

**Grundzüge des Kapitalgesellschaftsrecht**  
Skript zur Schwerpunktvorlesung

Universität des Saarlandes  
Prof. Dr. Dimitrios Linardatos  
Stand: März 2026

## § 1 Einführung

Als Gesellschaft werden vertragliche Zusammenschlüsse mehrerer<sup>1</sup> Personen zu einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung bezeichnet.<sup>2</sup> Das Gesellschaftsrecht ist dementsprechend das Recht der **privatrechtlichen Zweckverbände** und kooperativen Vertragsverhältnisse.<sup>3</sup> Fehlt es an einem Vertrag, so scheidet eine Gesellschaft aus (so etwa bei der Erbengemeinschaft).

Die Anforderungen an den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages sind zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften unterschiedlich. Rechtsprechung und Literatur stellen bei Personengesellschaften in der Regel nicht allzu hohe Anforderungen an das Zustandekommen des Gesellschaftsvertrages. So kann der Vertrag einer Personengesellschaft durchaus konkludent zustande kommen – vor allem bei einer Innengesellschaft.<sup>4</sup> Das Verhalten der Parteien muss freilich gemäß §§ 145 ff. BGB<sup>5</sup> – insbesondere bei einer Außengesellschaft – nach objektivem Empfängerhorizont den Schluss auf einen Rechtsbindungswillen<sup>6</sup> dahin gehend erlauben, dass sich die Parteien den Regeln eines *Organisations-*, also nicht bloß eines Schuldvertrages<sup>7</sup> unterwerfen wollen.<sup>8</sup> Denn das dadurch anwendbare Gesellschaftsrecht regelt kraft gesetzlicher Vorschriften, die teils nicht dispositiv sind, wie die Gesellschafter untereinander, im Verhältnis zur Gesellschaft und zu den Organen usw. organisiert sind. Geregelt werden etwa die Kompetenzen, Befugnisse, und Pflichten der Organe, die (Vermögens-)Rechte der Mitglieder usw. Die dabei bestehenden organisationsrechtlichen Förderungs- und Interessenwahrungspflichten der Gesellschafter haben in ihrer Schutzrichtung nicht nur die anderen Gesellschaftsvertragsparteien im Blick, sondern begünstigen auch die Gesellschaft – bzw. bei Körperschaften die Verbandsperson – als solche.<sup>9</sup> Dementsprechend geht das entstehende Rechte- und Pflichtenprogramm des Gesellschaftsrechts deutlich über die (Summe der) partizipierenden Individualinteressen hinaus.

Der ab dem 1.1.2024 geltende § 705 Abs. 2 BGB macht nun deutlicher als zuvor, dass eine rechtsfähige Außengesellschaft nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter auf die Teilnahme am Rechtsverkehr gerichtet sein muss, während die nicht rechtsfähige Innengesellschaft auch der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Gesellschaftern untereinander dienen kann. Inwieweit das Entstehen einer Personengesellschaften durch schlüssiges Verhalten von der Ent-

---

<sup>1</sup> Dies ist die Regel, allerdings sind auch Einpersonen-Gesellschaften möglich, vgl. § 1 GmbHG, § 2 AktG.

<sup>2</sup> Bitter/Heim, GesR, § 1 Rn. 4.

<sup>3</sup> Bitter/Heim, GesR, § 1 Rn. 1; näher Karsten Schmidt, GesR, § 1 I 1.

<sup>4</sup> **Beispiele:** BGH NZG 2016, 547 (Ehegatten-Innengesellschaft); OLG Brandenburg BeckRS 2016, 07579 (Ehegatten-Innengesellschaft); OLG München BeckRS 2012, 03817 (Verpächtergesellschaft); LG Detmold NJW 2015, 3176 (Abiturjahrgang).

<sup>5</sup> Zur Anwendbarkeit der §§ 145 ff. BGB s. nur: BeckOK BGB/Schöne, § 705 Rn. 33; MüKoBGB/C. Schäfer, § 705 Rn. 26.

<sup>6</sup> BeckOGK/Geibel, BGB § 705 Rn. 59.

<sup>7</sup> Soergel/Hadding/Kießling, § 705 Rn. 43; Wiedemann ZGR 1996, 286, 288 ff.

<sup>8</sup> Vgl. schon Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten, S. 425.

<sup>9</sup> Weller, Die Vertragstreue, S. 200 mwN.

scheidungspraxis akzeptiert wird, muss sich in Zukunft zeigen. § 705 Abs. 3 BGB knüpft die Vermutung einer rechtsfähigen Außen-GbR immerhin erst an die Verwendung eines Unternehmensnamens im Rechtsverkehr an. In diesen Fällen dürfte ein Rechtsbindungswille der Parteien iSd § 705 Abs. 2 BGB in der Tat außer Frage stehen bzw. vermutet werden dürfen.

Anders ist die Sachlage bei den Kapitalgesellschaften. Diese können nie bloß durch schlüssiges Verhalten entstehen, schon deswegen nicht, weil für die Gesellschaftserrichtung der Gesellschaftsvertrag (§ 2 Abs. 1 GmbHG) bzw. die Satzung (§ 23 Abs. 1 S. 1 AktG) **notariell beurkundet** werden muss. Darüber hinaus existiert in der Regel ein feststehendes **Gründungsverfahren**, bei dem gewisse Formalitäten einzuhalten sind und das in eine Eintragung ins Handelsregister mündet (§ 11 Abs. 1 GmbHG, §§ 38, 41 AktG). Kapitalgesellschaften können also, anders als BGB-Innengesellschaften, nie Spontangesellschaften sein.

## I. Grundlagen und Begriffe

Der **Begriff der Kapitalgesellschaften** wird im Gesetz nur ausnahmsweise verwendet, etwa in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG. Neben den dort genannten „deutschen“ Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA) zählt beispielsweise auch die durch Art. 10 SE-VO der nationalen AG gleichgestellt Europäische AG (SE) zu den verschmelzungsfähigen Kapitalgesellschaften. Auch etwaige „Mischformen“ wie etwa die GmbH & Co. KGaA können als Kapitalgesellschaften qualifizieren. Die mit dem MoMiG in § 5a GmbHG eingeführte Unternehmergesellschaft – UG (haftungsbeschränkt) – ist lediglich eine Variante der GmbH und somit ebenfalls eine Kapitalgesellschaft.

Kapitalgesellschaften sind **Körperschaften** und **juristische Personen**. Bei der Körperschaft handelt sich um eine **Verbandsform**, bei der nicht die individuellen Gesellschafter im Mittelpunkt des gesellschaftlichen Lebens stehen, sondern die Mitglieder gegenüber der Verbandsperson „verabsolutiert“ sind.<sup>10</sup> Kennzeichnend ist die sog. körperschaftliche Verfassung, die bedeutet, dass eine auf eine Satzung beruhende Ordnung mit besonderen Organen besteht. Weitere charakteristische Merkmale einer Körperschaft sind das Prinzip der Fremdorganschaft, das Mehrheitsprinzip sowie der Ausschluss der persönlichen Haftung.

Das Kriterium *Kapitalgesellschaft* erklärt sich daraus, dass diese Gesellschaften mit einem **Mindestmaß an Kapital** ausgestattet werden müssen, das bei der GmbH als „Stammkapital“ und bei AG, KGaA und SE als „Grundkapital“ bekannt ist und besonderen Aufbringungs- und Erhaltungsregeln unterliegt. Hintergrund dieser Kapitalanforderungen ist, dass die juristische Person alle Rechten und Pflichten trägt, mithin im Rechtsverkehr für Verbindlichkeiten unmittelbar selbst haftet. Die Anteilseigner (Gesellschafter) haften hingegen ebenso wenig wie die Geschäftsleiter.<sup>11</sup> Folglich hat das (Eigen-)Kapital eine **Haftungsfunktion** und dient dem **Gläubigerschutz**.<sup>12</sup> Es

---

<sup>10</sup> Koch, GesR, Vor § 26.

