Anwendung von § 44 a InsO bei Doppelbesicherung in der Konzerninsolvenz, ZInsO 2012, 1961; *Freitag*, Finanzverfassung und Finanzierung von GmbH und AG nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, WM 2007, 1681; *Führ/Wahl*, Die Auswirkungen des MoMiG auf abgetretene Gesellschafterdarlehensforderungen, NZG 2010, 889; *Fuhrmann/Strahl*, Nachträgliche Anschaffungskosten bei GmbH-Beteiligungen im Privatvermögen: Darlehensausfall und Bürgschaftsaufwendungen, GmbHR 2011, 520; *Ganter*, Vorsatzanfechtung nach fehlgeschlagener Sanierung, WM 2009, 1441; *ders.*, Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037; *ders.*, Neues zum Bargeschäft, ZIP 2019, 1141; *Gehrlein*, Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, 771; *ders.*, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen durch das MoMiG, BB 2008, 846; *ders.*, Das Eigenkapitalersatzrecht im Wandel seiner gesetzlichen Kodifikationen, BB 2011, 3; *ders.*, Banken – vom Kreditgeber zum Gesellschafter – neue Haftungsfallen? (Debt-Equity-Swap nach ESUG), NZI 2012, 257; *ders.*, Anfechtungsrecht in der Insolvenz – Praxiserfahrung und Reformbedarf, NZI 2014, 481; *ders.*, Verbindungslinien zwischen Eigenkapitalersatz, Insolvenzanfechtung und Deliktshaftung, NZI 2015, 577; *Geist*, Konzernninnenfinanzierung – Gibt es insolvenzfeste Alternativen zum Darlehen des Gesellschafters?, ZIP 2014, 1662; *v Gerkan/Hommelhoff*, Handbuch zum Kapitalersatzrecht, 2. Aufl 2002; *Gesmann-Niussl*, Quo vadis GmbH? – Zum Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), WM 2006, 1756; *Gessner*, Die Gesellschafterinanspruchnahme bei Doppelbesicherungen in der Gesellschaftsinsolvenz, NZI 2012, 350; *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008; *ders.*, Chancen und Risiken der GmbH-Novelle, WPg 2007, 231; *ders./Kleindiek*, Gesellschafterfinanzierung nach MoMiG, 6. Aufl 2010; *Göcke/Henkel*, Zur Anwendbarkeit des § 135 Abs 3 InsO in der Doppelsolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter sowie bei Zwangsverwaltung, ZInsO 2009, 170; *Greulich/Rau*, Zur partiellen Insolvenzverschuldungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG-RegE, NZG 2008, 284; *Gruschinske*, Beendigung „kapitalersetzender“ Nutzungsverhältnisse vor Insolvenzeröffnung, GmbHR 2010, 179; *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, Die Insolvenzwartung nach den Änderungen durch das MoMiG, NZI 2008, 647; *Gunßner*, Finanzierungsbindungen in der GmbH nach Abschaffung des Ei-

genkapitalersatzrechts, GmbHR 2010, 1250; *Gutmann/Nawroth*, Der zeitliche Anwendungsbereich des MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht – oder das Ende von Ansprüchen aus Eigenkapitalersatzrecht?, *ZInsO* 2009, 174; *Haas*, Die Passivierung von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz nach MoMiG und FMStG, *DStR* 2009, 326; *ders.*, Eigenkapitalersatzrecht und Übergangsrecht, *DStR* 2009, 976; *ders.*, Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE-MoMiG, *ZInsO* 2007, 617; *ders.*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006; *ders.*, Adressatenkreis und Rechtsnachfolge bei subordinierten Gesellschafterdarlehen, *NZG* 2013, 1241; *ders.*, Allgemeines Anfechtungsrecht und das Recht der subordinierten Gesellschafterdarlehen, *ZIP* 2017, 545 ff.; *ders./Vogel*, Durchsetzung gesellschaftsrechtlicher und insolvenzrechtlicher Haftungsansprüche im internationalen Konzern, *NZG* 2011, 455; *Habersack*, Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung, *ZIP* 2007, 2145; *ders.*, Kap. 5, in *Goette/Habersack*, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009; *ders.*, Die Erstreckung des Rechts der Gesellschafterdarlehen auf Dritte insbesondere im Unternehmensverbund, *ZIP* 2008, 2385; *Hamann*, Aufsteigende Darlehen im Cash Pool im System des 135 InsO, *NZI* 2008, 667; *Harle*, Die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung und verdeckte Gewinnausschüttung, *GmbHR* 2009, 1093; *ders./Geiger*, Der steuerliche Umgang mit Gesellschafterdarlehen, *BB* 2011, 735; *Heckschen*, Die GmbH-Reform – Wege und Irrwege, *DStR* 07, 1442; *ders./Kreusslein*, Gesellschafterdarlehen und -sicherheiten in der Krise, *RNotZ* 2016, 351; *Heinze*, Die (Eigenkapital ersetzende) Nutzungsüberlassung in der GmbH-Insolvenz nach dem MoMiG, *ZIP* 2008, 110; *Henkel*, Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht im Rahmen von § 135 Abs. 1 InsO, *ZInsO* 2009, 1577; *ders.*, Die Insolvenzanfechtung fristgemäß gezahlter Nutzungsentgelte nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, *ZInsO* 2010, 2209; *Herwig*, Das Gesellschafterdarlehensrecht im Unternehmensverbund, 2015; *Hirte*, Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), *WM* 2008, 1429; *ders.*, Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das MoMiG, *ZInsO* 2008, 689; *ders./Knof*, Das „neue“ Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 Satz 2, *WM* 2009, 1961; *ders./Knof/Mock*, Ein Abschied auf Raten? – Zum zeitlichen Anwendungsbereich des alten und neuen Rechts der Gesellschafterdarlehen, *NZG* 2009, 48; *Hölzle*, Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG?, *ZIP* 2009, 1939; *ders.*, Die Legitimation des Gesellschaftersonderopfers in der insolvenzrechtlichen Finanzierungsverstrickung, *ZIP* 10, 913; *ders.*, Bindung von Gesellschafterhilfen in der Krise der GmbH durch Richterrecht? – Zur Vermeidung von Schutzlücken im MoMiG, *ZIP* 2011, 650; *Hörndler/Hoisl*, Auswirkungen des MoMiG auf das Mietrecht – Wegfall der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung, *NZM* 2009, 377; *Holzer*, Insolvenzzrechtliche Überleitungsvorschriften des MoMiG in der Praxis, *ZIP* 2009, 206; *Huber*, Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda, *FS* Priester, 2007, S. 259; *ders.*, Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform, *ZIP* 2010, Beilage zu Heft 39, 7; *ders./Habersack*, Zur Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in *Lutter*, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, 2006, S. 370; *dies.*, GmbH-Reform: Zwölf Thesen zu einer möglichen Reform des Rechts der kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, *BB* 2006, 1; *Jacoby*, Der Einwand der Anfechtbarkeit gegen den Nachrang nach § 39 I Nr. 5 InsO – Ein Beitrag zur Doppelinsolvenz im Konzern (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO), *ZIP* 2018, 505; *Jung-claus*, Die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens unter der Geltung des MoMiG, 2012; *Kahlert/Gehrke*, Der Rangrücktritt nach MoMiG im GmbH-Recht: Insolvenz- und steuerrechtliche Aspekte, *DStR* 2010, 227; *Kampshoff*, Behandlung von Bankdarlehen in der Krise der GmbH, *GmbHR* 2010, 897; *Kayser*, Gesellschafterfinanzierung in der Insolvenz, *WM* 2015, 1973; *Kebekus/Zenker*, Verstrickung adieu – Auswirkungen von Beteiligungswechseln und Zessionen auf Nachrang und Anfechtbarkeit von „Gesellschafterdarlehen“, *FS* Wellensiek, 2011, S. 475; *Keller/Pluta*, Gesellschafterdarlehen im Konzernverbund – Zur Frage der Passivlegitimation in Fällen der Drittleistung, *FS* Wellensiek, 2011, S. 511; *Kleindiek*, Das reformierte Recht der Gesellschafterdarlehen – eine Zwischenbilanz, *ZGR* 2017, 731; *Klinck*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, *ZIP* 2017, 1589; *ders./Gärtner*, Versetzt das MoMiG dem Cash-Pooling den Todesstoß?, *NZI* 2008, 475; *Knof*, Modernisierung des GmbH-

Rechts an der Schnittstelle zum Insolvenzrecht – Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts, ZInsO 2007, 125; *Köth*, Die Verwertbarkeit von Sicherheiten für Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, ZGR 2016, 541 ff.; *Krolop*, Mit dem MoMiG vom Eigenkapitalersatzrecht zu einem insolvenzrechtlichen Haftkapitalerhaltungsrecht?, ZIP 2007, 1738; *ders.*, Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschafterfremde Dritte, GmbHR 2009, 397; *Krumm*, Insolvenzzrechtliches Zahlungsverbot und rechtmäßiges Alternativverhalten, WM 2010, 296; *Lauster*, Behandlung von Gesellschafterdarlehen im Rahmen von M&A-Transaktionen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, WM 2013, 2155; *Löser*, Die Ankaufspflichtigkeit für Sicherungsgut des Kreditgebers als Gesellschaftersicherheit i. S. d. § 135 Abs. 2 InsO nF, ZInsO 2010, 28; *Löwisch*, Eigenkapitalersatzrecht, 2007; *Lorenz*, Die Auswirkungen des MoMiG auf vor dem 1.11.2008 entstandene Ansprüche nach §§ 30, 31 GmbHG (analog), GmbHR 2009, 135; *Maier-Reimer/Wenzel*, Kapitalaufbringung in der GmbH nach dem MoMiG, ZIP 2008, 1449; *Mairose*, Berücksichtigung von Gesellschafterdarlehen in GmbH-Geschäftsanteilskaufverträgen nach dem Urteil des BGH vom 21.2.2013, RNotZ 2015, 9; *Marotzke*, Nutzungs- und Immaterialgüterrechte im Fokus der aktuellen (Insolvenz-)Rechtspolitik, ZInsO 2008, 1108; *ders.*, Im Überblick: Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse im Spiegel der §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 103, 108 ff, 135 Abs. 1 und Abs. 3 InsO, ZInsO 2009, 2073; *ders.*, Gläubigerbenachteiligung und Bargeschäftsprivileg bei Gesellschafterdarlehen und vergleichbaren Transaktionen, ZInsO 2013, 641; *ders.*, Gesellschafterdarlehen und flankierende Grundpfandrechte im Fokus des Insolvenzrechts (Teil 2), DB 2015, 2495; *ders.*, Grenzen typisierender Generalisierung im Recht der Gesellschafterdarlehen KTS 2016, 19; *ders.*, Besicherte Gesellschafterdarlehen im Lichte der neuen § 133 Abs. 2 InsO, § 3 Abs. 2 AnfG, ZInsO 2017, 2264; *Meyer*, Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für Gläubigerinteressen – Veränderungen durch das MoMiG, DB 2008, 1742; *Mikolajczak*, Die Haftung des Gesellschafters für doppelbesicherte Drittdarlehen – Was folgt aus dem Nachrang des Freistellungsanspruchs?, ZIP 2011, 1285; *Mock*, Stille im MoMiG zur stillen Gesellschaft? DStR 2008, 1645; *Mülbert*, Neuordnung des Kapitalrechts, WM 06, 1977; *Mylich*, Probleme und Wertungswidersprüche beim Verständnis von § 135 Abs. 1 Alt. 2 Nr. 2 InsO n. F., ZGR 2009, 474; *ders.*, Die Einlage des atypisch stillen Gesellschafters und die zur bestellen Sicherheiten im Insolvenzverfahren der Handelsgesellschaft, WM 2013, 1010; *ders.*, Kreditsicherheiten für Gesellschafterdarlehen – Stand der Dinge und offene Fragen, ZIP 2013, 2444; *ders.*, Die einheitliche Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf Gewinnausschüttung und Darlehensrückzahlung, ZIP 2017, 1255; *Niemeyer/Stock*, Notleidende Gesellschafterdarlehen im Lichte der Abgeltungssteuer, DStR 2012, 445; *Noack*, Kapitalersatz bei verbundenen Unternehmen, GmbHR 1996, 153; *ders.*, Der Regierungsentwurf des MoMiG – Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde, DB 2007, 1395; *Obermüller*, Die Anwendung der Regeln über Gesellschafterdarlehen auf Bankkredite, ZInsO 2017, 134; *Oepen*, Maßgabe im Übermaß – Korrekturbedarf im neuen § 44 a InsO, NZI 2009, 300; *Oppenhoff*, Die GmbH-Reform durch das MoMiG – ein Überblick, BB 2008, 1630; *Orlikowski-Wolf*, Auswirkungen der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, Übergangsregelungen und Abgrenzung zu Finanzplankrediten, GmbHR 2009, 902; *Pentz*, Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen, in Festschrift Hüffer, 2010, S. 747; *ders.*, Abgetretene Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und Zurechnung in der Insolvenz, GmbHR 2013, 393; *Poeppling*, Die Auswirkungen des MoMiG auf die insolvenzrechtliche Behandlung von Gesellschafterdarlehen ab dem 1.11.2008, BKR 2009, 150; *Preuß*, Die Folgen insolvenzrechtlicher „Verstrickung“ von Gesellschafterdarlehen bei Abtretung des Darlehensrückzahlungsanspruchs an einen außenstehenden Dritten, ZIP 2013, 1145; *Priester*, Insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeit von Eigenkapitalausschüttungen? GmbHR 2017, 1245; *Reinhard/Schützler*, Anfechtungsrisiko für den Unternehmensverkäufer aus der Veräußerung von Gesellschafterdarlehen?, ZIP 2013, 1898; *Rellermeyer/Gröbblinghoff*, Keine Ewigkeitsgeltung der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz, ZIP 2009, 1933; *Reuter*, Die Anfechtbarkeit der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen im Cash-Pool: Explosive Massevermehrung nach § 135 InsO?, NZI 2011, 921; *Römermann*, Insolvenzrecht im MoMiG, NZI 08, 641; *J Roth*, Reform des Kapitalersatzrechts durch das MoMiG – Der Verzicht auf das Krisenmerkmal und seine Folgen, GmbHR 2008, 1184; *Rühle*, Die Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter in Zeiten des MoMiG, ZIP 2009, 1358; *Saft*, Der Verzicht auf die Gesellschaftersicherheit als anfechtbare Rechtshandlung, ZInsO 2019, 176; *Schäfer*, Ei-

genkapitalersatz nach „MoMiG“ – was bleibt von der Finanzierungsfolgenverantwortung?, ZInsO 2010, 1311; *ders.*, Noch einmal aus gegebenem Anlass: Gesellschafterfremdfinanzierung nach „MoMiG“ (§§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO), ZInsO 2012, 1354; *ders.*, Die Verwertung von Doppelsicherheiten in der Insolvenz, NZI 2016, 11; *Schall*, Kapitalaufbringung nach dem MoMiG, ZGR 2009, 126; *ders.*, Die Zurechnung von Dritten im neuen Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2010, 205; *Schlößer/Klüber*, Auseinanderfallen von Gesellschafter- und Gläubigerstellung bei Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG, BB 2009, 1594; *K Schmidt*, Vom Eigenkapitalersatzrecht in der Krise zur Krise des Eigenkapitalersatzrechts?, GmbHR 2005, 797; *ders.*, Eigenkapitalersatzrecht, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht, ZIP 2006, 1925; *ders.*, Gesellschafterbesicherte Drittkredite nach neuem Recht, BB 2008, 1966; *ders.*, Nutzungsüberlassung nach der GmbH-Reform, DB 2008, 1727; *ders.*, Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 2009, 1009; *ders.*, Gesellschafterdarlehen im GmbH- und Insolvenzrecht nach der MoMiG-Reform – eine alternative Sicht, ZIP 2010, Beilage zu Heft 39, 15; *ders.*, Nutzungsüberlassung und Unternehmensinsolvenz – Klartext vom IX. Zivilsenat, NJW 2015, 1057; *ders.*, Insolvenzordnung, 18. Aufl 2013; *ders.*, Dogmatik und Praxis des Rangrücktritts. Das Urteil des BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638 – ein großer Wurf des IX. Zivilsenats!...auch ein Treffer?!, ZIP 2015, 901; *N Schmidt*, Die analoge Anwendung des § 44 a InsO im Fall der Besicherung eines Darlehens an die Gesellschaft durch Gesellschaft und Gesellschafter, ZInsO 2010, 70; *Schönfelder*, Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, WM 2009, 1401; *Schröder*, Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, 2012; *ders./Grau*, Plädoyer für die „Krise“ – ein Betrag zur geplanten Reform des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG, ZInsO 2007, 353; *Seibert*, GmbH-Reform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, ZIP 2006, 1157; *ders./Decker*, Die GmbH-Reform kommt! – Zur Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Deutschen Bundestag, ZIP 2008, 1208; *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, 2008; *Spliedt*, MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch?, ZIP 2009, 149; *Thiessen*, Johann Buddenbrook und die Reform des GmbH-Rechts (Teil 1), DStR 2007, 202; *ders.*, Gesellschafterfremdfinanzierung nach dem MoMiG. Bestandsaufnahme und Perspektiven, ZGR 2015, 396; *Thole*, Die Vorsatzanfechtung als Instrument des Gläubigerschutzes – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven nach „Inspire Art“, KTS 2007, 293; *ders.*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010; *ders.*, Konzernfinanzierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, ZInsO 2011, 1425; *ders.*, Umgehung der Anfechtung nach § 135 InsO durch Abtretung?, ZInsO 2012, 661; *ders.*, Gesellschafterbesicherte Kredite und die Anfechtung nach § 135 II InsO, ZIP 2015, 1609; *Ulbrich*, Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, 2011; *Ulrich*, Gemeinnützige Unternehmungsgesellschaft und Verzinsung von „eigenkapitalersetzenden“ Gesellschafterdarlehen?, GmbHR 2009, 750; *Wälzholz*, Das MoMiG kommt: Ein Überblick über die neuen Regelungen, GmbHR 2008, 841; *ders.*, Die insolvenzrechtliche Behandlung haftungsbeschränkter Gesellschaften nach der Reform durch das MoMiG, DStR 2007, 1914; *Wedemann*, Die Übergangsbestimmungen des MoMiG – was müssen bestehende GmbHs beachten?, GmbHR 2008, 1131; *dies.*, Das neue GmbH-Recht, WM 2008, 1381; *Weitnauer*, Die Gesellschafterfremdfinanzierung aus der Sicht von Finanzinvestoren – ein Resümee der Änderungen des MoMiG und der derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen vor dem Hintergrund der Finanzkrise, BKR 2009, 18; *ders.*, Der Rangrücktritt – Welche Anforderungen gelten nach aktueller Rechtsprechung? GWR 2012, 193; *Wiese/Möller*, Verluste aus Gesellschafterdarlehen im Privatvermögen, GmbHR 2010, 462; *Willemsen/Rechel*, Cash-pooling und die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit absteigender Darlehen – Unterschätze Risiken für Gesellschafter, BB 2009, 2215; *Wittig*, Das Sanierungsprivileg für Gesellschafterdarlehen im neuen § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO, in FS K Schmidt, 2010, S. 1743 ff; *Wünschmann*, Eigenkapitalausschüttungen zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, NZG 2017, 51; *Zahrte*, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO – Auf seine Art inspirierend?, ZInsO 2009, 223; *ders.*, Die insolvenzrechtliche Anfechtung im Cash-Pool. Untersuchung zur Behandlung revolvingender Kredite, NZI 2010, 596.