<sup>11</sup> „Geschäftsleiter“ ist ein Oberbegriff für Leitungsorgane wie dem Vorstand (AG) oder der Geschäftsführung (GmbH). Er wird etwa in § 25c KWG verwendet und ist dann sinnvoll, wenn klar gemacht sein soll, dass sich ein Tatbestand nicht nur auf eine bestimmte Gesellschaftsform bezieht.

<sup>12</sup> BGHZ 51, 157, 162 = NJW 1969, 840, 841.

stellt sicher, dass die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten tilgen kann. Darüber hinaus verhindert das Eigenkapital, dass schon kleinere Misserfolge zur Überschuldung einer Gesellschaft, somit zu einem Insolvenzantragsgrund (vgl. § 19 InsO) und zu einem (weitgehenden) Forderungsausfall der Gläubiger führen (**Eigenkapital als Verlustpuffer**).<sup>13</sup> Die Haftungsfunktion des Eigenkapitals zeigt sich im Insolvenzfall deutlich: Das Schuldnervermögen (= Unternehmensvermögen) steht zunächst zur Befriedigung der Massegläubiger zur Verfügung (§§ 53 ff. InsO), sodann wird es an die (normalen) Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) verteilt, und sollte dann noch verteilbare Masse vorhanden sein, werden die nachrangigen Insolvenzgläubiger bedient (§ 39 InsO); für die **Anteilseigner** bleibt gemäß § 199 InsO als „doppelt nachrangige Insolvenzgläubiger“<sup>14</sup> erst dann etwas übrig, wenn – praktisch selten – alle vorrangigen Gläubiger befriedigt wurden („Überschussverteilung an die Residualberechtigten“<sup>15</sup>).

Demnach ist unter **Eigenkapital im allgemeinen Sinne** der Wert des „Vermögens eines Unternehmens oder einer Gesellschaft nach Abzug aller Verbindlichkeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt“ zu verstehen.<sup>16</sup> Das so definierte Eigenkapital ist eine **variable Wertgröße**<sup>17</sup>, die sich durch etwaige Gewinne und Jahresfehlbeträge (Verluste) stetig verändert.

Vom so beschriebenen Eigenkapital ist das **Anfangseigenkapital** zu trennen, das für die Errichtung einer Gesellschaft oder für die Aufnahme von Geschäftsaktivitäten benötigt wird. Gemäß § 7 AktG ist bei der AG mindestens 50.000 EUR vorausgesetzt, bei der GmbH sind es gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG 25.000 EUR; die UG (haftungsbeschränkt) kann bereits mit einem Euro errichtet werden (§ 5a Abs. 1 GmbHG). Für besonders risikogeneigte oder stark fremdkapitalfinanzierte Geschäftsaktivitäten gelten abweichende Vorgaben: So muss als Anfangskapital bei einem CRR-Kreditinstitut ein Betrag im Gegenwert von mind. 5 Mio. EUR (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 lit. d KWG) zur Verfügung stehen, während eine Kapitalverwaltungsgesellschaft unter gewissen Umständen „schon“ mit 125.000 EUR loslegen kann (§ 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. b KAGB).

Vom Eigenkapital zu trennen ist das **Fremdkapital**, bei dem es sich um ein durch Schuldaufnahme finanziertes Kapital der Gesellschaft handelt, das lediglich auf Zeit zur Verfügung steht. Klassischer Fall ist das Bankdarlehen. In der Praxis bedeutsam sind aber auch Finanzinstrumente wie Inhaberschuldverschreibung. Das Fremdkapital ist Teil der Passivseite einer Bilanz, weil es sich hierbei um Gläubigeransprüche handelt.

Das Mindestkapital fungiert darüber hinaus für die Gesellschafter als „**Seriositätsschwelle**“,<sup>18</sup> die mittels der Gesellschaft einer wirtschaftlichen Unternehmung nachgehen können, für die sie ansonsten keine persönliche Haftung übernehmen müssen (überzeichnend kann man hinsichtlich einer unausgeglichenen Haftungsbeschränkung sagen: „Privatisierung der Gewinne, Sozialisierung der Verluste“).<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> Baums ZHR 175 (2011), 160, 164 f.

<sup>14</sup> Bitter ZGR 2010, 147, 191.

<sup>15</sup> K. Schmidt InsO/Jungmann InsO § 199 Rn. 2.

<sup>16</sup> Statt aller Baums ZHR 175 (2011), 160, 162.

<sup>17</sup> Siehe nochmals Baums ZHR 175 (2011), 160, 162.

<sup>18</sup> Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 16/6140, S. 31; BGH NZG 2012, 989, 991; Guntermann, Zusammenspiel von Mindestkapital und Haftungsbeschränkung, S. 249–266.

<sup>19</sup> Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 1 Rn. 12.

Bei dem Mindestkapital einer Kapitalgesellschaft handelt es sich zunächst einmal um das **Eigenkapital** in Form des „**gezeichneten Kapitals**“ (vgl. §§ 266 Abs. 3, 272 HGB), also um jenes Kapital, das in Form einer Einlagenleistung entsteht. Wie im Übrigen die Kapitalausstattung beschaffen ist, ist den Gesellschaftern freigestellt. Über das gezeichnete Kapital hinaus werden idR Kapital- und Gewinnrücklagen gebildet, die ebenfalls als Passivseite der Handelsbilanz das Eigenkapital bilden. Auch etwaige Aufschläge auf die nominelle Einlage (sog. *Agio*<sup>20</sup>) werden in die Kapitalrücklage gestellt.

Dieses Eigenkapital der Kapitalgesellschaften wird – abhängig von der Rechtsform im Detail unterschiedlich streng – mit einer **Vermögensbindung** ausgestattet.<sup>21</sup> Der Zweck dieser Vermögensbindung besteht vor allem darin, eine Verschiebung des *Gesellschafts*vermögens in das private *Gesellschafter*vermögen zu verhindern.<sup>22</sup> Insbesondere soll die Gesellschaft auch bei aktuell gesunder Finanzlage befähigt bleiben, etwaige künftige Verluste auffangen zu können (Vorsorgefunktion).

Die Kapitalgesellschaft ist stets mit der **Haftungsbeschränkung** zugunsten der Gesellschafter zu denken. Mit dieser Haftungsbeschränkung verbunden ist die **Ausschaltung der Risikoaversion** von Investoren, wodurch die Bereitstellung von Kapital und die Zusammenführung von Geld- und Humankapital gefördert wird.<sup>23</sup> Das Ziel ist es also, Unternehmertum zu fördern, indem die Möglichkeit zur persönlichen Inanspruchnahme weitestgehend ausgeschaltet wird. Damit der redliche Rechtsverkehr vor missbräuchlichem „Pseudoundernehmertum“ und vor etwaigen Forderungsausfällen in einem vernünftigen Maße geschützt ist, muss die Haftungsbeschränkung durch die Aufbringung des Mindestkapitals „erkauft“ werden. Freilich kennt das Kapitalgesellschaftsrecht keinen Schutz vor unsachgemäßes und unkluges Wirtschaften, und ein Stammkapital von 25.000 EUR gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG oder 50.000 EUR gemäß § 7 AktG ist heutzutage im Unternehmensverkehr eine ziemlich bescheidene Kaufkraft, und letztlich auch als Haftungsmasse recht schnell aufgebraucht.<sup>24</sup> Deswegen kennt das Recht noch weitere Schutzinstrumentarien: etwa die Pflicht, einen Eröffnungsantrag gemäß § 15a InsO zu stellen; das Verbot, Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung vorzunehmen (§ 15b InsO); oder besondere Eigenmittelanforderungen bei liquiditätssensiblen Geschäftsaktivitäten wie etwa im Finanzsektor (vgl. Art. 26 ff. CRR) etc.