I. Einführung	1	c) Die öffentliche Hand als Gesellschafter	56
1. Grundsatz der Finanzie- rungsfreiheit	1	3. Dem Gesellschafter gleich- gestellter Dritter	57
2. Überblick	4	a) Allgemeines	57
a) Vormaliges Eigenkapi- talsatzrecht	4	b) Wirtschaftlich ist ein Gesellschafter der Dar- lehensgeber	62
b) Abschaffung des zwei- stufigen Schutzsystems durch das MoMiG	5	aa) Mittel aus Vermögen eines Gesellschafters, Handeln für Rech- nung eines Gesell- schafters	62
c) Rechtsformübergrei- fende Ausgestaltung ...	7	bb) Familienmitglieder, nahe Angehörige	63
d) Abschied vom Krisen- merkmal	8	cc) Treuhand, Treugeber	64
e) Regelungszusammen- hang	9	c) Wirtschaftlich ist der Darlehensgeber der Gesellschafter	65
3. Ratio legis des neuen Rechts	18	aa) Nießbraucher, Pfand- rechtsinhaber	65
a) Bedeutung	18	bb) Unterbeteiligter	66
b) Verschiedene Legitima- tionserwägungen	19	cc) Stiller Gesellschafter ..	67
aa) Unwiderleglich ver- mutete Krise	20	dd) Covenants	68
bb) Missbrauch der Haf- tungsbeschränkung ...	21	d) Verbundene Unterneh- men	69
cc) Näher dran-Prinzip ...	22	e) Freiwillige Unterwer- fung	75a
dd) Steuerungsfunktion des Eigenkapitalrisi- kos	23	4. Ausnahme: Kleinbeteilig- tenprivileg (§ 39 V InsO nF)	76
ee) Finanzierungszustän- digkeit der Gesell- schafter als geborene Investoren	24	a) Haftkapital als Bezugs- größe	77
ff) Nominelle Unterkapi- talisierung	25	b) Schwellenwert	79
gg) Unklarheit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	26	c) Geschäftsführende Gesellschafter	81
c) Stellungnahme	27	d) Erstreckung auf gesell- schaftergleiche Dritte ..	82
II. Übergangsrecht	35	e) Maßgeblicher Zeit- punkt/Hineinwachsen/ Herauswachsen	83
III. Persönlicher Anwendungsbe- reich	36	f) Zurechnungsfragen	85
1. Erfasste Gesellschaften ...	36	5. Ausnahme: Sanierungsprivi- leg (§ 39 IV 2 InsO nF)	86
a) Gesellschaften inländi- schen und europä- ischen Rechts	36	a) Anteilerwerb: Zeit- punkt	87
b) Gesellschaften ausländi- schen Rechts	40	b) Privilegiierter Personen- kreis	90
aa) Allgemeines	40	c) Anteilerwerb: Finanz- ierungsentscheidung ..	91
bb) EU-Auslandsgesell- schaften	41	d) Umfang und Dauer der Privilegierung	97
cc) Nicht-EU-Auslands- gesellschaften	42	e) Erstreckung auf Dritte	101
2. Gesellschaftereigenschaft des Kreditgebers/Gläubi- gers	43	6. Ausnahme: Unterneh- mensbeteiligungsgesell- schaften, Finanzmarktsta- bilisierungsfonds	102
a) Gesellschafter	43		
b) Maßgeblicher Zeit- punkt	45		

IV. Sachlicher Anwendungsreich	103		
1. Darlehen	103		
a) Allgemeines	103		
b) Gewährung	106		
c) Dauer, Sonderfall Überbrückungskredit	106a		
d) Notwendigkeit einer am Normzweck orientierten Finanzierungsfunktion?	107		
2. Forderungen aus Rechtshandlungen, die wirtschaftlich einem Darlehen entsprechen	114		
a) Stundung, pactum de non petendo, Warenkredite	116		
b) Fälligkeitsvereinbarung	117		
c) Stehenlassen	118		
d) Dienstleistungspflicht ..	119		
e) Stille Beteiligung	120		
f) Verkauf unter Eigentumsvorbehalt	121		
g) Nutzungsüberlassung ..	125		
h) Finanzplan-Finanzierung	126		
i) Finanzierungsleasing ..	127		
j) Sale and lease back	128		
k) Kreditsicherheit	129		
l) Factoring, Wechseldiskontierung	131		
V. Zeitlicher Anwendungsreich	132		
1. Grundsatz	132		
2. Massedarlehen	133		
3. Insolvenzplanarlehnen	134		
VI. Rechtsfolgen	135		
1. Kein vorinsolvenzliches Rückzahlungsverbot analog § 30	135		
2. Verhältnis zu § 64 S. 3	138		
3. Nachrangigkeit in der Insolvenz (§ 39 I Nr. 5 InsO)	139		
a) Allgemeines	139		
b) Einbindung Dritter	141		
4. Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren (§ 135 I InsO)	143		
a) Allgemeines	143		
aa) Rechtshandlung	143		
bb) Gläubigerbenachteiligung	145		
cc) Fristberechnung	146		
dd) Bargeschäftsprivileg gem. § 142 InsO?	147		
		b) Anfechtbarkeit von Sicherung oder Befriedigung (§ 135 I InsO) ..	148
		aa) Sicherung	148
		bb) Befriedigung	152
		cc) Abgrenzung Sicherung/Befriedigung	154
		c) Freiwerdende Gesellschaftersicherheit (§ 135 II InsO)	156
		d) Rechtsfolge der Anfechtung, Anfechtungsgegner	157
		e) Geltendmachung, Verjährung, Vergleich, Verfahren	158
		f) Verhältnis zu anderen Anfechtungs-/ Haftungstatbeständen	160
		5. Anfechtbarkeit außerhalb Insolvenzverfahren (§ 6 AnfG)	161
		6. Bilanzielle Behandlung und Liquiditätsstatus	163
		a) Jahresabschluss	163
		b) Überschuldungsstatus	164
		c) Liquiditätsstatus	171
		VII. Gesellschafterbesicherte Drittfinanzierung (§ 44 a InsO)	172
		1. Funktion	172
		2. Tatbestand	175
		a) Darlehen eines Dritten	175
		b) Sicherung durch Gesellschafter	176
		c) Maßgebender Zeitpunkt	178
		d) Ausnahmen (Kleinbeteiligten- und Sanierungsprivileg)	180
		3. Rechtsfolgen	181
		a) Darlehensrückzahlung vor Insolvenzantragstellung (§§ 135 II, 143 III InsO)	181
		aa) Für den Sicherungnehmer/Kreditgeber ..	181
		bb) Für den Sicherungsgeber/Gesellschafter	182
		b) Geltendmachung des Darlehensrückzahlungsanspruchs im Insolvenzverfahren (§ 44 a InsO)	186
		aa) Grundfall	186
		bb) Doppelsicherung	188
		c) Außerhalb der Insolvenz	190

VIII. Sonderfall der Nutzungsüberlassung (§ 135 III InsO)	192	a) Zeitlich befristete Aussonderungssperre	208
1. Frühere Rechtslage	192	b) Optionsrechtsausübung durch Insolvenzverwalter	212
2. Konzeption der Neuregelung	195	c) Ausgleichsanspruch	213
a) Kritik an der früheren Rechtslage	195	aa) Tatsächliche Vergütungspraxis in der Vergangenheit maßgeblich	215
b) Keine Gleichstellung mit einer Darlehensgewährung	196	bb) Redaktionsversehen bzgl. Insolvenzverfahrenseröffnung?	216
c) Inhaltsüberblick, Normzweck	197	cc) Unentgeltliche Nutzungsüberlassung? ...	219
d) Verhältnis zu §§ 103 ff. InsO	198	dd) Abzug anfechtbarer Zahlungen	220
3. Voraussetzungen	200	d) Rang der überschießenden Forderungen	222
a) Sachlicher Anwendungsbereich	200	5. Behandlung der Nutzungsgebühren aus Zeitraum vor Insolvenzverfahrenseröffnung	223
aa) Gebrauchs-/Nutzungsüberlassung	200	a) Zahlungen mit Finanzierungscharakter	223
bb) Für die Unternehmensfortführung erheblich bedeutsamer Vermögensgegenstand	201	b) Reguläre Zahlungen ...	226
b) Zeitlicher Anwendungsbereich	203	6. Zwangsvollstreckung und Doppelinsolvenz	228
c) Persönlicher Anwendungsbereich	206	IX. Finanzplan-Finanzierung	230
4. Rechtsfolgen	208		

I. Einführung

1. Grundsatz der Finanzierungsfreiheit

- 1 Mit § 5 a bestätigt der Gesetzgeber, dass das GmbHG keine allg. Pflicht der Gesellschafter enthält, die Gesellschaft mit angemessenem Eigenkapital auszustatten.¹ Den Gesellschaftern einer GmbH steht es im Grundsatz frei zu entscheiden, ob u. in welchem Umfang sie die Geschäftstätigkeit der beschränkt haftenden Gesellschaft (§ 13 II) finanzieren.² Grenzen bzgl. der Höhe ergeben sich mittelbar aus § 826 BGB durch das Risiko einer Außenhaftung ggü. den Gläubigern der Gesellschaft in Fällen einer materiellen Unterkapitalisierung.³ Ferner gelten zwingend die Bestimmungen über die Kapitalaufbringung u. -erhaltung (§§ 19, 30).

1 Baumbach/Hueck/Haas Anh. § 64 Rn. 1.

2 Zur Rechtslage vor dem MoMiG vgl. BGHZ 75, 334; 81, 252, 257; 90, 381, 390; 104, 33, 40; 105, 168, 175; 127, 336; Baumbach/Hueck/Fastrich 21. Aufl. Rn. 14 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz 4. Aufl. § 32 a Rn. 18; Scholz/K Schmidt, 10. Aufl., §§ 32 a, 32 b Rn. 3, 9; v. Gerkan/Hommelhoff Rn. 2.8 f.; Goette ZHR 162 (98), 224; K Schmidt ZHR 147 (83), 166.

3 BGHZ 176, 204; dazu Altmeyden ZIP 08, 1201, 1204 ff.; Gottwald/Haas/Kolmann/Kurz Insolvenzrechts-Handbuch § 90 Rn. 36 f.; aA zB Emmerich/Habersack, KonzernR, § 31 Rn. 24 (Anspruch der Gesellschaft; Durchgriffshaftung). – Umfassend hierzu Bachmann/Casper/Schäfer/Veil/Bitter, Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts, S. 57 ff.

Diese Freiheit⁴ umfasst auch die **Finanzierungsart**, so dass die Gesellschafter **Eigen- oder Fremdkapital** zuführen können. Die Unternehmensfinanzierung als Fremdkapitalgeber ist weder verboten noch missbilligt,⁵ sondern weit verbreitet u. bis zu einem gewissen Grade wirtschaftlich vernünftig.⁶ Letzteres dürfte insbes. an einer ggü. dem Eigenkapitaleinsatz höheren Flexibilität u. Geschwindigkeit, an der jedenfalls vorübergehend fehlenden Publizität sowie an steuerrechtlichen Privilegierungen liegen.⁷

Selbst in der Krise können die Gesellschafter den Kapitalbedarf der Gesellschaft ungedeckt lassen u. die Gesellschaft gesellschaftsrechtlich oder insolvenzrechtlich abwickeln. Gläubigerschutz entfalten insoweit die Ausschüttungssperre des § 73 sowie die Insolvenzantragspflicht (§ 64 I aF bzw. § 15 a InsO). Den Gesellschaftern kommt im Ausgangspunkt das **Privileg zugute, ihr unternehmerisches Risiko auf die gezeichneten Einlagen begrenzen zu können**, vorbehaltlich einer etwaigen Nachschusspflicht (§§ 26 ff.).⁸

2. Überblick

a) **Vormaliges Eigenkapitalersatzrecht.** Das vormalige Eigenkapitalersatzrecht enthielt die Grundaussage, dass infolge einer Krisenfinanzierung eine wirtschaftliche Umqualifikation von rechtlichem Fremdkapital zu funktionalem Eigenkapital erfolgt. Insoweit gab es ein zweistufiges Schutzsystem, bestehend aus den sog. Rechtsprechungsregeln (analog §§ 30, 31 aF) sowie den sog. Novellenregeln. Stark vereinfachend besagten diese Regelungen, dass vorinsolvenzlich die aufgrund Krisenfinanzierung funktional umqualifizierten Forderungen nicht zurückgefordert werden durften u. im Insolvenzfall nachrangig sind bzw. vorherige Rückführungen zusätzlich der Insolvenzanfechtung unterliegen. Näher hierzu 2. Aufl. → Rn. 4 ff.

b) **Abschaffung des zweistufigen Schutzsystems durch das MoMiG.** Der Anknüpfung des vormaligen Eigenkapitalersatzrechts an die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 aF (**Rechtsprechungsregeln**) hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)⁹ die **Grundlage entzogen** u. durch einen neuen § 30 I 3 bzw. § 57 I 4 AktG die **Nichtanwendbarkeit** der vormaligen Rechtsprechungsregeln explizit klargestellt. Außerhalb eines Insolvenzverfahrens dürfen Gesellschafterdarlehen u. ihnen wirtschaftlich entspr. Finanzierungsleistungen ungeachtet einer dadurch vertieften oder eintretenden Unterbilanz, allerdings **vorbehaltlich der Regelung des § 64 S. 3**, beglichen werden (→ § 64 Rn. 82 ff.), dh die Durchsetzungssperre gem. den vorherigen Rechtsprechungsregeln entfällt.

4 Baumbach/Hueck/Haas Anh. § 64 Rn. 1; Ulmer/Habersack Rn. 13.

5 OLG München ZInsO 14, 780, 783; Baumbach/Hueck/Haas Anh. § 64 Rn. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz 4. Aufl. § 32 a Rn. 18; Scholz/K Schmidt, 10. Aufl., §§ 32 a, 32 b Rn. 7; Ulmer ZIP 84, 1166; krit. Flume, JurPers § 3 III, 2.

6 BGHZ 76, 326, 330; Baumbach/Hueck/Haas Anh. § 64 Rn. 1; Ulmer/Habersack Anh. § 30 Rn. 14.

7 v. Gerkan/Hommelhoff Rn. 2.4 ff.

8 v. Gerkan/Hommelhoff Rn. 2.11.

9 BGBl. 08 I, S. 2026.

- 6 Ferner hat der Gesetzgeber die §§ 32 a, 32 b gestrichen, ihren **Regelungsgehalt** mit inhaltlichen Modifikationen in die **InsO verlagert** (vgl. §§ 39 I Nr. 5, IV, V, 44 a, 135, 143 III InsO bzw. ergänzend für die **Gläubigeranfechtung** §§ 6, 6 a, 11 III AnfG) u. damit für die **Gesellschafterfinanzierung** durch **Fremdkapitaleinsatz** eine **rein insolvenz- u. anfechtungsrechtliche Lösung** geschaffen. **Gesellschafterfinanzierungen** sind nunmehr „**Fremdkapital mit lediglich qualifiziertem Insolvenzrisiko**“.¹⁰
- 7 c) **Rechtsformübergreifende Ausgestaltung.** Die gesetzliche Neuregelung erfolgte **rechtsformneutral**. Die bisherigen Sondervorschriften (va §§ 129 a, 172 a HGB aF) wurden aufgehoben.¹¹ Nunmehr ergibt sich einheitlich aus § 39 IV u. V InsO, für welche Gesellschaften die neuen Regeln zur **Gesellschafterfinanzierung** gelten. Die im Schrifttum¹² begrüßte Zusammenfassung der erfassten Rechtsformen hat allerdings **sachlich, insbes. international-privatrechtlich, keine Bedeutung**, sondern befriedigt lediglich den „**juristischen Ordnungssinn**“.¹³ Zu Einzelheiten → Rn. 40 ff.
- 8 d) **Abschied vom Krisenmerkmal.** Nunmehr gelten die Rechtsfolgen für **Gesellschafterfinanzierungen unabhängig davon, ob die Finanzierungshilfe in der Krise gewährt oder stehen gelassen wurde**.¹⁴ Der Gesetzgeber hat nicht nur die **Zweispurigkeit des Eigenkapitalersatzrechts**, sondern auch die **Krise als Tatbestandsmerkmal abgeschafft**¹⁵ u. dadurch mit dem Ziel der **Rechtsvereinfachung** einen **Konzeptwechsel**¹⁶ herbeigeführt.¹⁷ Hierdurch haben sich zugleich die **Finanzierungsrisiken** der **Gesellschafter verschärft**.¹⁸ **Krisenfinanzierung** als Unterscheidungskriterium für „**eigenkapitalersatzrechtlich verstrickte**“ u. andere **Gesellschafterhilfen** entfällt, im Anschluss daran auch der **Terminus des „Eigenkapitalersatzrechts“**.¹⁹ Zur **Legitimation** der Neuregelung → Rn. 18 ff.
- 9 e) **Regelungszusammenhang.** Die **Kernaussage**²⁰ der Sonderregelungen, nämlich die **Rückstufung von Ansprüchen aus Gesellschafterfinanzierung**, enthält § 39 I Nr. 5 InsO: **Darlehensrückzahlungsansprüche** der **Gesellschafter** sind im **Insolvenzverfahren nachrangige Insolvenzforderungen**

10 *K Schmidt* GmbH 09, 1009, 1010.

11 Zur GmbH & Co KG vgl. BGH ZIP 13, 2305 Rn. 30.

12 *Altmeyden*, VGR Bd. 12 (07), 93, 102; *Bayer/Graff* DStR 06, 1654, 1656 f.; *Breitenstein/Meyding* BB 07, 1457, 1459; *Fliegner* DB 08, 1668, 1670; *Haas* ZInsO 07, 617; *Habersack* ZIP 07, 2145; *Knof* ZInsO 07, 125, 128; *Meyer* DB 08, 1742, 1745; *Römermann* GmbH 06, 673, 677; *Seibert/Decker* ZIP 08, 1208, 1211; *Wälzholz* DStR 07, 1911, 1918.