Stammkapital (GmbH) und Grundkapital (AG) haben auch eine rechtstechnische Funktion:<sup>25</sup> Es wird in **Geschäftsanteile** (GmbH) und **Aktien** (AG) zerlegt und nach dem so bestimmten Verhältnis der einem Gesellschafter zustehenden Anteile am Stamm- bzw. Grundkapital wird das

---

<sup>20</sup> Dazu näher später.

<sup>21</sup> Näher dazu unten § 3 VI. (zur AG), § 4 V. (zur GmbH).

<sup>22</sup> Baums ZHR 175 (2011), 160, 165.

<sup>23</sup> Vgl. bereits Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten, S. 21, u.a. mit Bezug auf Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung, S. 159 f.; Easterbrook/Fischel 52 U. Chi. L. Rev. 89 (1985), 89, 93 ff.; Guntermann, Zusammenspiel von Mindestkapital und Haftungsbeschränkung, S. 38 ff., 61.

<sup>24</sup> Um ein entsprechendes Seriositätssignal zu entsenden, starten deswegen Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter ein großes Vertrauen in den Erfolg des Unternehmens haben, mit einem weitaus höheren Risikobeitrag.

<sup>25</sup> Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 1 Rn. 24.

**Stimmgewicht** bei Beschlussfassungen,<sup>26</sup> der **Anteil am Gewinn**<sup>27</sup> sowie bei der Beendigung der Gesellschaft der **Anteil am Liquiditätserlös**<sup>28</sup> festgestellt.

Das Recht, für die eigene Unternehmung eine Gesellschaft zu gründen, fußt auf der aus Art. 9 Abs. 1 GG folgenden Gründungsfreiheit. Diese Freiheit ist nicht schrankenlos gewährt. Im Gesellschaftsrecht gilt der *numerus clausus* der Gesellschaftsformen,<sup>29</sup> auch **Typenzwang** genannt. Danach sind die zur Verfügung stehenden Gesellschaftstypen kraft Gesetzes abschließend bestimmt. Folglich können die Gründungsgesellschafter keine neuen Gesellschaftsformen privatrechtlich „erfinden“; sie müssen sich also für ihre Zwecke der gesetzlich vorgesehenen Typen bedienen. Zwischen diesen verfügbaren Gesellschaftsformen können sie allerdings – grundsätzlich<sup>30</sup> – frei wählen. Möglich sind auch Mischformen (s. oben schon die GmbH & Co. KGaA, vgl. aber auch die GmbH & Co. KG).

Im Gesellschaftsrecht von zentraler Bedeutung ist die **Mitgliedschaft**, die eine „auf der Zugehörigkeit zu einem Verband beruhende Rechtsstellung einer Person“ meint.<sup>31</sup> Sie ist ein Rechtsverhältnis, aus dem sich subjektive Rechte und Pflichten des Mitglieds ergeben – die Teilhabe am Verband –, sie ist aber auch selbst ein subjektives Recht.<sup>32</sup> Sie kann somit Gegenstand von Verfügungen sein.<sup>33</sup>

**Erworben** wird die Mitgliedschaft durch Beteiligung am Gründungsvorgang (zB Zeichnung der Aktien), durch nachträglichen Beitritt (zB durch Zeichnung neuer Aktien) oder durch Rechtsnachfolge (zB Erbschaft). Ihr **Verlust** tritt mit Vollbeendigung des Verbandes, durch Austritt oder Ausschluss oder als Gegenstück zur Rechtsnachfolge (zB Rechtsgeschäft unter Lebenden) ein.

Die Mitgliedschaft begründet eine Sonderrechtsbeziehung zwischen (*i*) den Mitgliedern und dem Verband sowie (*ii*) zwischen den Mitgliedern untereinander. Hieraus leiten sich verschiedene Rücksichtnahme-, Treue- und Loyalitätspflichten ab.<sup>34</sup>

Aus der Mitgliedschaft folgen verschiedene Rechte, die funktional wie folgt unterteilt werden können: **Teilhaberechte** (inkl. Informationsrechte), **Schutzrechte** und **Vermögensrechte**. Diese Mitgliedschaftsrechte können von der Mitgliedschaft nicht getrennt werden (**Abspaltungsverbot**),<sup>35</sup> sie sind also nicht sonderrechtsfähig.<sup>36</sup>

---

<sup>26</sup> Vgl. § 47 Abs. 2 GmbHG oder § 134 Abs. 1 S. 1 AktG.

<sup>27</sup> Siehe § 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG oder § 60 Abs. 1 AktG.

<sup>28</sup> So gemäß § 72 GmbHG oder § 271 Abs. 2 AktG.

<sup>29</sup> C. Schäfer, GesR, § 3 Rn. 1.

<sup>30</sup> Vgl. zu den Einschränkungen bei den Personengesellschaften C. Schäfer, GesR, § 3 Rn. 2; Bitter/Heim, GesR, § 1 Rn. 7.

<sup>31</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 19 I. 1. b.

<sup>32</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 19 I. 3. a.

<sup>33</sup> Lehmann, Finanzinstrumente, S. 300; Karsten Schmidt, GesR, § 19 I. 3. a sowie IV. 2.

<sup>34</sup> Dazu näher später.

<sup>35</sup> Vgl. BGHZ 3, 354, 357; 20, 363, 364.

<sup>36</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 19 III. 4.

## II. Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften

Zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften bestehen erhebliche Unterschiede. Traditionell bestand ein Unterschied darin, dass Personengesellschaften – mit der GbR als Grundform – nicht unmittelbar selbst als Trägerinnen von Rechten und Pflichten angesehen wurden. Während die Körperschaft selbst Inhaberin des Gesellschaftsvermögens ist und selbst berechtigt und verpflichtet wird, sollte bei Personengesellschaften ein Sondervermögen der Gesellschafter bestehen, das ihnen „zur gesamten Hand“ (Gesamthandsvermögen) zustand, wodurch die Personengesellschaft schon mangels eigener Vermögensmasse nicht vollkommen verselbständigt sein könne. Nur eine sog. Teilrechtsfähigkeit wurde für Handelsgesellschaften anerkannt mit Blick auf § 124 HGB a.F. (seit 1.1.2024: § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB, § 105 Abs. 3 HGB). Ein Paradigmenwechsel im Personengesellschaftsrecht setzte erst durch das BGH-Urteil „ARGE Weißes Ross“ vom 29.1.2001 ein.<sup>37</sup> Dort erkannte der II. Zivilsenat an, dass die (Außen-)GbR eine *eigene* Rechtsfähigkeit hat, sie soweit unmittelbar selbst durch die Teilnahme am Rechtsverkehr Rechte und Pflichten begründet. Ab dem 1.1.2024 wird die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR explizit im Gesetz festgeschrieben sein. Seitdem sind die wesentlichen Unterschiede zwischen Körperschaften und Personengesellschaften die Folgenden:

– Bei den Körperschaften ist die **Haftung** gegenüber Dritten grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen **beschränkt** (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG). Es kann also lediglich die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet werden. Bei den Personengesellschaften haften hingegen neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen und unbeschränkt<sup>38</sup> für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Diese persönliche Haftung folgt direkt aus § 126 HGB und § 721 BGB.