13 *Zutr. Bork* ZGR 07, 250, 252; ebenso *Roth/Altmeyden* Rn. 10.

14 BAG ZIP 14, 927 Rn. 22 f.

15 BGH NJW-RR 15, 944 Rn. 5, 7 (auch zur Verneinung einer teleologischen Reduktion); BAG NZI 14, 619 Rn. 22.

16 Teilweise auch als „**Paradigmenwechsel**“ bezeichnet (so auch *Voraufl.*).

17 *Begr. RegE BT-Drs. 16/6140*, S. 57 (durchgängige Aufgabe des Merkmals „Krise“); *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* Anh. zu § 64 Rn. 134; *Goette/Habersack*, *Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis*, Rn. 5.11

18 Vgl. BGH NJW-RR 15, 944 Rn. 6 ff.; einschr. *Baumbach/Hueck/Haas* Anh. § 64 Rn. 18; *Wicke* Rn. 3; *Burg/Westerbeide* BB 08, 62; *Klinck/Gärtner* NZI 08, 457, 459; *Roth* GmbH 08, 1184, 1186.

19 *Begr. RegE* ZIP 07, *Beil* zu Heft 23, S. 32; *Goette/Habersack*, *Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis*, Rn. 5.11.

20 Vgl. auch *Prager/Jungclaus* KTS 16, 419 (422 f.).

sowie Schiedsgerichtsverfahren⁸⁰ u. Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.⁸¹ Umfasst sind nicht nur sämtliche gerichtliche, sondern auch außergerichtliche u. vorprozessuale Handlungen wie die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder die Einholung eines Gutachtens.⁸² Die Erfolgsaussichten des Rechtsstreites spielen hierbei keine Rolle.⁸³

- 31 Das Merkmal der Erledigung ist weit auszulegen u. betrifft nicht nur die Beendigung, sondern jede den Fortgang des Verfahrens betr. Maßnahme.⁸⁴

3. Rechtsfolge: Verstoß gegen Stimmverbot

- 32 Sofern ein Stimmrechtsausschluss besteht, darf der betroffene Gesellschafter zwar an der Gesellschafterversammlung teilnehmen, sein Stimmrecht jedoch nicht ausüben.⁸⁵ Dennoch abgegebene Stimmen sind nach § 134 BGB nichtig⁸⁶ u. dürfen daher nicht mitgezählt werden.⁸⁷

Anhang zu § 47: Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen

Auszug aus dem Aktiengesetz vom 6. September 1965, zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Umsetzung der zweiten AktionärsrechteRL vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2637)

Erster Abschnitt Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen

Erster Unterabschnitt Allgemeines

§ 241 AktG Nichtigkeitsgründe

Ein Beschluß der Hauptversammlung ist außer in den Fällen des § 192 Abs. 4, §§ 212, 217 Abs. 2, § 228 Abs. 2, § 234 Abs. 3 und § 235 Abs. 2 nur dann nichtig, wenn er

1. in einer Hauptversammlung gefaßt worden ist, die unter Verstoß gegen § 121 Abs. 2 und 3 Satz 1 oder Abs. 4 einberufen war,
2. nicht nach § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 beurkundet ist,
3. mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind,
4. durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt,
5. auf Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist,

80 Scholz/K Schmidt Rn. 127; zur Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlussmängelstreitigkeiten vgl. *Versin*, GmbHR 15, 969.

81 Scholz/K Schmidt Rn. 127; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand Rn. 160.

82 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 93; Scholz/K Schmidt Rn. 129; Michalski/Römermann Rn. 300; Roth/Altmeyen Rn. 126; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand Rn. 161; *Lobr*, NZG 02, 551, 556.

83 BGH NJW 86, 2051, 2053.

84 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 93; Scholz/K Schmidt Rn. 130.

85 Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 52; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 104.

86 OLG Koblenz BeckRS 2008, 2728.

87 OLG Brandenburg GmbHR 01, 624, 626; OLG Düsseldorf GmbHR 00, 1050, 1053.

6. nach § 398 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Grund rechtskräftiger Entscheidung als nichtig gelöscht worden ist.

§ 242 AktG Heilung der Nichtigkeit

(1) Die Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses, der entgegen § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 nicht oder nicht gehörig beurkundet worden ist, kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluß in das Handelsregister eingetragen worden ist.

(2) ¹Ist ein Hauptversammlungsbeschluß nach § 241 Nr. 1, 3 oder 4 nichtig, so kann die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluß in das Handelsregister eingetragen worden ist und seitdem drei Jahre verstrichen sind. ²Ist bei Ablauf der Frist eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses rechtshängig, so verlängert sich die Frist, bis über die Klage rechtskräftig entschieden ist oder sie sich auf andere Weise endgültig erledigt hat. ³Eine Löschung des Beschlusses von Amts wegen nach § 398 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird durch den Zeitablauf nicht ausgeschlossen. ⁴Ist ein Hauptversammlungsbeschluß wegen Verstoßes gegen § 121 Abs. 4 Satz 2 nach § 241 Nr. 1 nichtig, so kann die Nichtigkeit auch dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der nicht geladene Aktionär den Beschluß genehmigt. ⁵Ist ein Hauptversammlungsbeschluss nach § 241 Nr. 5 oder § 249 nichtig, so kann das Urteil nach § 248 Abs. 1 Satz 3 nicht mehr eingetragen werden, wenn gemäß § 246 a Abs. 1 rechtskräftig festgestellt wurde, dass Mängel des Hauptversammlungsbeschlusses die Wirkung der Eintragung unberührt lassen; § 398 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet keine Anwendung.

(3) Absatz 2 gilt entsprechend, wenn in den Fällen des § 217 Abs. 2, § 228 Abs. 2, § 234 Abs. 3 und § 235 Abs. 2 die erforderlichen Eintragungen nicht fristgemäß vorgenommen worden sind.

§ 243 AktG Anfechtungsgründe

(1) Ein Beschluß der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden.

(2) ¹Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. ²Dies gilt nicht, wenn der Beschluß den anderen Aktionären einen angemessenen Ausgleich für ihren Schaden gewährt.

(3) Die Anfechtung kann nicht gestützt werden:

1. auf die durch eine technische Störung verursachte Verletzung von Rechten, die nach § 118 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 und § 134 Abs. 3 auf elektronischem Wege wahrgenommen worden sind, es sei denn, der Gesellschaft ist grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen; in der Satzung kann ein strengerer Verschuldenmaßstab bestimmt werden,
2. auf eine Verletzung der §§ 67 a, 67 b, 121 Absatz 4 a oder des § 124 a,,
3. auf Gründe, die ein Verfahren nach § 318 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs rechtfertigen.

(4) ¹Wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. ²Auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der Hauptversammlung über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit von Ausgleich, Abfindung, Zuzahlung

oder über sonstige Kompensationen kann eine Anfechtungsklage nicht gestützt werden, wenn das Gesetz für Bewertungsrügen ein Spruchverfahren vorsieht.

§ 244 AktG Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse

¹Die Anfechtung kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Hauptversammlung den anfechtbaren Beschluß durch einen neuen Beschluß bestätigt hat und dieser Beschluß innerhalb der Anfechtungsfrist nicht angefochten oder die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden ist. ²Hat der Kläger ein rechtliches Interesse, daß der anfechtbare Beschluß für die Zeit bis zum Bestätigungsbeschluß für nichtig erklärt wird, so kann er die Anfechtung weiterhin mit dem Ziel geltend machen, den anfechtbaren Beschluß für diese Zeit für nichtig zu erklären.

§ 245 AktG Anfechtungsbefugnis

Zur Anfechtung ist befugt

1. jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär, wenn er die Aktien schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte und gegen den Beschluß Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat;
2. jeder in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionär, wenn er zu der Hauptversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlußfassung nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht worden ist;
3. im Fall des § 243 Abs. 2 jeder Aktionär, wenn er die Aktien schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte;
4. der Vorstand;
5. jedes Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats, wenn durch die Ausführung des Beschlusses Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats eine strafbare Handlung oder eine Ordnungswidrigkeit begehen oder wenn sie ersatzpflichtig werden würden.

§ 246 AktG Anfechtungsklage

(1) Die Klage muß innerhalb eines Monats nach der Beschlußfassung erhoben werden.

(2) ¹Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. ²Die Gesellschaft wird durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten. ³Klagt der Vorstand oder ein Vorstandsmitglied, wird die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat, klagt ein Aufsichtsratsmitglied, wird sie durch den Vorstand vertreten.

(3) ¹Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. ²Ist bei dem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so entscheidet diese an Stelle der Zivilkammer. ³§ 148 Abs. 2 Satz 3 und 4 gilt entsprechend. ⁴Die mündliche Verhandlung findet nicht vor Ablauf der Monatsfrist des Absatzes 1 statt. ⁵Die Gesellschaft kann unmittelbar nach Ablauf der Monatsfrist des Absatzes 1 eine eingereichte Klage bereits vor Zustellung einsehen und sich von der Geschäftsstelle Auszüge und Abschriften erteilen lassen. ⁶Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

(4) ¹Der Vorstand hat die Erhebung der Klage unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. ²Ein Aktionär kann sich als Nebenintervenient nur innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung an der Klage beteiligen.

§ 246 a AktG Freigabeverfahren

(1) ¹Wird gegen einen Hauptversammlungsbeschluß über eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung, der Kapitalherabsetzung (§§ 182 bis 240) oder einen Unternehmensvertrag (§§ 291 bis 307) Klage erhoben, so kann das Gericht auf Antrag der Gesellschaft durch Beschluß feststellen, dass die Erhebung der Klage der Eintragung nicht entgegensteht und Mängel des Hauptversammlungsbeschlusses die Wirkung der Ein-

tragung unberührt lassen. ²Auf das Verfahren sind § 247, die §§ 82, 83 Abs. 1 und § 84 der Zivilprozessordnung sowie die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechend anzuwenden, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist. ³Über den Antrag entscheidet ein Senat des Oberlandesgerichts, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.

(2) Ein Beschluss nach Absatz 1 ergeht, wenn

1. die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist,
2. der Kläger nicht binnen einer Woche nach Zustellung des Antrags durch Urkunden oder durch einen Nachweis nach § 67 c Absatz 3 belegt hat, dass er seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von mindestens 1 000 Euro hält oder
3. das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses vorrangig erscheint, weil die vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre nach freier Überzeugung des Gerichts die Nachteile für den Antragsgegner überwiegen, es sei denn, es liegt eine besondere Schwere des Rechtsverstoßes vor.

(3) ¹Eine Übertragung auf den Einzelrichter ist ausgeschlossen; einer Güteverhandlung bedarf es nicht. ²In dringenden Fällen kann auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden. ³Die vorgebrachten Tatsachen, auf Grund deren der Beschluss ergehen kann, sind glaubhaft zu machen. ⁴Der Beschluss ist unanfechtbar. ⁵Er ist für das Registergericht bindend; die Feststellung der Bestandskraft der Eintragung wirkt für und gegen jedermann. ⁶Der Beschluss soll spätestens drei Monate nach Antragstellung ergehen; Verzögerungen der Entscheidung sind durch unanfechtbaren Beschluss zu begründen.

(4) ¹Erweist sich die Klage als begründet, so ist die Gesellschaft, die den Beschluss erwirkt hat, verpflichtet, dem Antragsgegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus einer auf dem Beschluss beruhenden Eintragung des Hauptversammlungsbeschlusses entstanden ist. ²Nach der Eintragung lassen Mängel des Beschlusses seine Durchführung unberührt; die Beseitigung dieser Wirkung der Eintragung kann auch nicht als Schadensersatz verlangt werden.

§ 247 AktG Streitwert

(1) ¹Den Streitwert bestimmt das Prozeßgericht unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles, insbesondere der Bedeutung der Sache für die Parteien, nach billigem Ermessen. ²Er darf jedoch ein Zehntel des Grundkapitals oder, wenn dieses Zehntel mehr als 500 000 Euro beträgt, 500 000 Euro nur insoweit übersteigen, als die Bedeutung der Sache für den Kläger höher zu bewerten ist.

(2) ¹Macht eine Partei glaubhaft, daß die Belastung mit den Prozeßkosten nach dem gemäß Absatz 1 bestimmten Streitwert ihre wirtschaftliche Lage erheblich gefährden würde, so kann das Prozeßgericht auf ihren Antrag anordnen, daß ihre Verpflichtung zur Zahlung von Gerichtskosten sich nach einem ihrer Wirtschaftslage angepaßten Teil des Streitwerts bemißt. ²Die Anordnung hat zur Folge, daß die begünstigte Partei die Gebühren ihres Rechtsanwalts ebenfalls nur nach diesem Teil des Streitwerts zu entrichten hat. ³Soweit ihr Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden oder soweit sie diese übernimmt, hat sie die von dem Gegner entrichteten Gerichtsgebühren und die Gebühren seines Rechtsanwalts nur nach dem Teil des Streitwerts zu erstatten. ⁴Soweit die außergerichtlichen Kosten dem Gegner auferlegt oder von ihm übernommen werden, kann der Rechtsanwalt der begünstigten Partei seine Gebühren von dem Gegner nach dem für diesen geltenden Streitwert betreiben.

(3) ¹Der Antrag nach Absatz 2 kann vor der Geschäftsstelle des Prozeßgerichts zur Niederschrift erklärt werden. ²Er ist vor der Verhandlung zur Hauptsache anzubringen. ³Später ist er nur zulässig, wenn der angenommene oder festgesetzte Streitwert

durch das Prozeßgericht heraufgesetzt wird. ⁴Vor der Entscheidung über den Antrag ist der Gegner zu hören.

§ 248 AktG Urteilswirkung

(1) ¹Soweit der Beschluß durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urteil für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, auch wenn sie nicht Partei sind. ²Der Vorstand hat das Urteil unverzüglich zum Handelsregister einzureichen. ³War der Beschluß in das Handelsregister eingetragen, so ist auch das Urteil einzutragen. ⁴Die Eintragung des Urteils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses bekanntzumachen.

(2) Hatte der Beschluß eine Satzungsänderung zum Inhalt, so ist mit dem Urteil der vollständige Wortlaut der Satzung, wie er sich unter Berücksichtigung des Urteils und aller bisherigen Satzungsänderungen ergibt, mit der Bescheinigung eines Notars über diese Tatsache zum Handelsregister einzureichen.

§ 248 a AktG Bekanntmachungen zur Anfechtungsklage

¹Wird der Anfechtungsprozess beendet, hat die börsennotierte Gesellschaft die Verfahrensbeendigung unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. ²§ 149 Abs. 2 und 3 ist entsprechend anzuwenden.

§ 249 AktG Nichtigkeitsklage

(1) ¹Erhebt ein Aktionär, der Vorstand oder ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses gegen die Gesellschaft, so finden § 246 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 bis 5, Abs. 4, §§ 246 a, 247, 248 und 248 a entsprechende Anwendung. ²Es ist nicht ausgeschlossen, die Nichtigkeit auf andere Weise als durch Erhebung der Klage geltend zu machen. ³Schafft der Hauptversammlungsbeschluss Voraussetzungen für eine Umwandlung nach § 1 des Umwandlungsgesetzes und ist der Umwandlungsbeschluss eingetragen, so gilt § 20 Abs. 2 des Umwandlungsgesetzes für den Hauptversammlungsbeschluss entsprechend.

(2) ¹Mehrere Nichtigkeitsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. ²Nichtigkeits- und Anfechtungsprozesse können verbunden werden.

Zweiter Unterabschnitt Nichtigkeit bestimmter Hauptversammlungsbeschlüsse

§ 250 AktG Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern

(1) Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung ist außer im Falle des § 241 Nr. 1, 2 und 5 nur dann nichtig, wenn

1. der Aufsichtsrat unter Verstoß gegen § 96 Absatz 4, § 97 Abs. 2 Satz 1 oder § 98 Abs. 4 zusammengesetzt wird;
2. die Hauptversammlung, obwohl sie an Wahlvorschläge gebunden ist (§§ 6 und 8 des Montan-Mitbestimmungsgesetzes), eine nicht vorgeschlagene Person wählt;
3. durch die Wahl die gesetzliche Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder überschritten wird (§ 95);
4. die gewählte Person nach § 100 Abs. 1 und 2 bei Beginn ihrer Amtszeit nicht Aufsichtsratsmitglied sein kann;
5. die Wahl gegen § 96 Absatz 2 verstößt.

(2) Für die Klage auf Feststellung, daß die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds nichtig ist, sind parteifähig

1. der Gesamtbetriebsrat der Gesellschaft oder, wenn in der Gesellschaft nur ein Betriebsrat besteht, der Betriebsrat, sowie, wenn die Gesellschaft herrschendes Unternehmen eines Konzerns ist, der Konzernbetriebsrat,
2. der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss der Gesellschaft oder, wenn in der Gesellschaft nur ein Sprecherausschuss besteht, der Sprecherausschuss sowie,

wenn die Gesellschaft herrschendes Unternehmen eines Konzerns ist, der Konzernsprecherausschuss,

3. der Gesamtbetriebsrat eines anderen Unternehmens, dessen Arbeitnehmer selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, oder, wenn in dem anderen Unternehmen nur ein Betriebsrat besteht, der Betriebsrat,
4. der Gesamt- oder Unternehmenssprecherausschuss eines anderen Unternehmens, dessen Arbeitnehmer selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, oder, wenn in dem anderen Unternehmen nur ein Sprecherausschuss besteht, der Sprecherausschuss,
5. jede in der Gesellschaft oder in einem Unternehmen, dessen Arbeitnehmer selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, vertretene Gewerkschaft sowie deren Spitzenorganisation.

(3) ¹Erhebt ein Aktionär, der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder eine in Absatz 2 bezeichnete Organisation oder Vertretung der Arbeitnehmer gegen die Gesellschaft Klage auf Feststellung, dass die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds nichtig ist, so gelten § 246 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 bis 4, Abs. 4, §§ 247, 248 Abs. 1 Satz 2, §§ 248 a und 249 Abs. 2 sinngemäß. ²Es ist nicht ausgeschlossen, die Nichtigkeit auf andere Weise als durch Erhebung der Klage geltend zu machen.

§ 251 AktG Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern

(1) ¹Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. ²Ist die Hauptversammlung an Wahlvorschläge gebunden, so kann die Anfechtung auch darauf gestützt werden, daß der Wahlvorschlag gesetzwidrig zustande gekommen ist. ³§ 243 Abs. 4 und § 244 gelten.