– Weiterhin gilt bei Personengesellschaften der Grundsatz der **Selbstorganschaft**: Die Gesellschafter sind automatisch kraft ihrer Gesellschafterstellung die Organwalter der Gesellschaft; ein besonderer Beststellungsakt ist nicht erforderlich. Gleichzeitig bedeutet dies, dass allein Gesellschafter die Geschäftsführer sein können.<sup>39</sup> Überdies können sie ihre Organstellung nicht einseitig aufgeben, sofern kein wichtiger Grund vorliegt (vgl. § 116 Abs. 6 HGB). Hingegen gilt bei Körperschaften der Grundsatz der **Fremdorganschaft**, der schon aus der Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern folgt. Geschäftsführung und Vertretung werden dementsprechend durch besondere Organe (Vorstand, Aufsichtsrat, Geschäftsführer) wahrgenommen; die Gesellschafter sind also gerade nicht automatisch mit Geschäftsführungsaufgaben betraut. Freilich *können* Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt werden (vgl. zB § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG). Man spricht in dem Fall auch von Gesellschafter-Geschäftsführer.

---

<sup>37</sup> BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

<sup>38</sup> Mit Ausnahme des Kommanditisten in der KG, vgl. § 171 HGB.

<sup>39</sup> C. Schäfer, GesR, § 7 Rn. 1.

- Von der Grundidee her weisen Körperschaften und Personengesellschaften eine **unterschiedliche Struktur** auf: Während die Körperschaft in ihrem Grundtypus auf eine Vielzahl von Gesellschaftern ausgerichtet ist, ist die Personengesellschaft personalistisch strukturiert, indem dort von wenigen Gesellschaftern ausgegangen wird, die sich persönlich kennen. Diese Grundtypen sind heutzutage aber aufgebrochen: So kennen wir bei Körperschaften die Einpersonen-Gesellschaft (s.o.) und seit geraumer Zeit sind Publikumspersonengesellschaften<sup>40</sup> etabliert. Zudem ist auch die GmbH im Vergleich zur AG eher personalistisch geprägt.
- Grundsätzlich genügt bei **Körperschaften** ein **Mehrheitsbeschluss** (vgl. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB zum Verein), während bei Personengesellschaften nach dispositiver Regel die Beschlüsse einstimmig zu fassend sind (s. etwa § 714 BGB).
- Die **Auswechslung der Mitglieder** geschieht bei der Personengesellschaft durch eine Kombination aus Austritt und Eintritt – durch Zustimmung aller Vertragspartner oder durch Mehrheitsbeschluss –,<sup>41</sup> während sich bei Kapitalgesellschaften der Gesellschafterwechsel durch die Übertragung der Gesellschaftsanteile vollzieht.

## § 2 Der Verein

Der Verein ist die **Urform privatrechtlicher Körperschaften**<sup>42</sup> und damit auch die Grundform der Kapitalgesellschaften.<sup>43</sup> Bestehen im Recht der Kapitalgesellschaften planwidrige Regelungslücken (die prominenteste ist die Zurechnung nach § 31 BGB), so kann ergänzend auf das Vereinsrecht zurückgegriffen werden.<sup>44</sup> Deshalb sei er hier – obgleich eine nicht-kapitalistische Körperschaft – der Verein der Darstellung der Kapitalgesellschaften in Form einer kurzen Skizzierung vorangestellt.<sup>45</sup>

Ein Verein ist ein auf Dauer angelegter, körperschaftlich organisierter Zusammenschluss von Personen zu einem gemeinsamen Zweck. Er ist eine nicht-kapitalistische Körperschaft. Vereine existieren sehr zahlreich mit unterschiedlichen Tätigkeitsgebieten; besonders weit verbreitet sind sie in den Bereichen Sport und Kultur.

Der Verein wird auf Grundlage einer **Vereinssatzung** gegründet, sie ist also das **Gründungsstatut** des Vereins.<sup>46</sup> Die Satzung bestimmt gemäß § 25 BGB die innere Ordnung des Vereins – in den Worten des Gesetzes: Verfassung –, soweit diese nicht durch die §§ 26 ff. BGB vorgegeben

---

<sup>40</sup> BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318; BGHZ 102, 172 = DNotZ 1988, 509; OLG München BeckRS 2011, 13733.

<sup>41</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 1 Rn. 135.

<sup>42</sup> Bitter/Heim, GesR, § 2 Rn. 1.

<sup>43</sup> Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 1 Rn. 10.

<sup>44</sup> Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 1 Rn. 10.

<sup>45</sup> Treffend Koch, GesR, Vor § 26: Verständniskulisse für das auf den Verein aufbauende Kapitalgesellschaftsrecht.

<sup>46</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 7 Rn. 3.

ist. Sie ist der Auslegung zugänglich (§§ 133, 157 BGB).<sup>47</sup> Die inhaltlichen **Mindestanforderungen** an die Satzung werden in § 57 BGB geregelt (Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins enthalten sowie Eintragungsabsicht). In § 58 BGB ist demgegenüber der Soll-Inhalt niedergelegt.<sup>48</sup>

**Vertiefung:** Nach BGH NZG 2008, 38 kann unter engen Voraussetzungen, „wenn die Umlageerhebung für den Fortbestand des Vereins unabweisbar notwendig und dem einzelnen Mitglied unter Berücksichtigung seiner schutzwürdigen Belange zumutbar ist“, eine einmalige Umlage auch ohne satzungsmäßige Festlegung einer Obergrenze wirksam beschlossen werden. Das Vereinsmitglied, das diese Umlagenzahlung vermeiden will, hat dann ein Recht zum Austritt aus dem Verein, das es im Interesse des Vereins in angemessener Zeit ausüben hat. Im Übrigen muss über die reguläre Beitragsschuld hinausgehende Umlagepflicht bei einem Idealverein nicht nur eindeutig aus der Vereinssatzung hervorgehen, sondern es muss auch ihre Obergrenze der Höhe nach bestimmt oder zumindest objektiv bestimmbar sein.<sup>49</sup>

Der Vorstand hat gemäß § 59 Abs. 1 BGB den Verein zur Eintragung anzumelden. Dabei sind gemäß § 59 Abs. 2 BGB Abschriften der Satzung und der Urkunden über die Bestellung des Vorstands der Anmeldung zum Register beizufügen. Zulässig ist prinzipiell jeder **Vereinszweck**, der sich in den Grenzen des §§ 134, 138 BGB hält;<sup>50</sup> das folgt aus Art. 9 GG. Allerdings wird einem wirtschaftlichen Verein in der Regel die Rechtsfähigkeit nicht verliehen (vgl. § 22 BGB). Ein **wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb** liegt dabei vor, „wenn der Verein planmäßig, auf Dauer angelegt und nach außen gerichtet, dh über den vereinsinternen Bereich hinausgehend, eigenunternehmerische Tätigkeiten entfaltet, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen“.<sup>51</sup> Nicht eintragungshindernd ist es, wenn die wirtschaftliche Betätigung lediglich eine untergeordnete, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienende Betätigung im Rahmen des sog. **Nebenzweckprivilegs** bleibt.<sup>52</sup>

Nachgiebige, also dispositive Regelungen kennt das Vereinsrecht gemäß § 40 BGB. Es bestehen also trotz der prinzipiellen weiten Gestaltungsmöglichkeit im Vereinsrecht auch **Grenzen der Vereinsautonomie**, indem nur die in § 40 BGB enumerativ genannten vereinsrechtlichen Vorschriften satzungsdispositiv sind.

Wie jede juristische Person wird der Verein **in mehreren Etappen gegründet**: Erst erfolgt die Absprache, einen Verein zu gründen, dann wird die Satzung festgestellt und der Vorstand bestellt (idR durch die Mitgliederversammlung, vgl. § 27 Abs. 1 BGB), und schließlich veranlasst der Vorstand die Eintragung des Vereins. Im Verlauf entsteht nach Feststellung der Satzung und Wahl

---

<sup>47</sup> Näher Grunewald/Müller, GesR, § 7 Rn. 15 ff.

<sup>48</sup> Näher dazu Grunewald/Müller, GesR, § 7 Rn. 5 ff.

<sup>49</sup> BGH NZG 2008, 38, 39 (Tz. 11).

<sup>50</sup> Vgl. **Beispiel** OLG Frankfurt OLGZ 1981, 391 („Funktionärseliten“): „Bestimmung der Satzung eines Vereins, wonach die Anwesenheit von mindestens 50% seiner Mitglieder notwendig ist, um zum geschäftsführenden Vorstand andere Personen als den geschäftsführenden Vorstand eines anderen Vereins zu wählen, widerspricht Treu und Glauben“. Der betreffende Verein hatte ca. 4.500 Mitglieder, von denen etwa 2 % üblicherweise auf der Mitgliederversammlung anwesend waren.

<sup>51</sup> BGH NJW-RR 2018, 1376 Rn. 15 mwN.

<sup>52</sup> Vgl. BGHZ 85, 84, 93 – ADAC; siehe auch BGHZ 215, 69 = NJW 2017, 1943 Rn. 19 mwN.

des ersten Vorstandes ein **Vor-Verein**,<sup>53</sup> der selbst rechtsfähig ist. In diesem Stadium existiert eine Handelndenhaftung gemäß § 54 Abs. 2 BGB (bis 1.1.2024: § 54 S. 2 BGB aF). Die haftungsrechtlichen Fragestellungen bei entstehenden juristischen Personen rund um Vor-Gesellschaft und Handelndenhaftung werden besonders bei der Gründung einer GmbH virulent, mit Abstrichen auch bei der AG, so dass sie dort näher zu behandeln sind. Hier soll der Hinweis genügen, dass die an späterer Stelle angesprochenen Probleme nicht als Spezifikum der jeweiligen Gesellschaften verstanden werden dürfen, sondern für die Gründung einer Körperschaft stets typisch sind.

## I. Der Verein und seine Organe

Der rechtsfähige Verein ist eine juristische Person. Diese Person ist von den Mitgliedern des Vereins getrennt, die grundsätzlich für die Verbindlichkeiten des Vereins nicht haften (Ausnahme: Durchgriffshaftung<sup>54</sup>). Der Verein hat zwei Organe, nämlich den Vorstand und die Mitgliederversammlung.

### 1. Vorstand

Der Vorstand **vertritt** gemäß § 26 Abs. 1 S. 2 BGB **umfassend**<sup>55</sup> den Verein gerichtlich und außergerichtlich. Ihm obliegt zudem die Wahrnehmung der **Geschäftsführungsmaßnahmen**. Er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Wie § 26 Abs. 2 BGB deutlich macht, kann der Vorstand aus einer oder aus mehreren Personen bestehen. Gehören dem Vorstand mehrere Personen an, so findet eine Vertretung des Vereins durch die **Mehrheit** der Vorstandsmitglieder statt (§ 26 Abs. 2 S. 1 BGB); bei der Passivvertretung genügt die Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem Vorstandsmitglied (§ 26 Abs. 2 S. 2 BGB). Anderweitige Satzungsregelungen sind gemäß § 40 S. 1 BGB möglich. Im Innenverhältnis gilt ein Mehrheitserfordernis gemäß §§ 28, 32 Abs. 1 S. 3 BGB, sofern die Satzung nichts Abweichendes regelt.

Die **Bestellung** des Vorstands erfolgt durch Beschluss der Mitgliederversammlung (§ 27 Abs. 1 BGB). Neben dieser organschaftlichen Bestellung tritt ein Anstellungsverhältnis (Dienstvertrag) zwischen dem Vorstand und dem Verein bzw. bei unentgeltlicher Geschäftsführung greifen die Regeln des Auftragsrechts (§ 27 Abs. 3 BGB).

### 2. Mitgliederversammlung

Alle Mitglieder haben gemäß § 32 BGB das Recht, an der **Mitgliederversammlung** teilzunehmen und dort nach Maßgabe der §§ 32 ff. BGB ihr Stimmrecht auszuüben. Eine widerrufliche Stellvertretung bei der Stimmabgabe ist nach der Grundregel des § 164 BGB zulässig.<sup>56</sup> Abstimmungsvereinbarungen sind prinzipiell möglich. Bei der Stimmabgabe hat das Mitglied die Interessen des Vereins zu achten (**Treuepflicht**).

---

<sup>53</sup> BeckOK BGB/Schöpflin, BGB § 21 Rn. 126.

<sup>54</sup> Dazu Grunewald/Müller, GesR, § 7 Rn. 65.

<sup>55</sup> BGHZ 229, 299, 309 ff.: keine Einschränkung durch den Zweck der Körperschaft.

<sup>56</sup> Näher Grunewald/Müller, GesR, § 7 Rn. 47 f., auch zum Abspaltungsverbot.

Die Mitgliederversammlung ist das **Willensbildungsorgan** des Vereins. Sie ist zuständig für die Bestellung und Abberufung des Vereinsvorstands (§ 27 Abs. 1, 2 BGB) und kann diesem **Weisungen** erteilen (§§ 27 Abs. 3, 665 BGB). Im Bereich der Grundlagengeschäfte kann *nur* die Mitgliederversammlung entscheiden.<sup>57</sup> Zu den Aufgaben der Mitgliederversammlung gehören deswegen zB Satzungsänderungen (§ 33 BGB) oder die Vereinsauflösung (§ 41 BGB). Zwar obliegt die laufende Geschäftsführung dem Vorstand; nach § 32 Abs. 1 BGB besteht aber auch insoweit eine Auffangzuständigkeit der Mitgliederversammlung, von der im Rahmen des Weisungsrechts gegenüber dem Vorstand Gebrauch gemacht werden kann. Im Ergebnis ist deswegen von einer **Allzuständigkeit** der Mitgliederversammlung zu sprechen.<sup>58</sup>

Aus der § 32 BGB folgt vor dem beschriebenen Hintergrund konsequent, dass die Mitgliederversammlung ein **notwendiges Organ** ist. Sie besteht allerdings aus den jeweiligen Teilnehmern, also nicht aus der Gesamtheit der Vereinsmitglieder.<sup>59</sup>

Die Willensbildung erfolgt durch **Beschluss mit einfacher Mehrheit** der abgegebenen Stimmen (§ 32 Abs. 1 S. 1, 3 BGB). Eine Ausnahme gilt gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BGB für Satzungsänderungen und gemäß § 41 S. 2 BGB für einen Auflösungsbeschluss (jeweils  $\frac{3}{4}$  Mehrheit). Gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 BGB ist für etwaige Zweckänderungen die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich. Die **Ausführung** etwaiger **Beschlüsse** ist idR eine Geschäftsführungsmaßnahme, die dem Vorstand obliegt.