(2) ¹Für die Anfechtungsbefugnis gilt § 245 Nr. 1, 2 und 4. ²Die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds, das nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz auf Vorschlag der Betriebsräte gewählt worden ist, kann auch von jedem Betriebsrat eines Betriebs der Gesellschaft, jeder in den Betrieben der Gesellschaft vertretenen Gewerkschaft oder deren Spitzenorganisation angefochten werden. ³Die Wahl eines weiteren Mitglieds, das nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz oder dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz auf Vorschlag der übrigen Aufsichtsratsmitglieder gewählt worden ist, kann auch von jedem Aufsichtsratsmitglied angefochten werden.

(3) Für das Anfechtungsverfahren gelten die §§ 246, 247, 248 Abs. 1 Satz 2 und § 248 a.

§ 252 AktG Urteilswirkung

(1) Erhebt ein Aktionär, der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder eine in § 250 Abs. 2 bezeichnete Organisation oder Vertretung der Arbeitnehmer gegen die Gesellschaft Klage auf Feststellung, daß die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung nichtig ist, so wirkt ein Urteil, das die Nichtigkeit der Wahl rechtskräftig feststellt, für und gegen alle Aktionäre und Arbeitnehmer der Gesellschaft, alle Arbeitnehmer von anderen Unternehmen, deren Arbeitnehmer selbst oder durch Delegierte an der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft teilnehmen, die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats sowie die in § 250 Abs. 2 bezeichneten Organisationen und Vertretungen der Arbeitnehmer, auch wenn sie nicht Partei sind.

(2) ¹Wird die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt, so wirkt das Urteil für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, auch wenn sie nicht Partei sind. ²Im Fall des § 251 Abs. 2 Satz 2 wirkt das Urteil auch für und gegen die nach dieser Vorschrift anfechtungsberechtigten Betriebsräte, Gewerkschaften und Spitzenorganisationen, auch wenn sie nicht Partei sind.

§ 253 AktG Nichtigkeit des Beschlusses über die Verwendung des Bilanzgewinns

(1) ¹Der Beschluß über die Verwendung des Bilanzgewinns ist außer in den Fällen des § 173 Abs. 3, des § 217 Abs. 2 und des § 241 nur dann nichtig, wenn die Feststellung des Jahresabschlusses, auf dem er beruht, nichtig ist. ²Die Nichtigkeit des Beschlusses aus diesem Grunde kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses nicht mehr geltend gemacht werden kann.

(2) Für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit gegen die Gesellschaft gilt § 249.

§ 254 AktG Anfechtung des Beschlusses über die Verwendung des Bilanzgewinns

(1) Der Beschluß über die Verwendung des Bilanzgewinns kann außer nach § 243 auch angefochten werden, wenn die Hauptversammlung aus dem Bilanzgewinn Beiträge in Gewinnrücklagen einstellt oder als Gewinn vorträgt, die nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung unter die Aktionäre ausgeschlossen sind, obwohl die Einstellung oder der Gewinnvortrag bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung nicht notwendig ist, um die Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft für einen hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Notwendigkeiten übersehbaren Zeitraum zu sichern und dadurch unter die Aktionäre kein Gewinn in Höhe von mindestens vier vom Hundert des Grundkapitals abzüglich von noch nicht eingeforderten Einlagen verteilt werden kann.

(2) ¹Für die Anfechtung gelten die §§ 244 bis 246, 247 bis 248 a. ²Die Anfechtungsfrist beginnt auch dann mit der Beschlußfassung, wenn der Jahresabschluß nach § 316 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs erneut zu prüfen ist. ³Zu einer Anfechtung nach Absatz 1 sind Aktionäre nur befugt, wenn ihre Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500 000 Euro erreichen.

§ 255 AktG Anfechtung der Kapitalerhöhung gegen Einlagen

(1) Der Beschluß über eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen kann nach § 243 angefochten werden.

(2) ¹Die Anfechtung kann, wenn das Bezugsrecht der Aktionäre ganz oder zum Teil ausgeschlossen worden ist, auch darauf gestützt werden, daß der sich aus dem Erhöhungsbeschluß ergebende Ausgabebetrag oder der Mindestbetrag, unter dem die neuen Aktien nicht ausgegeben werden sollen, unangemessen niedrig ist. ²Dies gilt nicht, wenn die neuen Aktien von einem Dritten mit der Verpflichtung übernommen werden sollen, sie den Aktionären zum Bezug anzubieten.

(3) Für die Anfechtung gelten die §§ 244 bis 248 a.

Zweiter Abschnitt Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses

§ 256 AktG Nichtigkeit

(1) Ein festgestellter Jahresabschluß ist außer in den Fällen des § 173 Abs. 3, § 234 Abs. 3 und § 235 Abs. 2 nichtig, wenn

1. er durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft gegeben sind,
2. er im Falle einer gesetzlichen Prüfungspflicht nicht nach § 316 Abs. 1 und 3 des Handelsgesetzbuchs geprüft worden ist,
3. er im Falle einer gesetzlichen Prüfungspflicht von Personen geprüft worden ist, die nach § 319 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs oder nach Artikel 25 des Einföhrungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch nicht Abschlussprüfer sind oder aus anderen Gründen als einem Verstoß gegen § 319 Abs. 2, 3 oder Abs. 4 oder § 319 a Abs. 1 oder § 319 b Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs nicht zum Abschlussprüfer bestellt sind,

4. bei seiner Feststellung die Bestimmungen des Gesetzes oder der Satzung über die Einstellung von Beträgen in Kapital- oder Gewinnrücklagen oder über die Entnahme von Beträgen aus Kapital- oder Gewinnrücklagen verletzt worden sind.

(2) Ein von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellter Jahresabschluß ist außer nach Absatz 1 nur nichtig, wenn der Vorstand oder der Aufsichtsrat bei seiner Feststellung nicht ordnungsgemäß mitgewirkt hat.

(3) Ein von der Hauptversammlung festgestellter Jahresabschluß ist außer nach Absatz 1 nur nichtig, wenn die Feststellung

1. in einer Hauptversammlung beschlossen worden ist, die unter Verstoß gegen § 121 Abs. 2 und 3 Satz 1 oder Abs. 4 einberufen war,
2. nicht nach § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 beurkundet ist,
3. auf Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist.

(4) Wegen Verstoßes gegen die Vorschriften über die Gliederung des Jahresabschlusses sowie wegen der Nichtbeachtung von Formblättern, nach denen der Jahresabschluß zu gliedern ist, ist der Jahresabschluß nur nichtig, wenn seine Klarheit und Übersichtlichkeit dadurch wesentlich beeinträchtigt sind.

(5) ¹Wegen Verstoßes gegen die Bewertungsvorschriften ist der Jahresabschluß nur nichtig, wenn

1. Posten überbewertet oder
2. Posten unterbewertet sind und dadurch die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft vorsätzlich unrichtig wiedergegeben oder verschleiert wird.

²Überbewertet sind Aktivposten, wenn sie mit einem höheren Wert, Passivposten, wenn sie mit einem niedrigeren Betrag angesetzt sind, als nach §§ 253 bis 256 a des Handelsgesetzbuchs zulässig ist. ³Unterbewertet sind Aktivposten, wenn sie mit einem niedrigeren Wert, Passivposten, wenn sie mit einem höheren Betrag angesetzt sind, als nach §§ 253 bis 256 a des Handelsgesetzbuchs zulässig ist. ⁴Bei Kreditinstituten oder Finanzdienstleistungsinstituten sowie bei Kapitalverwaltungsgesellschaften im Sinn des § 17 des Kapitalanlagegesetzbuchs liegt ein Verstoß gegen die Bewertungsvorschriften nicht vor, soweit die Abweichung nach den für sie geltenden Vorschriften, insbesondere den §§ 340 e bis 340 g des Handelsgesetzbuchs, zulässig ist; dies gilt entsprechend für Versicherungsunternehmen nach Maßgabe der für sie geltenden Vorschriften, insbesondere der §§ 341 b bis 341 h des Handelsgesetzbuchs.

(6) ¹Die Nichtigkeit nach Absatz 1 Nr. 1, 3 und 4, Absatz 2, Absatz 3 Nr. 1 und 2, Absatz 4 und 5 kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn seit der Bekanntmachung nach § 325 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 und 4, des Absatzes 2 und des Absatzes 3 Nr. 1 und 2 sechs Monate, in den anderen Fällen drei Jahre verstrichen sind. ²Ist bei Ablauf der Frist eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses rechtshängig, so verlängert sich die Frist, bis über die Klage rechtskräftig entschieden ist oder sie sich auf andere Weise endgültig erledigt hat.

(7) ¹Für die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit gegen die Gesellschaft gilt § 249 sinngemäß. ²Ist für die Gesellschaft als Emittentin von zugelassenen Wertpapieren im Sinne des § 2 Absatz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes mit Ausnahme von Anteilen und Aktien an offenen Investmentvermögen im Sinne des § 1 Absatz 4 des Kapitalanlagegesetzbuchs die Bundesrepublik Deutschland der Herkunftsstaat (§ 2 Absatz 13 des Wertpapierhandelsgesetzes), so hat das Gericht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht den Eingang einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit sowie jede rechtskräftige Entscheidung über diese Klage mitzuteilen.

§ 257 AktG Anfechtung der Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung

(1) ¹Die Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung kann nach § 243 angefochten werden. ²Die Anfechtung kann jedoch nicht darauf gestützt werden, daß der Inhalt des Jahresabschlusses gegen Gesetz oder Satzung verstößt.

(2) ¹Für die Anfechtung gelten die §§ 244 bis 246, 247 bis 248 a. ²Die Anfechtungsfrist beginnt auch dann mit der Beschlußfassung, wenn der Jahresabschluß nach § 316 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs erneut zu prüfen ist

I. Allgemeines	1	(6) Sittenwidrige Beschlüsse, § 241 Nr. 4 AktG	31
1. Analogie	1	(7) Rechtskräftige Nichtigerklärung, § 241 Nr. 5 AktG	32
2. Regelungsmodelle des Personen- und des Kapitalgesellschaftsrechts	2	(8) Löschung im Handelsregister, § 241 Nr. 6 AktG	33
3. Reichweite und Grenzen der analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG	3	cc) Nichtigkeit von Aufsichtsratswahlen, § 250 AktG	34
4. Gesellschafterbeschlüsse ..	4	dd) Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses, § 256 AktG	38
a) Rechtsnatur	4	(1) Bestimmungen des Gläubigerschutzes, § 256 Abs. 1 Nr. 1 AktG	40
b) Beschlussfeststellung ...	5	(2) Prüfungspflichten, § 256 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 AktG	43
aa) Förmliche Festhaltung	6	(3) Bestimmungen über Kapital- und Gewinnrücklagen, § 256 Abs. 1 Nr. 4 AktG	44
bb) Versammlungsleitung	8	(4) Mangelnde Mitwirkung der Geschäftsführung bzw. des Aufsichtsrats, § 256 Abs. 2 AktG	45
cc) Rechtsfolgen mangelnder Beschlussfeststellung	9	(5) Nichtigkeit wegen mangelhafter Einberufung, Beurkundung oder Nichtigerklärung auf Anfechtungsklage, § 256 Abs. 3 AktG	46
II. Beschlussmängel und ihre Rechtsfolgen nach den §§ 241 ff. AktG	12	(6) Mangelhafte Gliederung und Nichtgebrauch von Formblättern, § 256 Abs. 4 AktG	47
1. Nichtigkeitsgründe und Nichtigkeit, § 241 AktG ..	13	(7) Mangelhafte Bewertung, § 256 Abs. 5 S. 1 AktG	48
a) Allgemeines	13		
b) Einzelne Nichtigkeitsgründe	18		
aa) Regelungen im GmbHG	18		
bb) § 241 AktG	19		
(1) Einberufungsmängel, § 241 Nr. 1 AktG	22		
(2) Beurkundungsmängel, § 241 Nr. 2 AktG	24		
(3) Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH, § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG	28		
(4) Verletzung von Bestimmungen über den Schutz von Gläubigern, § 241 Nr. 3 Alt. 2 AktG	29		
(5) Verletzung von Bestimmungen über den Schutz öffentlicher Interessen, § 241 Nr. 3 Alt. 3 AktG	30		

(8) Heilung von Nichtigkeitsgründen bei Beschlüssen über den Jahresabschluss, § 256 Abs. 6 AktG	50	4. Rechtsschutzbedürfnis und Klagebefugnis, §§ 245, 249 AktG	83
ee) Nichtigkeit des Beschlusses über die Ergebnisverwendung, § 253 AktG	51	5. Verhältnis zur allgemeinen Feststellungsklage, § 256 ZPO	92
ff) Weitere Nichtigkeitsgründe	52	6. Rechtsmissbrauch und Verletzung der Treupflicht, § 242 AktG	93
c) Heilung, § 242 AktG ..	53	7. Feststellungsinteresse	94
d) Bestätigung, § 244 AktG	54	8. Klagegegnerin und Passivlegitimation, § 246 Abs. 2 S. 1, § 249 Abs. 1 S. 1 AktG	95
e) Teil-Nichtigkeit, § 139 BGB	55	9. Vertretung der GmbH, § 35 GmbHG	96
2. Anfechtungsgründe, § 243 AktG, und ihre Rechtsfolgen	56	10. Nebenintervention, § 246 Abs. 4 S. 2 AktG, § 66 Abs. 1, § 69 ZPO, und Benachrichtigung, § 246 Abs. 4 AktG	100
a) Verfahrensfehler	57	11. Klagefrist, § 246 Abs. 1 AktG, und Heilungsfristen, § 242 AktG	104
aa) Einberufungsmängel	58	12. Nachschieben von Beschlussgründen	109
bb) Abstimmungsmängel	60	13. Zuständigkeit für Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen	110
cc) Feststellungsmängel ..	61	14. Klageanträge	111
dd) Informationsmängel ..	63	a) Regelfall	111
b) Inhaltliche Anfechtungsgründe	64	b) Antragstellung mit Rücksicht auf Bestätigung (§ 244 AktG), Wiederholung bzw. Neufassung und Aufhebung	114
aa) Gesetz, § 243 Abs. 1 AktG ...	64	15. Widerklage	116
bb) Satzung, § 243 Abs. 1 AktG ...	65	16. Einrede anderweitiger Rechtshängigkeit, § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ...	117
cc) Sondervorteil, § 243 Abs. 2 AktG ...	66	17. Darlegungs- und Beweislast	118
dd) Gleichbehandlungsgebot	67	a) Allgemeines	118
ee) Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	68	b) Einzelne Mängel	119
ff) Nebenabreden	69	c) Protokoll	121
gg) Aufsichtsratswahlen, § 251 AktG	70	18. Prozesshandlungen	124
hh) Jahresabschluss, § 257 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 AktG	71	19. Streitwert, § 247 AktG ...	125
ii) Ergebnisverwendung, § 243 AktG	72	20. Urteil und Rechtskraft ...	126
c) Bestätigung, § 244 AktG, und Neufassung/Wiederholung	73	a) Gestaltungs- und Feststellungsurteile	126
III. Nichtigkeits- und Anfechtungsklage	77	b) Materielle Rechtskraft	127
1. Einheitlicher Streitgegenstand	77	21. Handelsregistereintragung	128
2. Anträge und Tenorierung, Prüfungspflicht des Gerichts und Teilverteile ...	78	IV. Feststellungsklagen,	
3. Feststellung des Beschlussergebnisses	81	§ 256 ZPO	129
		1. Positive Beschlussfeststellungsklage	129

2. Allgemeine Feststellungs- klage	133	b) Rechtsschutz gegen den Vollzug	141
V. Beschlüsse anderer Organe ...	135	c) Rechtsschutz gegen Stimmrechtsausübung	143
VI. Einstweiliger Rechtsschutz	136	d) Widerspruch, § 16 Abs. 3 S. 3 bis 5 GmbHG	144
1. Gesellschaft	137	VII. Schiedsfähigkeit	145
a) Freigabeverfahren	137	VIII. Außergerichtliche Geltendma- chung von Beschlussmängeln	146
b) Anderes	138		
2. Gesellschafter	139		
a) Verhinderung von Gesellschafterver- sammlungen und - beschlüssen	139		

I. Allgemeines

1. Analogie

- 1 Trotz des Erlasses und des Inkrafttretens des GmbHG bereits im Jahre 1892,¹ ohne Rücksicht auf die sehr große Zahl von GmbH² und ihre schon daraus folgende großen Bedeutung für die deutsche Wirtschaft sowie ungeachtet der hervorgehobenen Rolle der Gesellschafterversammlung als höchstes Organ der GmbH³ enthält das GmbHG keine Regelung des Beschlussmängelrechts der GmbH. Das fällt besonders auf im Vergleich zum AktG, das insofern mit den §§ 241 ff. AktG detaillierte, vom Gesetzgeber vielfach überarbeitete Bestimmungen umfasst. Allerdings lag und liegt dem keineswegs eine Fehlvorstellung des Gesetzgebers hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen zugrunde, sondern die Motive des historischen Gesetzgebers gehen auf Erwägungen des ROHG zum damals noch nicht geregelten Beschlussmängelrecht zurück. Danach bedurfte es insofern keiner gesetzlichen Regelung, weil es sich bei der Möglichkeit, nicht gesetzes- oder satzungskonforme Beschlüsse anzufechten, um eine Selbstverständlichkeit handelte.⁴ Schon damals hatte das indessen zur Folge, dass das Beschlussmängelrecht in seinen Einzelheiten weiter den Gerichten überlassen blieb. Dabei ist es für die GmbH mit der Folge geblieben, dass hier in einer vor dem Hintergrund der Grundsätze der Demokratie und der Gewaltenteilung nicht unbedenklichen Art und Weise die Gerichte die Regeln des Beschlussmängelrechts bestimmen. Auch wenn die entsprechende Regelungslücke seit mehr als 100 Jahren durch eine weitreichende analoge Anwendung der das Beschlussmängelrecht der Aktiengesellschaft betreffenden §§ 241 ff. AktG geschlossen wird⁵ und es deshalb scheinen mag, als ob es sich hier lediglich um eine von den vielen mit den gewöhnlichen methodischen Instrumenten zu schließenden Regelungslücken handelte, vermag das an den verfassungsrechtlichen Bedenken doch nichts zu ändern. Denn zum einen geht es hier nicht um die Übertragung einer für einen bestimmten Fall und vor dem Hintergrund einer vergleichbaren Interessenlage ge-

1 GmbHG vom 20.4.1892, in Kraft getreten am 10.5.1892, RGBl. S. 477.

2 → Einführung Rn. 17.

3 MüKoGmbHG/Liebscher, § 48 Rn. 6 mwN. Der Streit, ob die Gesellschafterversammlung selbst als Organ anzusehen ist oder ob das Organ in der Gesamtheit der Gesellschafter liegt und ihre Versammlung nur als Verfahren zu betrachten ist (→ § 45 Rn. 5), ist für die hier zu erörternden Fragen bedeutungslos.

4 ROHGE 14, 354 (357); dazu *Fleischer GmbH* 2013, 1289 (1291).

5 So schon RGZ 166, 129 (131) sowie BGHZ 11, 231 (235).

troffenen Regelung auf einen vom Gesetzgeber übersehenen Sachverhalt, sondern um die Regelung eines ganzen Bereichs von ganz verschiedenen Sachverhalten, die jedenfalls der aktuelle Gesetzgeber keineswegs übersehen hat. Vielmehr überlässt der Gesetzgeber die Regelung des GmbH-Beschlussmängelrechts im Allgemeinen und im Besonderen bewusst der Rechtsprechung.⁶ Von einer planwidrigen Regelungslücke, die durch eine Analogie geschlossen werden dürfte, kann danach keine Rede mehr sein. Vielmehr kann hier nur von einer schon von Beginn an nicht unbedenklichen Analogie sprechen, aus der sich ein Gewohnheitsrecht entwickelt hat. In diesem, vom gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauch abweichenden Sinne ist auch der Gebrauch des Begriffs „Analogie“ im Folgenden zu verstehen. Auch hier wird an dem Begriff aber festgehalten, um die Grenzen der Anwendung des in den §§ 241 ff. AktG geregelten Modells des Beschlussmängelrechts der Aktiengesellschaft auf die GmbH und die Gründe hierfür deutlich machen zu können. Soweit das in Anlehnung an die §§ 241 ff. AktG entwickelte Beschlussmängelrecht der GmbH vereinzelt mit guten Gründen kritisiert und demgegenüber ein völlig abweichendes Modell vorgeschlagen worden ist,⁷ wird das nicht nur von der ganz herrschenden Ansicht in der Literatur abgelehnt,⁸ sondern von der Rechtsprechung sogar ignoriert.⁹ Trotz der oben erläuterten Bedenken geschieht dies indessen zu Recht. Denn man muss berücksichtigen, dass das Beschlussmängelrecht in weiten Teilen auch Gegenstand der in Gesellschaftsverträgen und Satzungen getroffenen Regelungen ist und dass hierbei die Beteiligten in einer Vorstellung von dem von der Rechtsprechung und herrschenden Literatur entwickelten Beschlussmängelrecht der GmbH gehandelt haben werden. Radikale Kehrtwenden aufgrund eines Wandels der Rechtsauffassung führten hier deshalb zu Problemen. Hinzu käme, dass das oben erwähnte verfassungsrechtliche Problem der Untätigkeit des Gesetzgebers auch mit einem alternativen Regelungsmodell nicht gelöst werden könnte. Zu fordern ist vielmehr einerseits ein Tätigwerden des Gesetzgebers, während es andererseits de lege lata bei der grundsätzlichen Heranziehung der §§ 241 ff. AktG verbleiben muss. Schließlich bietet das in den §§ 241 ff. AktG für die Aktiengesellschaft geregelte Modell des kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrechts gegenüber den Vorschlägen von *Zöllner/Noack* auch in inhaltlicher Hinsicht einige wichtige Vorteile: So ergibt sich aus § 241 AktG, dass Gesellschafterbeschlüsse abgesehen von den wenigen und klar abgegrenzten Fällen ihrer Nichtigkeit wirksam sind. Das verringert die negativen Auswirkungen von Gesellschafterstreitigkeiten auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft auf das unvermeidliche Maß. Außerdem können Gesellschafterstreitigkeiten um die Wirksamkeit von Beschlüssen in einem förmlichen Verfahren mit Wirkung für und gegen alle Beteiligten entschieden werden. Das führt zu vergleichsweise

6 Vgl. aus der Diskussion etwa *Koch*, Gutachten, Verhandlungen des 72. DJT, München 2018, Bd. I, F 1 (90 ff.) zu Reformvorschlägen auch die GmbH betreffend; *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801 (807).

7 *Zöllner/Noack* ZGR 1989, 525.

8 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, Anh. § 47 Rn. 3.

9 So zutreffend *MüKoGmbHG/Fleischer*, Einl. Rn. 169.

schneller Rechtssicherheit.¹⁰ Auch de lege ferenda sollte es demnach bei einem an die §§ 241 ff. AktG angelehnten, aber in bestimmten Einzelheiten auf die besonderen Bedürfnisse der GmbH als Kapitalgesellschaft mit personalistischer Struktur und als „Einstiegsgesellschaftsform“ zugeschnittenen Modell des Beschlussmängelrechts bleiben.

2. Regelungsmodelle des Personen- und des Kapitalgesellschaftsrechts

- 2 Besonders deutlich werden die mit der analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG verbundenen Vorteile für die Gesellschaft, wenn man einen kurzen Blick auf das für Personengesellschaften geltende Modell des Beschlussmängelrechts wirft: Anders als in § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG für Kapitalgesellschaften vorgesehen sind Prozesse über Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag und darunter auch solche wegen der (Un-)Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen bei Personengesellschaften grundsätzlich zwischen den Gesellschaftern zu führen. Die Gesellschaft ist dabei lediglich Objekt der gesellschaftsvertraglichen Regelung und dementsprechend nicht beteiligt. Selbst bei Publikumsgesellschaften gilt im Grundsatz nichts anderes.¹¹ Dabei besteht zwischen den streitenden Gesellschaftern keine notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO), und zwar weder auf Kläger- noch auf Beklagtenseite.¹² Mangels § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG entsprechender Regelung erfasst die materielle Rechtskraft nur die beteiligten Personen (gewöhnliche inter-partes-Wirkung, § 322 Abs. 1 ZPO), so dass bei den zulässigen Klagen gegen einzelne Gesellschafter die Gefahr divergierender Entscheidungen besteht. Das kann nur durch eine Beteiligung aller Gesellschafter vermieden werden. Nur dann erstreckt sich die materielle Rechtskraft der Entscheidung auch auf die Gesellschaft.¹³ Naturgemäß gilt auch im Personengesellschaftsrecht für Gestaltungsklagen nach §§ 117, 127, 140 HGB anderes.¹⁴ Von ganz erheblicher Bedeutung ist schließlich, dass dem Personengesellschaftsrecht die in den §§ 241, 243 AktG angelegte Unterscheidung zwischen nichtigen und bloß anfechtbaren Beschlüssen unbekannt ist. Dementsprechend führen Beschlussmängel unabhängig von ihrer Art zur Unwirksamkeit des betroffenen Gesellschafterbeschlusses. Dass das für das Personengesellschaftsrecht geltende Modell des Beschlussmängelrechts im Hinblick auf die erheblich größere Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen einerseits und mit Rücksicht auf die deutlich kompliziertere gerichtliche Klärung der Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen andererseits weitaus weniger praktikabel ist, leuchtet danach ohne Weiteres ein. Entsprechende Erwägungen stehen auch hinter den verbreiteten Satzungsbestimmungen zur Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrechts für Personengesellschaften.

10 Zum Ganzen *Casper* ZHR 163 (1999), 54.

11 Dazu krit. *Scholz*, WM 2006, 897.

12 BGH NJW 2009, 669 (670).

13 BGH NJW 1967, 2159.

14 MüKoGmbHG/*Schmidt*, HGB, § 140 Rn. 83 f.

3. Reichweite und Grenzen der analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG

Auch mit Rücksicht auf die Rechtsnatur von Gesellschafterbeschlüssen und die daraus folgenden Besonderheiten (dazu s. u. → Rn. 4 ff) zutreffend befürwortet der BGH von Beginn an¹⁵ und in ständiger Rechtsprechung eine entsprechende Geltung der §§ 241 ff. AktG für das Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, soweit nicht die Besonderheiten der GmbH ausnahmsweise anders gebieten.¹⁶ Besonders deutlich wird die Bedeutung dieser nur gewohnheitsrechtlich begründbaren (dazu s. o. Rn. 1) Rechtsanwendung, wenn man die Erwägungen des Bundesgerichtshofs zur Anwendung der in § 246 Abs. 1 AktG geregelten Monatsfrist für Anfechtungsklagen im Bereich des GmbH-Rechts betrachtet: Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14.5.1990 sollte nämlich ungeachtet der grundsätzlichen analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG § 246 Abs. 1 AktG auf die GmbH nicht entsprechend anwendbar sein. Vielmehr sollte für die Anfechtung eines GmbH-Gesellschafterbeschlusses eine nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmende, angemessene Frist maßgebend sein. Der Regelung des § 246 Abs. 1 AktG sollte lediglich die Funktion eines Leitbildes zukommen.¹⁷ Einerseits überschritt diese Leitbildfunktion aber nicht nur die Grenzen der herkömmlichen Methodik, sondern sie hatte auch eine kaum hinnehmbare Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Anfechtungsfrist zur Folge, also gerade hinsichtlich einer der Rechtssicherheit dienenden Schranke der Rechtswahrnehmung. Da nämlich jede vernünftige Erwägung eine Verlängerung der Frist zur Folge haben konnte, waren die beratenden Rechtsanwälte gehalten, ihren Mandanten auch noch nach Ablauf eines Monats die Anfechtung nahezulegen und möglichst viele, mehr oder weniger naheliegende, eventuell vernünftige Gründe für eine Fristverlängerung vorzutragen. Über den ungewissen Erfolg dieses Vorbringens hinaus verlagerte sich der Schwerpunkt des Streits damit in sicher nicht beabsichtigter Art und Weise auf Erwägungen zur angemessenen Frist. Andererseits treffen die Erwägungen des BGH aber insofern zu, als eine sinngemäße Heranziehung von Bestimmungen immer nur dann in Betracht kommt, wenn die Interessenlage des nicht geregelten Sachverhalts mit derjenigen des geregelten Sachverhalts in ihren für die gesetzliche Regelung wesentlichen Gesichtspunkten übereinstimmt. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass dem BGH dahin gehend zu folgen ist, dass 1. die entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf das GmbH-Recht jeweils für jede Bestimmung und jeden Sachverhalt gesondert zu untersuchen ist und dass 2. eine solche Analogie immer dann nicht in Betracht kommt, wenn die Regelung Besonderheiten der AG Rechnung trägt, die bei der GmbH nicht vorliegen. Für die in § 246 Abs. 1 AktG geregelte Anfechtungsfrist folgt daraus, dass zwar eine ausnahmslose Übertragung der für die AG gel-

15 Der BGH hat hier keineswegs selbst die notwendige Rechtsfortbildung vorgenommen, sondern seine diesbezügliche Rspr. entspricht der st. Rspr. des RGZ 166, 129 (131).

16 Etwa BGH NJW 1954, 385 f.; WM 1969, 176 (177); NJW 1981, 2125 (2126); NJW 1988, 1844; BGH NZG 2003, 127 (128); 2008, 317 (318); dem BGH folgend etwa OLG Rostock NZG 2004, 191 (192); aus der Lit. nur Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Anh. Rn. 1 ff.

17 BGH NJW 1990, 2625.

tenden Regelung wegen der geringeren Formstrenge des GmbH-Rechts im Zusammenhang mit der Fassung von Gesellschafterbeschlüssen nicht in Frage kommt, dass es aber umgekehrt auch nicht der mit unvertretbarer Rechtssicherheit verbundenen Angemessenheitsprüfung und der methodisch unhaltbaren Leitbildfunktion bedarf. Zu Recht führt deshalb der BGH in seiner neueren Rechtsprechung zur Anfechtungsfrist im GmbH-Beschlussmängelrecht aus, die in § 246 Abs. 1 AktG geregelte Monatsfrist finde von eng begrenzten Ausnahmen abgesehen Anwendung. Anderes gelte nur dann, wenn entweder die Satzung eine wirksame abweichende Regelung enthalte oder zwingende Gründe den Gesellschafter an einer früheren Geltendmachung des Beschlussmangels gehindert hätten.¹⁸ Allgemein kann man demnach festhalten, dass die §§ 241 ff. AktG im GmbH-Beschlussmängelrecht analoge Anwendung finden, dass aber stets zu prüfen ist, ob die betreffende Bestimmung aktienrechtlichen Besonderheiten Rechnung trägt, die bei der GmbH nicht vorliegen. Ist letzteres der Fall kann die betreffende Bestimmung nicht herangezogen werden und muss es bei den allgemeinen Regeln des materiellen Rechts bzw. des Prozessrechts bleiben.

4. Gesellschafterbeschlüsse

- 4 a) **Rechtsnatur.** In einem Gesellschafterbeschluss liegt zwar jedenfalls grundsätzlich keine für das Außenverhältnis bestimmte Willenserklärung, sondern es handelt sich lediglich um die interne Willensbildung der Gesellschaft eventuell verbunden mit einer Weisung zur Ausführung der beschlossenen Maßnahme seitens der Geschäftsführung. Gleichwohl sind Gesellschafterbeschlüsse mehrseitige gewöhnlich Rechtsgeschäfte eigener Art.¹⁹ Danach liegt die Anwendung der Regeln des BGB über Rechtsgeschäfte sowie hierunter insbesondere diejenige der §§ 119 bis 124 BGB und der §§ 125, 134, 138 BGB hinsichtlich der Beschlussmängel nicht fern. Das kommt aber aus mehreren Gründen nicht in Betracht:²⁰ Zum einen ist zu berücksichtigen, dass die vor allem auf Verträge ausgerichteten Bestimmungen des BGB für eine ganze Reihe in Betracht kommender Mängel der Beschlussfassung keine speziellen, interessengerechten Regelungen enthalten. Das gilt etwa für Verstöße gegen Bestimmungen der Satzung (§ 243 Abs. 1 Alt. 2 AktG). Nicht jede Satzungsbestimmung kann nämlich als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB ausgelegt werden. Zum anderen bedarf es materieller Regeln, die durch differenzierte Anordnung der in Betracht kommenden Rechtsfolgen der Nichtigkeit und der bloßen Anfechtbarkeit nicht nur interessengerechte Konfliktlösungen erlauben, sondern durch Fristen für die Geltendmachung von Mängeln (§ 246 Abs. 1 AktG) auch in prozessualer Hinsicht die für am Geschäftsverkehr teilnehmende Gesellschaften notwendige Rechtssicherheit befördern. Von entscheidender Bedeutung ist aber schließlich ein weiterer prozessualer Grund: Urteile über die Nichtigkeit von Beschlüssen bedürfen im Interesse sowohl der Rechtssicherheit als auch der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft nicht nur der in

18 BGH NZG 2005, 551 (553); NJW 2009, 1110.

19 Etwa MüKoGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 8.

20 MüKoGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 9; MüKoGmbHG/Wertenbruch, § 47 Anh. Rn. 1.

der ZPO vorgesehenen Rechtskraft inter partes, sondern erforderlich ist eine Rechtskraft inter bzw. erga omnes, wie § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG sie vorsieht.²¹ Die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG und insbesondere das daraus folgende „Klagemonopol“ der Gesellschafter für Anfechtungsgründe stehen im Übrigen weder der Aufhebung eines fehlerhaften Beschlusses durch die Gesellschafter oder einer Maßnahme zur Heilung des Mangels noch einer einverständlichen Regelung streitiger Fragen durch die Gesellschafter eventuell unter Inanspruchnahme eines Mediators entgegen.²² Dementsprechend unterliegen Gesellschafterbeschlüsse ungeachtet ihrer Natur als mehrseitige Rechtsgeschäfte zunächst nicht den Regeln des BGB über die Wirksamkeit und die Anfechtung von Rechtsgeschäften, sondern sowohl in materiellrechtlicher als auch in prozessualer Hinsicht in erster Linie den wenigen Regeln des GmbHG sowie danach der analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG. Die Regeln des BGB und der ZPO gelten nachrangig und nur dort, wo die Satzung, das GmbHG und die §§ 241 ff. AktG entweder keine spezielle Bestimmung enthalten oder die betreffende Regelung der §§ 241 ff. AktG den Besonderheiten der GmbH im Vergleich zur AG nicht hinreichend gerecht wird. Nur insoweit bleibt Raum für einen Rückgriff auf die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte und über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. So enthalten die §§ 241 ff. AktG zB keine Regelung für die Rechtsfolgen der nicht selten auftretenden Teilnichtigkeit bzw. -anfechtbarkeit. Hier ist auf die allgemeine Bestimmung des § 139 BGB zurückzugreifen.²³

b) Beschlussfeststellung. Nach den vorstehenden Ausführungen zum einen zur grundsätzlich stattfindenden analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf die Beschlüsse von GmbH-Gesellschaftern, zum anderen zu den mit den erheblichen strukturellen Unterschieden zwischen der AG einerseits und der GmbH andererseits zusammenhängenden Grenzen dieser Analogie kommt eine Heranziehung der §§ 241 ff. AktG im GmbH-Recht nur dann in Betracht, wenn wie bei der AG keine Unsicherheit über das Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses besteht und dementsprechend jedem Gesellschafter klar sein muss, dass es der Erhebung einer Anfechtungsklage innerhalb der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG bedarf. Dem steht indessen entgegen, dass das GmbHG eine förmliche Beschlussfeststellung im Sinne etwa des § 130 AktG nicht kennt. Mit Rücksicht hierauf hängt zwar nicht die wirksame Fassung eines Beschlusses seitens der GmbH-Gesellschafter von einer mit der Aktiengesellschaft vergleichbaren Feststellung ab. Jedoch setzt die analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG eine Feststellung des getroffenen Beschlusses im Sinne einer gewissen förmlichen Festhaltung des gefassten Beschlusses voraus. Nur dann ist den Gesellschaftern insbesondere der Lauf der Anfechtungsfrist zumutbar.²⁴

aa) Förmliche Festhaltung. Für die Frage, welche Anforderungen an die förmliche Festhaltung eines Beschlussergebnisses zu stellen sind, kommt es

21 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Anh. Rn. 3; MüKoGmbHG/Wertenbruch, § 47 Anh. Rn. 360.

22 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Anh. Rn. 3.

23 BGH NJW 1994, 520 (523).

24 BGH NJW-RR 2008, 706 (708); anders Michalski/Römermann, § 47 Anh. Rn. 57.

in den seltenen Fällen, in denen die Eintragung aufgrund von Mängeln des Eintragungsverfahrens wirkungslos bleibt (→ Rn. 41).¹²⁵

§ 55 Erhöhung des Stammkapitals

(1) Wird eine Erhöhung des Stammkapitals beschlossen, so bedarf es zur Übernahme jedes Geschäftsanteils an dem erhöhten Kapital einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers.

(2) ¹Zur Übernahme eines Geschäftsanteils können von der Gesellschaft die bisherigen Gesellschafter oder andere Personen, welche durch die Übernahme ihren Beitritt zu der Gesellschaft erklären, zugelassen werden. ²Im letzteren Falle sind außer dem Nennbetrag des Geschäftsanteils auch sonstige Leistungen, zu welchen der Beitretende nach dem Gesellschaftsvertrage verpflichtet sein soll, in der in Absatz 1 bezeichneten Urkunde ersichtlich zu machen.