**Beschlussmängel** führen prinzipiell zur Nichtigkeit des Beschlusses. Beschlüsse der Mitgliederversammlung sind fehlerhaft, wenn zB das für die Beschlussfassung vorgesehene Verfahren nicht eingehalten wurde. Dieses richtet sich nach den Satzungsbestimmungen (vgl. § 58 Nr. 4 BGB). Auch ein Verstoß gegen Treuepflichten kann zur Fehlerhaftigkeit des Beschlusses führen. Weiterhin relevant werden kann, dass bei der Einberufung der Mitgliederversammlung entgegen § 32 Abs. 1 S. 2 BGB die Tagesordnung nicht ausreichend aussagekräftig benannt ist. Freilich wird die Bestimmung mit Verweis auf § 40 BGB als disponibel angesehen; das ist für sog. „Dringlichkeitsanträge“ relevant.

**Beispiel (nach BGH NJW 2008, 69):** Die Einberufung sah den Tagesordnungspunkt „Verkauf Clubhaus“ vor, während tatsächlich der Vorstand mit einem potenziellen Käufer bereits einen Vertrag ausgearbeitet hatte.

### **3. Haftung des Vorstands, Zurechnung und Repräsentantenhaftung**

Sowohl aus der organschaftlichen Bestellung als auch auf Grundlage des Anstellungsverhältnisses besteht die Pflicht des Vorstands, **ordnungsgemäß** und im Sinne des Vereinszwecks zu handeln. Insbesondere hat er öffentlich-rechtliche Pflichten (zB Steuerabgaben) ordnungsgemäß zu erfüllen. Eine Haftung des Vorstandsmitglieds (etwa aus § 27 Abs. 3 iVm §§ 664 ff., 280 BGB) kommt

---

<sup>57</sup> MüKoBGB/Leuschner, § 32 Rn. 5.

<sup>58</sup> MüKoBGB/Leuschner, § 32 Rn. 4.

<sup>59</sup> MüKoBGB/Leuschner, § 32 Rn. 1.

prinzipiell in Betracht, es ist jedoch die **Privilegierung nach § 31a BGB** zu beachten. Diese kann auch bei einer Außenhaftung in Form eines Freistellungsanspruchs bestehen (§ 31a Abs. 2 BGB). Weiterhin enthält das Vereinsrecht Regeln zur Haftung des Vereins für **Organverschulden**. Nach § 31 BGB haftet der Verein für den Schaden, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands sowie jeder sonstige verfassungsmäßig berufene Vertreter des Vereins einem Dritten durch eine „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ begangene Handlung zufügt. Zweck dieser Wendung ist es, privates Handeln von der Zurechnung auszuscheiden. Erforderlich ist deswegen ein sachlicher, also gerade nicht ein bloß zeitlicher und örtlicher Zusammenhang zwischen dem schädigenden Verhalten und dem Aufgabenkreis des Repräsentanten als Organ des Zurechnungsadressaten.<sup>60</sup> Eine Überschreitung des Auftrags, ein Missbrauch der Vollmacht schließen die Zurechnung hingegen nicht aus.

Von der Rechtsprechung wird § 31 BGB nicht bloß bei verfassungsmäßig berufenen Vertretern angewandt, sondern auch auf nicht-organschaftliche Repräsentanten. Diese Rechtsprechung ist vor allem außerhalb des Vereinsrechts entwickelt worden, gilt aber auch hier. Zugerechnet werden danach Personen, denen durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen des Vereins zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, sie mithin den Verein *repräsentieren* (sog. **Repräsentantenhaftung**).<sup>61</sup>

**Beispiele:** Filialleiter, Chef- oder Oberärzte etc.

§ 31 BGB gilt unabhängig davon, ob die Verletzung einer vorvertraglichen, vertraglichen oder deliktischen Pflicht im Raum steht. Es handelt sich bei § 31 BGB nicht um eine eigenständige Haftungsnorm, wie aus dem Wortlaut des § 31 BGB a.E. („zum Schadensersatz verpflichtende Handlung“) deutlich wird, sondern um eine reine **Zurechnungsvorschrift**.

#### **4. Beitritt, Austritt und Übertragung der Mitgliedschaft**

Ein **Beitritt** zum Verein erfolgt durch entsprechende Willenserklärung des Interessenten gegenüber den vertretungsberechtigten Personen des Vereins. Ein **Aufnahmezwang** kann in Ausnahmefällen ergeben. Dieser Zwang kann sich zum einen aus §§ 1, 18 AGG ergeben, zum anderen daraus, dass der betreffende Verein im wirtschaftlichen, sozialen oder politischen Bereich eine Machtstellung innehat.<sup>62</sup> Beispiele sind Gewerkschaften wie IG Metall.<sup>63</sup> In Ausnahmefällen können sogar Sportvereine eine entsprechende herausragende Bedeutung haben.<sup>64</sup> Im Übrigen kann § 20 Abs. 5 GWB von Bedeutung sein.

Gemäß § 39 Abs. 1 BGB ist jedes Mitglied zum **Austritt** aus dem Verein berechtigt. Die Satzung kann Bestimmungen zum Zeitpunkt enthalten (§ 39 Abs. 2 BGB). Da die Mitgliedschaft nach

---

<sup>60</sup> RGZ 162, 129, 169; BGHZ 49, 19, 21 = NJW 1968, 391, 392.

<sup>61</sup> Vgl. BGHZ 196, 340 = NJW 2013, 3366 Rn. 12 zur AG.

<sup>62</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 7 Rn. 86 mwN.

<sup>63</sup> Siehe dazu BGHZ 93, 151.

<sup>64</sup> Siehe BGHZ 140, 74.

§ 38 S. 1 BGB nicht übertragbar und nicht vererblich ist, scheidet ein Mitglied mit seinem Tod aus dem Verein aus, es sei denn, die Satzung enthält eine abweichende Regelung (§ 40 BGB).

Der **Ausschluss** eines Mitglieds setzt in seiner Person einen **wichtigen Grund** voraus. Näheres kann die Satzung regeln.

**Beispiel** (nach BGH NJW 1972, 1892): M ist Mitglied eines Taubenvereins. M fiel negativ dadurch auf, dass er bei Wettkämpfen unerlaubte Taubenringe verwendete und durch unzulässige Auswechslung der zum Einsatz gemeldeten Tauben mit anderen Tauben versucht hatte, die Registrierung der Flugzeiten zu manipulieren und damit die Wettkampfergebnisse zu seinen Gunsten zu verfälschen.

## 5. Auflösung und Beendigung

Der Verein wird durch Beschluss seiner Mitglieder (§ 41 BGB) oder im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 42 BGB) aufgelöst. Bei Auflösung durch Beschluss gelten die §§ 45 ff. BGB.

## II. Rechtsfähiger und nicht rechtsfähiger Verein

Wie aus den §§ 21, 54 BGB deutlich wird, ist der rechtsfähige Verein von dem nicht rechtsfähigen Verein<sup>65</sup> zu unterscheiden. Weiterhin wird zwischen wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Vereinen differenziert. Die Begriffspaare „rechtsfähig“ und „nicht rechtsfähig“ sind irreführend. Denn anerkannt ist, dass den „nicht rechtsfähigen“ Vereinen lediglich die Eigenschaft als *juristische Person* fehlt, während sie im Übrigen durchaus über eine Rechtsfähigkeit verfügen.<sup>66</sup> Schließlich verweist § 54 BGB auf das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die als Außen-GbR heutzutage nach gefestigter Auffassung eine eigene Rechtsfähigkeit hat.

### 1. Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein

Der rechtsfähige nichtwirtschaftliche Verein (**Idealverein**) wird gemäß § 56 BGB von mindestens sieben Gründungsmitgliedern durch eine Vereinssatzung (§ 25 BGB) errichtet und darf nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein. Seine Rechtsfähigkeit erlangt er – wie gesehen – durch **Eintragung** (§ 21 BGB) in das beim Amtsgericht geführte Vereinsregister iSd § 55 BGB; die Eintragung ist folglich **konstitutiv**. Der Verein führt den Zusatz „eingetragener Verein“, vgl. § 65 BGB.<sup>67</sup>

### 2. Der rechtsfähige wirtschaftliche Verein

Vom rechtsfähigen nicht wirtschaftlichen Verein ist die Vereinsklasse des wirtschaftlichen Vereins iSd § 22 BGB zu unterscheiden. Zwischen § 21 BGB und § 22 BGB besteht ein Alternativverhältnis.<sup>68</sup> Entscheidend für die Einordnung des Vereins ist nicht nur die Vereinssatzung, son-

---

<sup>65</sup> Seit dem 1.1.2024 spricht § 54 BGB vom Verein ohne Rechtspersönlichkeit.

<sup>66</sup> MüKoBGB/Leuschner, § 21 Rn. 111.

<sup>67</sup> Zulässig und in praxi üblicher ist „e.V.“.

<sup>68</sup> MüKoBGB/Leuschner, § 22 Rn. 1.

dem auch, in welcher Form er tatsächlich tätig wird. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist dabei zu verstehen als eine planmäßige, auf Dauer angelegte und nach außen gerichtet, das heißt über den vereinsinternen Bereich hinausgehende, eigenunternehmerische Tätigkeit, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielt.<sup>69</sup> Ein Verein kann allerdings auch dann ein nichtwirtschaftlicher Verein sein, wenn er zur Erreichung seiner ideellen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. **Nebenzweckprivileg**).<sup>70</sup> Dadurch kann die Abgrenzung zwischen den Vereinsklassen äußerst kompliziert sein. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der **steuerliche Gemeinnützigkeitsstatus** iSd §§ 51 ff. AO zwar nicht mit der Nichtwirtschaftlichkeit nach § 21 BGB gleichgesetzt werden kann, dass indes diesem Status eine **Indizwirkung** beikommt.<sup>71</sup>

Die Voraussetzungen beim rechtsfähigen wirtschaftlichen Verein zur Erlangung des Status als juristische Person sind andere als bei § 21 BGB. Erforderlich ist hier nämlich eine staatliche Verleihung (**Konzession**), die in praxi allerdings selten erteilt wird. Der Gedanke dahinter ist, dass aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen („**Handelsvereine**“)<sup>72</sup> zu verweisen sind, mithin die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern ist, soweit es sich nicht lediglich um eine untergeordnete, den ideellen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigung handelt.<sup>73</sup> Die Gläubigerschutzvorschriften wären ausgehöhlt, wenn rechtsfähige Wirtschaftsvereine beliebig gegründet werden könnten, bei denen die Haftung auf das Vereinsvermögen beschränkt ist, ohne dass zugleich Vorschriften für eine Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bestehen.<sup>74</sup>

### 3. Der „nicht rechtsfähige“ Verein

Bei einem Verein, der nicht nach § 21 BGB oder § 22 BGB den Status einer juristischen Person hat, sind gemäß § 54 BGB die Vorschriften über die Gesellschaft, also die §§ 705 ff. BGB anzuwenden. Diese Verweisnorm differenziert seit dem 1.1.2024 dahin gehend, dass für einen nicht wirtschaftlichen Verein, der nicht eingetragen ist, die §§ 24–53 BGB entsprechend anzuwenden sind (§ 54 Abs. 1 S. 1 BGB), während für einen Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 BGB die Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) entsprechend greifen. Diese Regelung entspricht der bisherigen Korrektur durch die Rechtsprechung, welche den harten § 54 BGB (zutreffend) als historisches Relikt aus den

---

<sup>69</sup> Siehe schon oben (Fn. 51).

<sup>70</sup> Siehe wiederum oben (Fn. 52).

<sup>71</sup> BGHZ 215, 69 = NJW 2017, 1943 Rn. 22 ff.

<sup>72</sup> Gemeint sind insbesondere AG, GmbH oder Genossenschaft, die so bezeichnet werden, weil es sich letztlich um Variationen des bürgerlich-rechtlichen Vereins handelt (vgl. MüKoBGB/Leuschner, § 21 Rn. 6), die allesamt Formkaufleute sind (vgl. § 6 Abs. 2 HGB iVm § 3 Abs. 1 AktG, § 13 Abs. 3 GmbHG, § 17 Abs. 2 GenG).

<sup>73</sup> Vgl. BGH NJW 2017, 1943 Rn. 31.

<sup>74</sup> Bitter/Heim, GesR, § 2 Rn. 10.

Zeiten der Sozialistenbekämpfung im Kaiserreich erkannte und insbesondere bei nicht wirtschaftlich tätige Personenzusammenschlüsse wie politische Parteien und Gewerkschaften für als unangemessen ansah.<sup>75</sup>

### § 3 Die Aktiengesellschaft (AG)

Am 29. November 1843 erschien im preußischen Gesetzblatt das „Gesetz über Aktiengesellschaften“ – die Geburtsstunde des deutschen Aktienrechts.<sup>76</sup> Es vereinheitlichte eine Rechtspraxis, die sich bereits unter dem „Code de Commerce“ von 1807 und dem „Allgemeinen Landrecht“ von 1794 gebildet hatte; das Aktienrecht ist also der Entstehung von Aktiengesellschaften nachgefolgt.<sup>77</sup> Die Entwicklung der Aktiengesellschaften hängt nicht nur eng mit dem Überseehandel zusammen, sondern auch mit der Entstehung von Bergwerken, Eisenbahngesellschaften und der Industrialisierung, weil in der Folge kapitalhungrige Großprojekte zur Regel wurden. Die Aktiengesellschaft förderte durch ihre Haftungsbeschränkung nicht nur den Geist des Unternehmers – das Risiko der Aktionäre ist auf den Wert ihrer Beteiligung beschränkt –, sondern sie fungierte auch als „**Kapitalsammelbecken**“. Darüber hinaus war sie für langfristig angelegte Unternehmensaktivitäten geeignet, indem sie eine Verselbständigung der Rechtsperson von den Anteilseignern ermöglichte. *Karsten Schmidt* sprach – wie immer bildlich treffend – im Zusammenhang mit der AG von einem Kind der Neuzeit, des Kolonialismus und der industriellen Revolution.<sup>78</sup>

Heutzutage ist die Bedeutung der AG – rein zahlenmäßig gesehen – im Vergleich zur GmbH geringer, was u.a. mit dem höheren Mindestkapital (50.000 EUR statt 25.000 EUR bei der GmbH), dem Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) und gemäß §§ 57, 62 AktG dem Grundsatz der strengen Kapitalbindung zu tun hat. Letzterer dient bei der ein breiteres Publikum ansprechenden AG sowohl den Gläubigerinteressen als auch dem Schutz der (Minderheits-)Aktionäre und somit der Mitgesellschafter.<sup>79</sup> Insbesondere Großunternehmen sind oft als AG organisiert, denen an der Börsenfähigkeit (und somit Verkehrsfähigkeit) der Anteile (Aktien) gelegen ist. Bei kleinen und mittleren Unternehmen ist hingegen die GmbH die beherrschende Kapitalgesellschaftsform; Einpersonen-AG oder Familien-AG sind die Ausnahme. Gleichwohl ist aus didaktischen Gründen mit der deutlich stärker regulierten Aktiengesellschaft zu beginnen; treffender als in den Worten von *Koch* lässt sich dies nicht begründen:

---

<sup>75</sup> Vgl. Bitter/Heim, GesR, § 2 Rn. 12.