(3) Wird von einem der Gesellschaft bereits angehörenden Gesellschafter ein Geschäftsanteil an dem erhöhten Kapital übernommen, so erwirbt derselbe einen weiteren Geschäftsanteil.

(4) Die Bestimmungen in § 5 Abs. 2 und 3 über die Nennbeträge der Geschäftsanteile sowie die Bestimmungen in § 19 Abs. 6 über die Verjährung des Anspruchs der Gesellschaft auf Leistung der Einlagen sind auch hinsichtlich der an dem erhöhten Kapital übernommenen Geschäftsanteile anzuwenden.

Schrifttum

Albrecht/Lange, Zur Fehlerhaftigkeit eines „Um-bis-zu-Kapitalerhöhungsbeschlusses“ ohne Durchführungsfrist, BB 2010, 142; *Fleck*, Schuldrechtliche Verpflichtungen einer GmbH im Entscheidungsbereich der Gesellschafter, ZGR 1988, 104; *Gerber/Pilz*, Die Barkapitalerhöhung um einen Rahmenbetrag bei der GmbH, GmbHR 2005, 1324; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz, NZI 2007, 692; *Heckschen*, Agio und Bezugsrechtsausschluss bei der GmbH, DStR 2001, 1437; *Holzmann/Eichstädt*, Die „Bis zu“-Kapitalerhöhung im System der Kapitalmaßnahmen des Aktiengesetzes, DStR 2010, 277; *Kühnel/Dietel*, „Anwachsung“ des Bezugsanspruchs aus einem Kapitalerhöhungsbeschluss bei Verzicht bzw. Nichtausübung eines GmbH-Gesellschafters?, NZG 2009, 15; *Müller*, Die Kapitalerhöhung in der Insolvenz, ZGR 2004, 842; *Priester*, Das gesetzliche Bezugsrecht bei der GmbH, DB 1980, 1925; *ders*, Pflicht zur Quotenwahrung als Pendant des Bezugsrechts bei der GmbH?, GmbHR 2005, 1013; *ders*, Emissions-Tranchen bei ordentlicher Kapitalerhöhung?, NZG 2010, 81; *Schneider*, Zahlungsausfall eines (Co-) Investors im Rahmen einer Venture Capital-Beteiligung, KSzW 2011, 397; *Sieger/Schulte*, Vereinbarungen über Satzungsänderungen, GmbHR 2002, 1050.

I. Normzweck	1	c) Statutarische Neben-	
II. Erhöhungsbeschluss	5	leistungspflichtigen, Vor-	
1. Gesellschafterbeschluss ...	5	zugsrechte	12
2. Inhalt	7	d) Fakultativer Inhalt	13
a) Erhöhungsbetrag	7	e) Sacheinlagen	14
b) Ausgabepreis	10	f) Anpassung der Sat-	
		zung	15

¹²⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Rn. 42; Scholz/Priester Rn. 74; so iErg auch Michalski/Hoffmann Rn. 51.

3. Zeitliche Aspekte	16	e) Bezugsrechtsausschluss	33
III. Durchführung	18	f) Verletzung des Bezugs-	
1. Übernahme	19	rechts	37
a) Übernahmevertrag	19	g) Zulassungsbeschluss ...	39
b) Übernahmefähigkeit ...	25	2. Einlagepflicht und -leis-	
c) Bezugsrecht und Zulas-		tung	41
sung	28	3. Anmeldung, Eintragung ..	43
d) Ausübung des Bezugs-		IV. Geschäftsanteile	44
rechts	29	V. Vorverträge	46

I. Normzweck

Im Gegensatz zum Aktienrecht, das die Kapitalerhöhung in den §§ 182 ff. 1 AktG regelungstechnisch verselbstständigt hat, behandelt das GmbHG die Kapitalerhöhung als **Unterfall der Satzungsänderung**.¹ § 55 regelt daher nur Teilaspekte der Kapitalerhöhung, insbes. in Bezug auf die Übernahme der neuen Geschäftsanteile u. die Form der Übernahmeerklärung (Abs. 1 u. 2) sowie die Bildung der neuen Geschäftsanteile (Abs. 3 u. 4). Daneben gelten die §§ 53, 54 unmittelbar.²

Gegenstand der Regelung in § 55 ist die **Kapitalerhöhung gegen Einlagen**. 2 Zweck dieser sog. effektiven Kapitalerhöhung ist die Zuführung neuen Eigenkapitals, entweder durch die Altgesellschafter oder durch Dritte, die als neue Gesellschafter aufgenommen werden sollen. Die Zuführung neuen Eigenkapitals kann in Form von Bar- oder Sachmitteln oder auch als sog. Mischeinlage (teilw. Bar- u. teilw. Sacheinlage) erfolgen, wobei für Sach- u. Mischeinlagen zusätzlich § 56 gilt. Als Sacheinlage kommt insbes. die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital in Betracht (→ § 56 Rn. 8 ff.). Zu unterscheiden ist die effektive von der nominellen Kapitalerhöhung nach den §§ 57 c ff., bei welcher kein neues Eigenkapital zugeführt wird, sondern lediglich Rücklagen der Gesellschaft durch Umwandlung in Stammkapital der Bindung der §§ 30, 31 unterworfen werden (→ § 57 c Rn. 3).

Durch das **MoMiG** ist für die GmbH die bisher nur für AG (vgl. §§ 202 ff. 3 AktG) vorgesehene Möglichkeit geschaffen worden, die Geschäftsführung zur Erhöhung des Stammkapitals gegen Einlagen zu ermächtigen (**genehmigtes Kapital**, § 55 a). Eine bedingte Kapitalerhöhung (vgl. §§ 192 ff. AktG) ist dem GmbHG dag unbekannt. § 55 selbst ist durch das MoMiG in der Verweisungsnorm des Abs. 4 an die Änderungen des § 5 angepasst worden. Daneben erfolgte eine terminologische Anpassung, indem der Begriff der Stammeinlage durch den des Nennbetrags des Geschäftsanteils ersetzt wurde.

Der **Ablauf** der Kapitalerhöhung lässt sich wie im Aktienrecht in die Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung u. deren Durchführung aufgliedern. An die **Beschlussfassung** (ggf. einschl. der Beschlussfassung über einen Bezugsrechtsausschluss u. die Zulassung der übernahmeberechtigten Personen) schließt sich die **Übernahme** der Geschäftsanteile durch die Übernehmer an, die durch Abschluss eines Übernahmevertrags mit der Gesellschaft erfolgt. Nach **Leistung der Einlagen** ist die Kapitalerhöhung zum Handelsregister anzumelden u. wird mit **Eintragung im Handelsregister** 4

1 Scholz/Priester Rn. 2; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 4.
2 Str. für § 54 I 2, vgl. § 57 Rn. 20.

wirksam. Erst mit Eintragung der Kapitalerhöhung entstehen die neuen Geschäftsanteile, u. zwar automatisch „in der Hand der Übernehmer“.³

II. Erhöhungsbeschluss

1. Gesellschafterbeschluss

- 5 Als Änderung der Stammkapitalziffer u. damit eines notwendigen Satzungsbestandteils fällt die Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung in die ausschließliche **Zuständigkeit der Gesellschafter**.⁴ Es gelten dieselben Form- u. Mehrheitserfordernisse wie für andere Satzungsänderungen, dh der Beschluss bedarf nach § 53 II notarieller Beurkundung u. – vorbehaltlich strengerer statutarischer Vorgaben – der Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen (→ § 53 Rn. 29 ff.). Eine Zustimmung sämtlicher Gesellschafter ist nach dem Gesetz nicht erforderlich (→ § 53 Rn. 41). Es besteht also grds. keine Pflicht der Gesellschafter, dem Kapitalerhöhungsbeschluss zuzustimmen. Ausn. können sich iRd Treuepflicht, im Sanierungsfall oder bei Bestehen eines Stimmbindungsvertrags ergeben.⁵ Dies schließt aber keinesfalls die Pflicht ein, sich durch Leistung weiterer Einlagen selbst an der Kapitalerhöhung zu beteiligen.⁶
- 6 Die Volleinzahlung des bisherigen Kapitals ist, anders als grds. im Aktienrecht (§ 182 IV AktG), nicht Voraussetzung für eine Kapitalerhöhung.⁷ Auch Verlustvorträge oder eine Unterbilanz stehen einer Kapitalerhöhung nicht entgg.⁸ Eine nominelle Kapitalerhöhung kann allerdings nur insoweit erfolgen, als die ausgewiesenen Rücklagen bestehende Verlustvorträge übersteigen (vgl. näher → § 57 d Rn. 7).

2. Inhalt

- 7 a) **Erhöhungsbetrag**. Wesentlicher Inhalt des Erhöhungsbeschlusses ist die Erhöhung der Stammkapitalziffer. Dabei ist es zulässig, entweder nur den Erhöhungsbetrag oder nur die erhöhte Stammkapitalziffer anzugeben.⁹ Während das Gesetz von der Erhöhung um einen **Festbetrag** ausgeht, ist die Zulässigkeit der Festlegung eines **Höchstbetrages** der Kapitalerhöhung (bzw. des erhöhten Stammkapitals) mit der Maßgabe, dass die Kapitalerhöhung in dem Umfang durchgeführt werden soll, in welchem neue Ge-

3 Scholz/Priester Rn. 120.

4 § 53 Rn. 25; zur Ermächtigung der Geschäftsführung beim genehmigten Kapital § 55 a Rn. 6 ff.

5 MüKoGmbHG/Lieder Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 6; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 17 a; s. dazu ausf. Nentwig, GmbHR 12, 664. Noch ungeklärt ist, inwieweit sich die BGH-Rspr. „Sanieren oder Ausscheiden“ (BGH NJW 10, 65) auf die GmbH übertragen lässt, dazu Priester, ZIP 10, 497.

6 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 17 a.

7 Scholz/Priester Rn. 15.

8 Roth/Altmeppen Rn. 11.

9 HM vgl. Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 10; aA Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 8, der sowohl die Angabe des Erhöhungsbetrags als auch der erhöhten Stammkapitalziffer für erforderlich hält. Die Angabe beider Beträge entspricht wohl üblicher Praxis u. ist jedenfalls zweckmäßig.

schäftsanteile übernommen werden, allg. anerkannt.¹⁰ Die Erhöhung um einen Maximalbetrag kann auch mit der Festlegung eines Mindestbetrags verbunden werden, dessen Nichterreichen zum Scheitern der Kapitalerhöhung führen soll.¹¹

Die Erhöhung um einen Höchstbetrag ist immer dann **zweckmäßig**, wenn bei der Beschlussfassung die Übernahme der neuen Geschäftsanteile nicht in vollem Umfang sichergestellt ist u. die Kapitalerhöhung auch bei nur teilw. Übernahme des Erhöhungsbetrages durchgeführt werden soll.¹² Die Anmeldung zum Handelsregister kann dann iH des tatsächlich übernommenen Stammkapitals vorgenommen werden, womit der Erhöhungsbetrag endgültig festgelegt wird.¹³ Ist dag ein Festbetrag angegeben, wird das Registergericht die Eintragung der Kapitalerhöhung im Fall des Unterschreitens dieses Festbetrages („Unterzeichnung“) ablehnen.¹⁴ Die Gesellschafter sind dann gezwungen, vor Anmeldung mit satzungsändernder Mehrheit einen notariellen Änderungsbeschluss zu fassen, mit welchem der Erhöhungsbetrag entspr. der tatsächlichen Übernahme abgesenkt wird.¹⁵

Unzulässig ist allerdings eine **stufenweise Ausschöpfung** derart, dass der Teil des Höchstbetrags, der nach Anmeldung der Kapitalerhöhung um den zunächst übernommenen Betrag verbleibt, für eine weitere Übernahme zur Verfügung steht.¹⁶ Damit würde faktisch ein genehmigtes Kapital geschaffen. Ist dies gewünscht, müssen die Gesellschafter nach § 55 a vorgehen. Mit derselben Begründung verlangt die hM (zu Unrecht), dass im Beschluss über die Erhöhung um einen Höchstbetrag eine **Frist** von höchstens 6 Monaten zur Anmeldung der Kapitalerhöhung festzulegen ist.¹⁷ Die Kapitalerhöhung ist jedoch stets unverzüglich durchzuführen.¹⁸

b) Ausgabepreis. Bei Einigkeit aller Gesellschafter ist eine Ausgabe zu jedem Ausgabepreis, der mindestens dem Nennbetrag der Geschäftsanteile entspricht (Verbot der Unterpariemission), zulässig. Etwas anderes gilt bei Uneinigkeit zwischen den Gesellschaftern. In diesem Fall dürfen neue Anteile nach hM einerseits nicht mit einem übermäßig hohen, neben der Ein-

10 RGZ 85, 205, 207; Scholz/Priester Rn. 19; Roth/Altmeyen Rn. 5; Ulmer Rn. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann Rn. 9; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 11; Lieder, ZGR 10, 868, 896.

11 Scholz/Priester Rn. 19; Ulmer Rn. 17.

12 Gerber/Pilz, GmbH R 05, 1324.

13 Ulmer Rn. 17.

14 RGZ 85, 205, 207; krit. Scholz/Priester Rn. 102, der darauf hinweist, dass bei Erhöhung um einen Festbetrag nicht zwangsläufig der Wille der Gesellschafter anzunehmen ist, dass die Kapitalerhöhung nur bei Erreichen des Festbetrags durchgeführt werden soll. Dies sei vielmehr Auslegungsfrage.

15 Scholz/Priester Rn. 102.

16 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 11; vgl. zum Aktienrecht OLG München NZG 09, 1274; zu dieser Entscheidung u. zur Möglichkeit eines Kapitalerhöhungsbeschlusses, der tranchierte Ausschöpfung vorsieht, Holzmann/Eichstädt, DStR 10, 277; gegen die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses Priester, NZG 10, 81, 86; differenzierend Nietsch, FS Schneider, 11, S. 873, 890 ff.

17 Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 9; Scholz/Priester Rn. 19; Ulmer Rn. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann Rn. 9; aA Gerber/Pilz, GmbH R 05, 1324, 1326; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 11; zum Aktienrecht Albrecht/Lange, BB 10, 142, 143.

18 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 11.

lage zu erbringenden **Aufgeld** (Agio) ausgegeben werden, da dies einzelne Gesellschafter faktisch an der Ausübung ihres Bezugsrechts hindern u. damit zu einem faktischen Bezugsrechtsausschluss (zum Bezugsrecht → Rn. 28 ff.) führen kann.¹⁹ Andererseits wird überwiegend zu Recht angenommen, dass auch eine Ausgabe von Geschäftsanteilen ohne ein angemessenes, den Wert der Anteile zutr. widerspiegelndes Aufgeld nur zulässig ist bei Zustimmung aller Gesellschafter oder wenn zumindest davon auszugehen ist, dass sich alle Gesellschafter *pro rata* an der Kapitalerhöhung beteiligen.²⁰ Andernfalls käme es, wenn nicht alle Gesellschafter an der Kapitalerhöhung teilnehmen, zu einer Vermögensumverteilung bezüglich der offenen u. verdeckten Reserven der Gesellschaft. Werden also im Zuge einer Kapitalerhöhung Dritte zur Übernahme neuer Geschäftsanteile zugelassen, sind diese mit Vollzug der Kapitalerhöhung auf Kosten solcher Gesellschafter, die an dieser Kapitalerhöhung nicht teilgenommen haben bereichert, wenn der gemeine Wert der neuen Geschäftsanteile die jeweils zu leistenden Einlagen übersteigt.²¹ Zwar wird man annehmen können, dass im üblichen Geschäftsverkehr unter fremden Dritten der für eine Schenkung notwendige objektive und subjektive Tatbestand einer „freigiebigen Zuwendung“ regelmäßig nicht erfüllt sein wird. Vermögensverschiebungen zwischen den Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft sind aber insbesondere dann erbschafts- bzw. schenkungssteuerlich relevant, wenn es sich bei den Gesellschaftern um Familienmitglieder (oder nahestehende Personen) handelt, bei denen das Korrektiv eines Fremdvergleiches von vornherein nicht vorhanden ist.²² Jedenfalls wird man bei einem auffallenden Missverhältnis zwischen dem Verkehrswert des neuen Geschäftsanteils und der vom Dritten zu leistenden Einlage nach der Lebenserfahrung davon ausgehen können, dass die Beteiligten dieses Missverhältnis kennen und insoweit ein (anderer) Grund für die damit zusammenhängende Vermögensverschiebung besteht.²³ Soweit eine solche lediglich ihren Rechtsgrund in einem abgekürzten Zahlungsweg im Zusammenhang eines Austauschverhältnisses besteht, dürfte dies steuerlich nicht relevant sein. Dagegen wäre eine solche Vermögensverschiebung dann relevant, wenn es sich dabei um eine verdeckte Tätigkeitsvergütung (etwa im Rahmen der Beteiligung von Geschäftsführern der Gesellschaft im Rahmen eines Management-Incentive Programms) handelt. IÜ kann die Ausgabe von Geschäftsanteilen gegen ein angemessenes Agio auch dann erforderlich sein, wenn das Bezugsrecht der Gesellschafter oder einzelner Gesellschafter nicht ausgeschlossen wird,

19 Scholz/*Priester* Rn. 27 u. 69. Hiergegen lässt sich freilich einwenden, dass die Anteile der Gesellschafter, die nicht an der Kapitalerhöhung teilnehmen, einen Wertzuwachs erfahren. Darauf weist auch *Heckschen*, DStR 01, 1437, 1442, hin, der ein übermäßiges hohes Agio nur dann für unzulässig hält, wenn die Gesellschafter wissen oder wissen müssen, dass einzelne Gesellschafter dieses nicht leisten können.

20 OLG Stuttgart GmbHR 00, 333, 335; Michalski/*Hermanns* Rn. 21; Scholz/*Priester* Rn. 27; *Ulmer* Rn. 25; Baumbach/*Hueck/Servatius* Rn. 13; tendenziell auch *Roth/Altmeyen* Rn. 24 f.; aA Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Zimmermann* Rn. 34.

21 BFH MittBayNor 2015, 523 (526).

22 Ausführlich: *Haag*, MittBayNor 2015, 529 mwN.

23 BFH MittBayNor 2015, 523 (526).

wenn dies einen mittelbaren Zwang zur Teilnahme an der Erhöhung erzeugen würde.²⁴

Ein angemessener Ausgabepreis kann dabei sowohl durch ein korporatives Agio als auch durch ein Agio auf schuldrechtlicher Basis erreicht werden.²⁵ Ein **korporatives Agio** in Form einer Nebenleistungspflicht iSv § 3 II bedarf der Aufnahme in den Kapitalerhöhungsbeschluss u. in die Übernahmeerklärung.²⁶ Für die Festsetzung im Erhöhungsbeschluss ist ausreichend, wenn der Betrag des Agios bestimmbar ist, zB durch Anknüpfung an eine aufzustellende Bilanz oder gem. Sachverständigengutachten.²⁷ **Schuldrechtliche Zuzahlungspflichten** unter den Gesellschaftern, insbes. ausdrücklich als freiwillige Zuzahlungen in die Kapitalrücklage iSv § 272 II Nr. 4 HGB bezeichnete Zahlungsverpflichtungen, bedürfen weder der Festlegung im Kapitalerhöhungsbeschluss noch der Aufnahme in die Übernahmeerklärung.²⁸ Soweit diesbezüglich – mit der Begründung, der wahre Grund für die Vereinbarung der Zuzahlung sei der Erhalt der neuen Anteile – teilw. von einem „versteckten Agio“ gesprochen wird, dessen Festlegung in den formbedürftigen Beschluss u. die ebenfalls formbedürftige Übernahmeerklärung aufzunehmen sei,²⁹ ist dem nicht zu folgen.³⁰ Die Zulässigkeit schuldrechtlicher Abreden über ein Aufgeld ist durch den BGH für die GmbH anerkannt³¹ u. – trotz §§ 188 II, 36 a AktG u. der Verwendungsbeschränkungen für ein echtes aktienrechtliches Agio durch § 150 AktG – selbst für die AG zu bejahen.³²

c) **Statutarische Nebenleistungspflichten, Vorzugsrechte.** Ebenso wie ein korporatives Agio bedürfen alle weiteren statutarischen Nebenleistungspflichten iSv § 3 II, die für die neuen Anteile gelten sollen u. nicht bereits in der Satzung geregelt sind, als Satzungsbestandteil der Aufnahme in den Erhöhungsbeschluss.³³ Gleiches gilt für etwaige mit den neuen Geschäftsanteilen verbundene Vorzugsrechte sowie den Übernehmern zustehende Sondervorteile.³⁴

d) **Fakultativer Inhalt.** Als fakultativer Beschlussinhalt kommen zB die Anzahl, Nennbeträge u. laufenden Nummern der neuen Geschäftsanteile, deren Übernehmer,³⁵ die Konditionen der Anteilsausgabe (etwa Höhe der zu leistenden Einzahlungen), Fristen für die Durchführung der Kapitalerhöhung sowie der Zeitpunkt, ab welchem die neuen Anteile gewinnberechtigt

24 OLG Stuttgart GmbHR 00, 333, 335.

25 BGH GmbHR 08, 147.

26 BGH NZG 08, 73, 74; Scholz/Priester Rn. 27.

27 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 13.

28 Michalski/Hermanns Rn. 21.

29 Heckschen, DStR 01, 1437, 1444.

30 Baumbach/Hueck/Fastrich § 3 Rn. 57, der den Parteiwillen auch dann für maßgeblich hält, „wenn objektiv gesehen eine gesellschaftliche Bindung näher liegend oder natürlicher gewesen wäre“.

31 BGH GmbHR 08, 147.

32 OLG München BB 06, 2711, 2713; Hüffer, AktG, § 54 Rn. 8.

33 Roth/Altmeppen Rn. 31.

34 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 14.

35 Als zweckmäßige Klarstellung, sofern die Zulassung dem Bezugsrecht entspricht, oder als mit dem Erhöhungsbeschluss verbundener Zulassungsbeschluss im Fall eines Bezugsrechtsausschlusses, vgl. hierzu Rn. 33 ff.

sind, in Betracht. Die Festsetzung von Anzahl u. Nennbeträgen der neuen Anteile kann auch den Geschäftsführern iRd Durchführung der Kapitalerhöhung überlassen werden.³⁶

- 14 e) **Sacheinlagen.** Soll eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen erfolgen, müssen ihr Gegenstand u. der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, im Erhöhungsbeschluss festgesetzt werden, § 56 I 1 (vgl. näher die Kommentierung dort).
- 15 f) **Anpassung der Satzung.** Neben dem Kapitalerhöhungsbeschluss ist ein zusätzlicher Beschluss über die Anpassung der Stammkapitalziffer **nicht erforderlich**.³⁷ Die Kapitalerhöhung ist im GmbH-Recht vielmehr Unterfall der Satzungsänderung (→ Rn. 1), so dass der Kapitalerhöhungsbeschluss die Stammkapitalziffer automatisch ändert.³⁸ Die erhöhte Stammkapitalziffer ist zwar in die nach § 54 I 2 mit der Handelsregisteranmeldung einzureichende Neufassung der Satzung aufzunehmen, jedoch handelt es sich hierbei lediglich um eine den Geschäftsführern obliegende redaktionelle Zusammenstellung des Vertragstexts.³⁹ Bei der Kapitalerhöhung einer mit Musterprotokoll (§ 2 Ia) gegründeten UG ist zu beachten, dass die Bestimmungen des Musterprotokolls im Zusammenhang mit der Errichtung der Gesellschaft stehen, so dass sie durch Austausch der Stammkapitalziffer widersprüchlich werden u. einer Anpassung bedürfen. Diese Anpassung ist nicht vom Kapitalerhöhungsbeschluss umfasst u. bedarf eines gesonderten Satzungsänderungsbeschlusses.⁴⁰

3. Zeitliche Aspekte

- 16 Ein Kapitalerhöhungsbeschluss kann wie jede Satzungsänderung bereits im **Gründungsstadium** der Gesellschaft gefasst werden, unterliegt dann jedoch dem Konsensprinzip.⁴¹ Nach hM ist es grds. auch zulässig, eine Kapitalerhöhung im **Liquidationsstadium** zu beschließen u. durchzuführen.⁴² In der Praxis ist es auch bereits vorgekommen, dass auf eine intendierte Kapitalerhöhung, also bereits vor Durchführung des Kapitalerhöhungsbeschlusses eine Leistung in Bezug auf die „künftige“ Kapitalerhöhung geleistet wurde. Einer solchen „verfrühten“ Leistung auf die (noch) nicht beschlossene Kapitalerhöhung kommt grundsätzlich keine Tilgungswirkung zu. Die Leistung ist insoweit rechtsgrundlos geleistet und kann allenfalls als Gesellschafterdarlehen gebucht werden für das die entwickelten Grundsätze einer verdeckten Sacheinlage (s. dort) gelten.⁴³ Ausnahmsweise kann eine Erfüllungswirkung im Rahmen einer Voreinzahlung dann angenommen werden,

36 *Ulmer* Rn. 26.

37 BGH NZG 08, 73, 74; Scholz/*Priester* Rn. 37; *Ulmer* Rn. 22. Dies gilt auch bei Erhöhung des Stammkapitals um einen Höchstbetrag, selbst wenn dieser nicht voll ausgeschöpft wird, vgl. *Gerber/Pilz*, GmbH R 05, 1324, 1329.

38 Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Zimmermann* Rn. 19.

39 Scholz/*Priester* § 54 Rn. 17.

40 OLG München BB 10, 2009 mit zust. Anm. *Wachter*.

41 *Roth/Altmeppen* Rn. 9; *Ulmer* Rn. 31; *Baumbach/Hueck/Servatius* Rn. 5; *MüKo-GmbHG/Lieder* Rn. 55.

42 *Lutter/Hommelhoff/Bayer* Rn. 30; Scholz/*Priester* Rn. 31; *Roth/Altmeppen* Rn. 10; *Ulmer* Rn. 32; *Baumbach/Hueck/Servatius* Rn. 5.

43 BGH, DB 2016, 762 mit Anm. *Seulen/Scharf*, DB 2016, 1126.

wenn der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung wertmäßig noch zur freien Verfügung der Gesellschaft stand,⁴⁴ eine entsprechende Zweckbestimmung im Hinblick auf die Erfüllung der Einlagenschuld vorgenommen wurde und die Leistung in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss stand. Ein solcher enger zeitlicher Zusammenhang ist jedoch nicht anzunehmen, wenn die Baranlage 2 1/2 Monate vor Beurkundung des Barkapitalerhöhungsbeschlusses geleistet wurde.⁴⁵

Wird nach Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses über das Vermögen der Gesellschaft das **Insolvenzverfahren** eröffnet, ist hins. der Bindung der Gesellschafter an die Erhöhung zu differenzieren. War die Kapitalerhöhung bei Verfahrenseröffnung bereits eingetragen, ist die Einforderung ausstehender Einlagen u. Aufgelder Sache des Insolvenzverwalters. Einen noch nicht angemeldeten Kapitalerhöhungsbeschluss darf der Insolvenzverwalter nicht zur Eintragung in das Handelsregister anmelden.⁴⁶ Ist der Beschluss bereits zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, kann das Registergericht trotz Verfahrenseröffnung die Kapitalerhöhung eintragen.⁴⁷ Nach der Rspr. können sich die Gesellschafter jedoch von der Kapitalerhöhung lösen, indem sie den Kapitalerhöhungsbeschluss mit einfacher Mehrheit aufheben u. die Geschäftsführung zur Rücknahme der Anmeldung anweisen.⁴⁸ Zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, die eine solche Aufhebung des Erhöhungsbeschlusses u. Anweisung an die Geschäftsführung nicht durchsetzen können, wird im Schrifttum auch die Auffassung vertreten, dass eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschlossene Kapitalerhöhung grds. nicht mehr (weiter) durchzuführen ist.⁴⁹ Dabei wird davon ausgegangen, dass der Erhöhungsbeschluss iZw auflösend durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bedingt sei⁵⁰ bzw. der Übernehmer die Möglichkeit habe, sich durch Gestaltungserklärung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage vom Übernahmevertrag zu lösen.⁵¹ Auch die Rspr. geht freilich davon aus, dass der Übernehmer den Übernahmevertrag aus wichtig Grund kündigen kann.⁵²

17

III. Durchführung

Mit Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist das Stammkapital noch nicht erhöht u. sind die neuen Geschäftsanteile noch nicht entstanden. Dies setzt vielmehr die Durchführung der Kapitalerhöhung voraus, also die

18

44 BGH NJW RR 1996, 1249.

45 OLG Oldenburg DB 2006, 777.

46 BayObLG DB 04, 1255; Scholz/Priester Rn. 91; aA Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 07, 692, 694, die darüber hinaus jede Lösungsmöglichkeit von einer vor Verfahrenseröffnung beschlossenen Kapitalerhöhung ablehnen.

47 Ulmer Rn. 33 mwN.

48 BGH ZIP 95, 28, 29; zust. Michalski/Hermanns Rn. 63; Scholz/Priester Rn. 36 u. 91; Ulmer Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann Rn. 25; eine solche Lösungsmöglichkeit abl. Müller, ZGR 04, 842, 851.

49 Roth/Altmeppen Rn. 10; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 5.

50 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 5.

51 Roth/Altmeppen Rn. 10.

52 BGH ZIP 95, 28, 29; OLG Hamm GmbHR 89, 162, 163.

Übernahme der neuen Geschäftsanteile, die Leistung der Einlagen u. die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister.

1. Übernahme

- 19 a) **Übernahmevertrag.** Die Übernahme (Zeichnung) der neuen Geschäftsanteile erfolgt durch Übernahmevertrag zwischen der Gesellschaft u. dem jeweiligen Übernehmer. Bei diesem Vertrag handelt es sich nicht um einen schuldrechtlichen Austauschvertrag, sondern um einen **mitgliederschaftlichen Vertrag**, auf dessen Grundlage der Übernehmer nach Durchführung der Kapitalerhöhung Gesellschafter wird bzw. seine Mitgliedschaft erweitert.⁵³
- 20 Der Übernahmevertrag unterliegt grds. nicht der Form des § 15 IV. Die **Übernahmeerklärung** des Übernehmers, die regelmäßig das Angebot zum Abschluss des Vertrags darstellt,⁵⁴ bedarf nach Abs. 1 lediglich der **notariellen Beglaubigung**. In der Praxis wird die Übernahmeerklärung jedoch häufig notariell beurkundet, u. zwar durch Aufnahme in den notariellen Kapitalerhöhungsbeschluss. Dies ist zulässig, sofern der Beschluss in der Form der §§ 8, 13 BeurkG (Beurkundung von Willenserklärungen) beurkundet wird; nicht ausreichend ist die Aufnahme in einen in Form eines Tatsachenprotokolls nach § 36 BeurkG beurkundeten Beschluss.⁵⁵ Die notarielle Beurkundung der Übernahmeerklärung kann aber dann erforderlich sein, wenn diese etwa im Zusammenhang mit der Erbringung von Sacheinlagen nach § 15 IV (Übertragung von Geschäftsanteilen, Einräumung von Optionsrechten an Geschäftsanteilen) oder § 311 b I BGB (Grundstückseinbringung) formbedürftige Gegenstände enthält.⁵⁶ Gleiches gilt, wenn iR einer Barkapitalerhöhung korporationsrechtlich eine solche Sachleistung als Leistung iSv § 272 II Nr. 1 HGB beschlossen wird. Das bleibt es bei dem Erfordernis der (bloßen) notariellen Beglaubigung, soweit die Sachleistung iSv § 272 II Nr. 4 HGB zu erbringen ist, da sich in diesem Fall die Übernahmeerklärung nicht auf die (bloß) schuldrechtliche Nebenleistung bezieht.

Analog § 2 II bedarf auch die **Vollmacht** zur Unterzeichnung des Übernahmevertrages durch Bevollmächtigte mindestens notarieller Beglaubigung.⁵⁷ **Notwendiger Inhalt** der Übernahmeerklärung sind neben dem Namen des Übernehmers u. der kapitalerhöhenden Gesellschaft der genaue Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteils (Abs. 2 S. 2) u. die in Bezug genommene Kapitalerhöhung, nicht das die in § 185 I AktG genannten Angaben (insbes. der Ausgabebetrag der Geschäftsanteile).⁵⁸ In der Übernahmeerklärung **neu beitretender Gesellschafter** sind zudem sonstige Leistungen, zu denen der Neugesellschafter aufgrund der Satzung verpflichtet sein

53 Baumbach/Hueck/*Servatius* Rn. 31.

54 Auch wenn der Übernehmer durch die Gesellschaft zur Übernahme zugelassen worden ist, liegt hierin idR noch kein bindendes Angebot zum Abschluss des Übernahmevertrags, vgl. Baumbach/Hueck/*Servatius* Rn. 34.

55 *Wicke* Rn. 12; Baumbach/Hueck/*Servatius* Rn. 32.

56 S. auch: Scholz/*Priester* Rn. 55, aA wohl: OLG Frankfurt NZG 15, 875 (Ls. 1) (rev KZR 24/15). Anders also etwa soweit Patente, Know-how etc iR von Sacheinlagen eingebracht u. übernommen werden.

57 Baumbach/Hueck/*Servatius* Rn. 32.

58 Scholz/*Priester* Rn. 79 f.

soll (Nebenleistungen nach § 3 II, insbes. ein korporatives Agio, u. Nachschusspflichten nach §§ 26 ff.), ersichtlich zu machen (Abs. 2 S. 2). Es genügt grds. die Bezugnahme auf die betr. Satzungsbestimmungen bzw. den Satzungsänderungsbeschluss.⁵⁹ Die Übernahmeerklärung ist grds. **bedingungsfeindlich**, allerdings kann eine **Bindungsfrist** als auflösende Bedingung aufgenommen werden,⁶⁰ mit deren Ablauf die Wirkung der Übernahmeerklärung entspr. § 158 II BGB entfällt.⁶¹

Die **Annahmeerklärung** der Gesellschaft ist formfrei möglich u. kann auch konkludent erfolgen, zB durch Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister.⁶² Werden die Übernahmeerklärungen zusammen mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss notariell beurkundet, so ist damit der Übernahmevertrag durch konkludente Annahme des Angebots zustande gekommen, einer separaten Annahmeerklärung bedarf es nicht mehr.⁶³ 21

Die Gesellschaft wird bei Abgabe der Annahmeerklärung durch die **Gesellschafterversammlung** vertreten, jedoch ist eine Ermächtigung Dritter (zB eines Geschäftsführers oder Prokuristen) durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit zulässig.⁶⁴ In der Zulassung bestimmter Übernehmer liegt idR eine solche Ermächtigung der Geschäftsführung zum Abschluss des Übernahmevertrags mit den bezeichneten Personen.⁶⁵ Wegen der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung zur Vertretung der Gesellschaft bei Abschluss des Übernahmevertrages ist nach hM § 181 BGB betroffen, wenn Geschäftsanteile durch vorhandene Gesellschafter übernommen werden.⁶⁶ Daraus folgt, dass der übernehmende Gesellschafter nicht bei der Annahme der eigenen Übernahmeerklärung durch die Gesellschafterversammlung mitwirken u. auch keine Ermächtigung (zB iR eines Zulassungsbeschlusses) zum Vertragsschluss mit sich selbst erteilen kann. Die hM behilft sich damit, dass sie in der mehrgliedrigen Gesellschaft von Vertretungsmacht der übrigen Gesellschafter ausgeht⁶⁷ u. in der Einmann-GmbH die Anwendbarkeit von § 181 BGB im Wege teleologischer Reduktion verneint.⁶⁸ 22

Aus dem Übernahmevertrag folgt für den **Übernehmer** die Verpflichtung zur Leistung der Einlage. Diese Pflicht steht unter dem Vorbehalt des Wirksamwerdens der Kapitalerhöhung durch Eintragung im Handelsregister, die Einlageforderung ist jedoch bereits vor Eintragung iH der Mindesteinlage (hierzu → Rn. 42) fällig u. durchsetzbar.⁶⁹ Scheitert die Kapitalerhöhung oder wird der angemessene Zeitraum für eine Bindung des Übernehmers überschritten, kann der Übernehmer sich nach den Grundsätzen 23

59 RG JW 1912, 920 f.; Scholz/Priester Rn. 87.

60 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 33.

61 BGH NJW 99, 1252, 1253; 11, 2675, 2676 f.

62 Roth/Altmeyen Rn. 13.

63 BGH WM 66, 1262, 1263.

64 Ulmer Rn. 77.

65 BGHZ 49, 117, 120; Scholz/Priester Rn. 95.

66 Scholz/Priester Rn. 76; Roth/Altmeyen Rn. 16; Ulmer Rn. 78; aA Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 35.

67 Michalski/Hermanns Rn. 87; Scholz/Priester Rn. 76; Ulmer Rn. 78 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann Rn. 41.

68 LG Berlin ZIP 85, 1491, 1492; Scholz/Priester Rn. 77.

69 Ulmer Rn. 81.

des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vom Übernahmevertrag lösen.⁷⁰ Bereits geleistete Einlagen kann er zurückfordern. Ob die Einlagen vor Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister als Eigen- oder Fremdkapital zu behandeln sind, ist str.⁷¹ Zur Auswirkung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Übernahmevertrag u. die Einlagepflicht → Rn. 17.

- 24 Die **Gesellschaft** ist aufgrund des Übernahmevertrags ggü. den Übernehmern verpflichtet, für eine zügige u. ordnungsgemäße Durchführung der Kapitalerhöhung zu sorgen.⁷² Die Gesellschafter bleiben allerdings befugt, den Kapitalerhöhungsbeschluss wieder aufzuheben, woraus folgt, dass die Übernehmer keinen Erfüllungsanspruch auf Verschaffung der übernommenen Geschäftsanteile haben.⁷³ Die Gesellschaft kann sich im Fall schuldhaften Handelns jedoch schadensersatzpflichtig machen.⁷⁴
- 25 b) **Übernahmefähigkeit.** Als Übernehmer kommen sowohl die bisherigen Gesellschafter als auch Dritte in Betracht (vgl. Abs. 2 S. 1). Übernahmefähig ist grds. jede natürliche oder juristische Person.⁷⁵ Auch Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), Gesellschaften bürgerlichen Rechts, nicht-rechtsfähige Vereine u. Vor-GmbHs können sich an einer Kapitalerhöhung beteiligen u. neue Geschäftsanteile übernehmen.⁷⁶
- 26 **Minderjährige** werden bei der Übernahme durch ihre **gesetzlichen Vertreter** vertreten. § 181 BGB steht nach hM dem Abschluss des Übernahmevertrags auch dann nicht entgg, wenn die gesetzlichen Vertreter Gesellschafter sind⁷⁷ oder ebenfalls neue Geschäftsanteile übernehmen.⁷⁸ Ein Erfordernis **familien- bzw. vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung** folgt zwar nicht aus §§ 1643 I, 1822 Nr. 3 BGB (Erwerb eines Erwerbsgeschäfts bzw. Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts), kann sich aber aus §§ 1643 I, 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) ergeben.⁷⁹ Hierfür soll das Risiko zukünftiger Haftung aus §§ 24, 31 (aufgrund künftiger Kapitalerhöhungen) nicht ausreichen, wohl aber das Risiko einer solchen Haftung aufgrund nicht vollinbezahlter bestehender oder iRd gegenwärtigen Kapitalerhöhung ausgegebener Geschäftsanteile.⁸⁰ Darüber hinaus soll wegen der drohenden Differenzhaftung im Fall der Überwertung von Sacheinlagen (§ 56 II iVm § 9) eine gerichtliche Genehmigung

70 BGH NZG 15, 1396, 1397: Rücktrittsrecht nach § 313 III BGB.

71 Vgl. die Nachweise bei Scholz/Priester Rn. 99 Fn. 5, der solange von einer Behandlung als Eigenkapital ausgeht, wie von einer Eintragung ausgegangen werden kann.

72 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 38.

73 BGHZ 140, 258, 260; Ulmer Rn. 80; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 38.

74 BGH NZG 15, 1396, 1399; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 38.

75 Scholz/Priester Rn. 104.

76 Ulmer Rn. 58 f.

77 Insoweit geht die hM davon aus, dass die Gesellschaft bei Abschluss des Übernahmevertrags durch die übrigen Gesellschafter vertreten wird, vgl. Rn. 22. Auch nach hM bedarf es jedoch der Bestellung eines Ergänzungspflegers, vgl. Michalski/Hermans Rn. 77; Scholz/Priester Rn. 106 (wenn gesetzliche Vertreter Alleingesellschafter sind).

78 Dies folgt daraus, dass Übernahmeverträge jeweils zwischen der Gesellschaft u. den einzelnen Übernehmern geschlossen werden, nicht jedoch zwischen den Übernehmern.

79 Scholz/Priester Rn. 107; Ulmer Rn. 56 f.

80 BGHZ 107, 23, 25 ff.

immer dann erforderlich sein, wenn andere Übernehmer iRd Kapitalerhöhung Sacheinlagen erbringen.⁸¹

Anders als bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (vgl. § 57 c I) kann die **Gesellschaft selbst** bei einer effektiven Kapitalerhöhung keine Geschäftsanteile übernehmen. Inwieweit dies auch für von der Gesellschaft **abhängige Unternehmen** gilt, ist nicht abschließend geklärt. Nach hM scheidet für abhängige (§ 17 AktG) u. im Mehrheitsbesitz stehende (§ 16 I AktG) Unternehmen eine Teilnahme an der Kapitalerhöhung entspr. § 56 II AktG aus.⁸² Da dieses Verbot auf dem Gedanken beruht, dass die Gesellschaft bei Übernahme von Geschäftsanteilen durch eine Tochtergesellschaft die Einlage im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Tochter wirtschaftlich selbst übernehmen würde, wird teilw. zu Recht vorgeschlagen, das Verbot auf Fälle zu beschränken, in denen die Abhängigkeit auf kapitalmäßiger Beteiligung beruht.⁸³ Die maßgebliche Beteiligungsquote ist wiederum umstritten.⁸⁴

c) **Bezugsrecht und Zulassung.** Das GmbHG kennt im Gegensatz zum AktG (§ 186 AktG) kein gesetzliches Bezugsrecht der Gesellschafter. Hier von ausgehend ist nach herkömmlicher, früher einhellig vertretener, heute aber in die Minderheit geratener Auffassung⁸⁵ stets ein Zulassungsbeschluss erforderlich, aus dem sich die Personen der Übernehmer ergeben. Aus der Ablehnung eines gesetzlichen Bezugsrechts folgt auch nach herkömmlicher Auffassung jedoch nicht, dass die Gesellschafter in der Wahl der Übernehmer frei sind. Ein rechtliches Interesse der Gesellschafter an der Beibehaltung ihrer Beteiligungsquoten wird vielmehr ausdrücklich anerkannt u. der Zulassungsbeschluss engen Schranken durch das Gleichbehandlungsgebot u. die gesellschaftliche Treuepflicht unterworfen.⁸⁶ Wenngleich der Wortlaut des Abs. 2 die herkömmliche Auffassung nahelegt, wird ein ungeschriebenes gesetzliches Bezugsrecht der Gesellschafter entspr. § 186 AktG durch die heute hM anerkannt.⁸⁷ Dem ist aus Gründen des effizienteren Schutzes der (Minderheits-)Gesellschafter⁸⁸ zuzustimmen. Jeder Gesellschafter hat daher einen Anspruch darauf, im Verhältnis seiner bisherigen Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft einen Anteil am Erhöhungsbetrag zu übernehmen. Sollen die vorhandenen Gesellschafter die neuen Geschäftsanteile ihrem Bezugsrecht entspr. übernehmen, ist ein gesonderter Zulassungsbeschluss nicht erforderlich; aus Gründen der Klar-

81 Scholz/Priester Rn. 108.

82 Ulmer Rn. 63; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 19.

83 So Scholz/Priester Rn. 111 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann Rn. 28; aA Ulmer Rn. 63; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 19.

84 Für 50 %: Scholz/Priester Rn. 112; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann Rn. 28. Mehr als 25 % fordert Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 34 sowie § 33 Rn. 41. Jede Beteiligung genügen lässt Michalski/Hermanns Rn. 82.

85 So heute va noch Ulmer Rn. 45 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann Rn. 26; ähnl Roth/Altmeppen Rn. 23 ff.

86 Näher Ulmer Rn. 51 f.

87 GrdG. Priester, DB 80, 1925. Weiter Michalski/Hermanns Rn. 39; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 17; Scholz/Priester Rn. 42 ff.; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 20. Auch der BGH geht wohl von einem ungeschriebenen gesetzlichen Bezugsrecht der Gesellschafter aus, vgl. BGH NZG 05, 551.

88 Hierzu Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 20.

stellung ist die Angabe der Übernehmer im Erhöhungsbeschluss jedoch zu empfehlen.⁸⁹

- 29 d) **Ausübung des Bezugsrechts.** Die Gesellschafter üben ihr Bezugsrecht durch Abgabe der Übernahmeerklärung (→ Rn. 20) in der Form des Abs. 1 aus. Die Abgabe der Erklärung hat innerhalb einer angemessenen Frist zu erfolgen, die auch durch die Gesellschaft, regelmäßig im Kapitalerhöhungsbeschluss, festgesetzt werden kann. Die festgesetzte Frist sollte entspr. § 186 I 2 AktG mindestens zwei Wochen betragen.⁹⁰ Mit Fristablauf erlischt das Bezugsrecht, was jedoch die Zulassung des betr. Gesellschafters zur Übernahme selbstverständlich nicht ausschließt.⁹¹
- 30 Das Bezugsrecht kann für jeden Geschäftsanteil gesondert ausgeübt werden.⁹² Nach zutr. Ansicht ist auch eine **teilw. Ausübung** des Bezugsrechts (in Bezug auf einen Geschäftsanteil) zulässig, sofern dies nicht im Einzelfall als treuwidrig erscheint.⁹³ Der BGH hat das entschieden, dass in der personalistischen GmbH keine Pflicht der Gesellschaftermehrheit bestehe, Gesellschaftern in Abweichung von ihrer bisherigen Beteiligungsquote ein Bezugsrecht für eine kleinere Beteiligung einzuräumen.⁹⁴ Diese Auffassung erscheint jedenfalls unter Geltung des MoMiG schwer aufrechtzuerhalten zu sein: Hält ein Gesellschafter, zB aufgrund einer nunmehr zulässigen Vorratsteilung, eine Vielzahl an Ein-Euro-Anteilen, kann er durch Ausübung des „vollen“ Bezugsrechts aus nur einem Teil dieser Geschäftsanteile eine partielle Bezugsrechtsausübung im Hinblick auf seine Gesamtbeteiligung erreichen. Hält der Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil, kann kaum etwas anderes gelten (vgl. auch → § 58 a Rn. 30).
- 31 Haben nicht alle Gesellschafter ihr Bezugsrecht (vollständig) innerhalb der bemessenen Frist ausgeübt, steht der verbleibende Erhöhungsbetrag den Gesellschaftern, die ihr Bezugsrecht (vollständig) ausgeübt haben, im Verhältnis ihrer Beteiligung an der Gesellschaft untereinander in einer „**zweiten Runde**“ zu.⁹⁵ Für diese kann eine kürzere Frist als für die „erste Runde“ gesetzt werden.
- 32 Verbleibt auch danach ein **unausgenutzter Rest**, so ist zu unterscheiden: Ist die Erhöhung um einen Höchstbetrag beschlossen worden, ist die Kapitalerhöhung im Umfang der Ausübung des Bezugsrechts weiter durchzuführen. Im Fall der Erhöhung um einen Festbetrag müssen die Gesellschafter beschließen, ob u. wie die Kapitalerhöhung weiter durchgeführt werden soll. In Betracht kommen die Fassung eines **Anpassungsbeschlusses**, durch

89 Scholz/Priester Rn. 41.

90 Abw. OLG Bremen GmbHR 10, 1152, 1153 f., das im Einzelfall die Regelung, die Ausübung des Bezugsrechts auf den Tag des Erhöhungsbeschlusses zu beschränken, für zulässig hält.

91 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 23.

92 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 21.

93 Eingehend Priester, GmbHR 05, 1013; ebenso Scholz/Priester Rn. 48; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 19; ähnl Ulmer Rn. 50; aA Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 21.

94 BGH NZG 05, 551, 552 f.; ähnl Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 21.

95 Scholz/Priester Rn. 51; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 24. Eine automatische Anwartschaft abl. Kühne/Dietel, NZG 09, 15, 16. Nach Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 43 entscheiden die Gesellschafter, wie die Restbeträge zu verteilen sind.

den der Erhöhungsbetrag entspr. ausgeübter Bezugsrechte abgesenkt wird, oder eines **Zulassungsbeschlusses**, auf dessen Grundlage der unausgenutzte Restbetrag Dritten zur Übernahme angeboten wird.⁹⁶ Wird ein entspr. Beschluss nicht gefasst u. ist die Vorgehensweise auch nicht bereits im Vorfeld beschlossen worden, ist die Kapitalerhöhung gescheitert.

e) **Bezugsrechtsausschluss**. Da das GmbHG kein gesetzliches Bezugsrecht der Gesellschafter vorsieht, fehlen auch Regelungen zu dessen Ausschluss. Dass das Bezugsrecht seine Grenzen in überwiegenden Belangen der Gesellschaft findet u. daher grds. ausgeschlossen werden kann, steht außer Frage.⁹⁷ Als Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht sind an einen Bezugsrechtsausschluss jedoch strenge formelle u. materielle Anforderungen zu stellen; aufgrund der regelmäßig personalistischen Struktur der GmbH tendenziell sogar strengere als im Aktienrecht.

Soll das Bezugsrecht der Gesellschafter ausgeschlossen werden, sind folgende **formelle Anforderungen** zu beachten:

- Der Bezugsrechtsausschluss muss im Kapitalerhöhungsbeschluss erfolgen (§ 186 III 1 AktG analog).⁹⁸
- Daraus folgt, dass für den Bezugsrechtsausschluss die Form- u. Mehrheitserfordernisse des Kapitalerhöhungsbeschlusses gelten.⁹⁹
- Der geplante Bezugsrechtsausschluss ist ausdrücklich zur Tagesordnung anzukündigen (§ 51 II).¹⁰⁰
- Die Gesellschafter sind über Grund u. Notwendigkeit des Bezugsrechtsausschlusses, die Person, die zur Übernahme der Geschäftsanteile zugelassen werden soll, u. den Ausgabepreis ausreichend zu informieren.¹⁰¹ Ob analog § 186 IV AktG ein schriftlicher Bericht vorgelegt werden muss, ist umstritten.¹⁰² Der Praxis ist zu empfehlen, den Bezugsrechtsausschluss möglichst schriftlich umfassend zu begründen.

96 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 24.

97 Statt aller Scholz/Priester Rn. 54.

98 Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 25.

99 Nach Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 25 soll neben der Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen analog § 186 III AktG auch Dreiviertel-Kapitalmehrheit erforderlich sein. Dag überzeugend Scholz/Priester Rn. 61; ebenso Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 21.

100 Scholz/Priester Rn. 61; Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 25.

101 Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 21.

102 So Baumbach/Hueck/Servatius Rn. 25; Heckschen, DStR 01, 1437, 1440; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 21. Abl. Scholz/Priester Rn. 61 a, der vom konkreten Informationsbedürfnis der Gesellschafter ausgehend eine schriftliche Begründung desto eher für erforderlich hält, je größer der jeweilige Eingriff ist.

- 35 Der Bezugsrechtsausschluss unterliegt zudem folgenden **materiellen Schranken**:¹⁰³
- Zunächst muss ein **Sachgrund** für den Ausschluss des Bezugsrechts vorliegen, dh der Ausschluss muss einen Zweck verfolgen, der im Gesellschaftsinteresse¹⁰⁴ liegt.
 - Der Bezugsrechtsausschluss muss zudem zur Erreichung des verfolgten Zwecks **erforderlich** sein, es dürfen also keine anderen, das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter schonenderen Mittel in Betracht kommen.
 - Zuletzt muss der Bezugsrechtsausschluss **verhältnismäßig** sein, dh der Nachteil der Gesellschafter darf nicht außer Verhältnis zum Vorteil der Gesellschaft stehen.
- 36 Ein geeigneter Sachgrund kann insbes. vorliegen, wenn eine **Sacheinlage** durch einen bestimmten Übernehmer erbracht werden soll. Den Ausschluss des Bezugsrechts rechtfertigt dies jedoch nur dann, wenn dieser auch erforderlich u. angemessen ist, etwa weil die Gesellschaft den Gegenstand der Sacheinlage nach vernünftigen kaufmännischen Überlegungen dringend benötigt u. nicht durch Kauf erwerben kann.¹⁰⁵ Die Einbringung („**Umwandlung**“) von Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Sacheinlage (zB iR eines sog. „debt-equity-swap“ durch Abtretung der Forderung an die Gesellschaft oder durch Erlassvertrag) rechtfertigt dag einen Bezugsrechtsausschluss grds. nicht.¹⁰⁶ Etwas anderes kann in Sanierungsfällen gelten, da eine **Sanierung** der Gesellschaft stets in deren Interesse liegt, oder wenn einlagebereite Gesellschafter nicht vorhanden sind (dann sollte in der Praxis auf das Bezugsrecht verzichtet werden). Die Aufnahme eines neuen Mehrheitsgesellschafters zu Sanierungszwecken kann daher einen Bezugsrechtsausschluss rechtfertigen.¹⁰⁷ Ebenfalls als Sachgrund anzuerkennen sind **Kooperationsinteressen** der Gesellschaft (die zB durch Anteilstausch verwirklicht werden sollen) oder von einem Neugesellschafter zu erbringende besondere **zusätzliche Leistungen** wie die Einbringung von Know-how oder geschäftlichen Beziehungen.¹⁰⁸ In allen Fällen sind jedoch die Interessen der Gesellschaft im Einzelfall mit den Interessen der Gesellschafter an der Wahrung ihrer Beteiligungsquoten unter den Gesichtspunkten der

103 Zu dieser Systematisierung Baumbach/Hueck/*Servatius* Rn. 26; ähnl *Lutter/Hommelhoff/Bayer* Rn. 22 („erforderlich, dafür geeignet und angemessen“) u. *Scholz/Priester* Rn. 54 („erforderlich und verhältnismäßig“).

104 Zum Aktienrecht BGHZ 136, 133, 140 – Siemens/Nold II („wohl verstandenen Interesse der Gesellschaft“); 71, 40 – Kali+Salz; 83, 319 – Philipp Holzmann; 125, 239 – Deutsche Bank.

105 Baumbach/Hueck/*Servatius* Rn. 27.

106 *Scholz/Priester* Rn. 58, der zutr. darauf hinweist, dass in diesem Fall einlagebereite (Mit-) Gesellschafter grds. die Wahrung ihrer Beteiligungsquote verlangen können, notfalls durch eine zusätzlich zu beschließende Barkapitalerhöhung. Ob der von *Priester* daneben vorgeschlagene Weg einer einzigen Barkapitalerhöhung mit anschließender Rückführung der Verbindlichkeiten unter Kapitalaufbringungsge-sichtspunkten (verdeckte Sacheinlage) stets gangbar ist, darf allerdings bezweifelt werden. S. zum Bezugsrecht der Gesellschafter iR eines „debt-equity-swap“ im Insolvenzplanverfahren nach ESUG ausf. *Simon/Merkelbach*, NZG 12, 121, 125 ff.

107 *Lutter/Hommelhoff/Bayer* Rn. 22; *Nentwig*, GmbHR 12, 664, 668.

108 *Scholz/Priester* Rn. 58.