<sup>76</sup> Für historische Hintergründe s. Fleckner, Antike Kapitalvereinigungen, 2010; P. Martin, Die Entstehung des preußischen Aktiengesetzes von 1843, Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte (1969), S. 499 ff.; C. Schäfer, GesR, § 38 Rn. 1.

<sup>77</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 26 II 1 a.

<sup>78</sup> Karsten Schmidt, GesR, aaO.

<sup>79</sup> Bitter ZHR 168 (2004), 302, 308 ff.; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, S. 395 ff. Die Kapitalbindung bei der GmbH ist hingegen monofunktional und dient dem Gläubigerschutz; vgl. Bitter ZHR 168 (2004), 302, 344, 351.

„Wer die Strukturelemente der ‚großen Schwester‘ Aktiengesellschaft verinnerlicht hat, dem wird es keine Schwierigkeiten mehr bereiten, auch die GmbH als ihr verschlanktes Gegenüber zu erfassen.“<sup>80</sup>

## I. Überblick über die Charakteristika der AG

Die AG ist eine **Körperschaft** und **juristische Person**; sie wird mithin unmittelbar selbst Trägerin von Rechten und Pflichten. Sie entsteht erst mit der Eintragung in das Handelsregister (vgl. § 41 Abs. 1 S. 1 AktG); es gilt insoweit also das System der Normativbestimmung mit Registerverfahren.<sup>81</sup>

Eine Haftung der Anteilseigner (Aktionäre) besteht bei der AG nicht. Die AG ist eine Kapitalgesellschaft, weil sie ein Garantiekapital aufweist, auf das die Mitgliedschaftsrechte bezogen sind. Gemäß § 3 Abs. 1 AktG iVm § 6 Abs. 2 HGB ist die AG zudem eine **Handelsgesellschaft**, selbst wenn sie kein Handelsgewerbe betreibt, und damit stets **Formkauffrau**. Sie kann grundsätzlich – in den allgemeinen gesetzlichen Grenzen – zu jedem Zweck gegründet werden.<sup>82</sup> Wesensmäßig ermöglicht sie **Publikumsgesellschaften**, weil sie die Organisation eines großen und wechselnden Personenkreises von Gesellschaftern erlaubt – u.a. durch formalisierte Willensbildungsprozesse, den Grundsatz der Fremdorganschaft, die Börsenfähigkeit der Gesellschaftsanteile sowie durch die Haftungsbeschränkung.<sup>83</sup>

Die AG kennt **drei** zentrale **Organe**: Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung.

Geleitet wird die Gesellschaft vom **Vorstand** gemäß § 76 AktG „unter eigener Verantwortung“; ihm obliegt nach § 77 AktG auch die Geschäftsführung (Innenverhältnis) und die Vertretung der AG im Rechtsverkehr gemäß § 78 AktG (Außenverhältnis). In die Zuständigkeit des **Aufsichtsrats** fällt u.a. die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder (§ 84 AktG) und die Überwachung der Geschäftsführung des Vorstands (§ 111 Abs. 1 AktG); darüber hinaus vertritt der Aufsichtsrat gemäß § 112 AktG die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich. Die **Hauptversammlung** hat grundsätzlich nur für jene Angelegenheiten die Zuständigkeit, die in Gesetz und Satzung bestimmt sind (vgl. § 119 Abs. 1 AktG); ihr steht also keine Allkompetenz zu. Daneben hat die Rechtsprechung wenige ungeschriebene Kompetenzen anerkannt (dazu später). Die gesetzlich vorgesehenen Kompetenzen betreffen idR sog. Grundlagengeschäfte.

Etwaiges **Organverschulden** wird analog § 31 BGB nach den Grundsätzen zugerechnet, die aus dem Vereinsrecht bekannt sind; hier spielt – stärker als im Vereinsrecht – auch die Repräsentanzzurechnung eine wichtige Rolle.

**Beispiel:** C ist Chefarzt im Krankenhaus der K-AG und behandelt einen Patienten fehlerhaft.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Koch, GesR, Vor § 26.

<sup>81</sup> Dazu etwa Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten, 2021, S. 525 ff.

<sup>82</sup> C. Schäfer, GesR, § 38 Rn. 2.

<sup>83</sup> C. Schäfer, GesR § 38 Rn. 2.

<sup>84</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1972, 334.

Das **Grundkapital** der AG muss sich gemäß §§ 6, 7 AktG auf mindestens **50.000 EUR** belaufen und ist **in Aktien zerlegt** (§ 1 Abs. 2 AktG). Das Grundkapital dient prinzipiell dem Gläubigerschutz und fungiert ein „Seriositätsschwelle“. Neben den Kapitalaufbringungsregeln kennt das Aktienrecht zudem Kapitalerhaltungsnormen, die neben dem Gläubigerschutz – wie schon oben erwähnt – den Schutz der (Minderheits-)Aktionäre bezwecken.

Der **Satzungssitz** der AG wird durch die Satzung bestimmt und muss gemäß § 5 AktG im Inland liegen. Hieran knüpft die Zuständigkeit des Registergerichts iSd § 14 AktG an. Vom Satzungssitz zu trennen ist der **Verwaltungssitz**, also der Ort, an dem die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden. Dieser kann auch im Ausland liegen.

Die **Firma** (= Name) der AG muss die Rechtsformbezeichnung „Aktiengesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung (AG) enthalten, § 4 AktG.

## II. Gründung der AG

Die AG wird in einem streng geregelten Verfahren gegründet, das aufwendiger ist als bei der GmbH, weshalb die **Neugründung einer AG in der Praxis eher selten** ist. Stattdessen wird häufiger der Formwechsel von einer GmbH in eine AG gemäß §§ 190 ff. UmwG betrieben – dies insbesondere, wenn das Unternehmen gewachsen ist und eine Börsennotierung angestrebt wird. Gründer kann jede natürliche oder juristische Person sein. Prinzipiell ist, in den allgemeinen Grenzen der §§ 134, 138 BGB, jeder legitime Zweck zulässig.

Chronologisch kann die Gründung einer AG in drei Phasen eingeteilt werden:<sup>85</sup> Vorgründungsstadium, Gründungsphase, Eintragungsverfahren.

### 1. Vorgründungsstadium

Die Gründer kommen überein, dass sie eine AG gründen wollen. In der Regel wird dabei ein schriftlicher Vorvertrag abgeschlossen, der inhaltlich auf die Verpflichtung der Beteiligten gerichtet ist, unter bestimmten Voraussetzungen gemäß § 23 AktG eine Satzung festzustellen.<sup>86</sup> Typischerweise wird sich auch zu diesem Zeitpunkt auf einen Satzungsentwurf geeinigt. In der Folge entsteht eine sog. **Vorgründungsgesellschaft**. Sie ist grundsätzlich als **GbR iSd §§ 705 ff. BGB** zu qualifizieren.<sup>87</sup>

### 2. Gründungsphase

Die folgende Gründungsphase beginnt mit der Feststellung der **Satzung** (= Gesellschaftsvertrag) durch **notarielle Beurkundung** (§§ 2, 23 Abs. 1 AktG). Die Anforderungen an die notarielle Urkunde sind in § 23 Abs. 2 AktG geregelt. Diejenigen Aktionäre, die die Satzung festgestellt haben, sind gemäß § 28 AktG die Gründer der Gesellschaft. Sie müssen gleichzeitig mit Feststellung der

---

<sup>85</sup> Vgl. C. Schäfer, GesR, § 39 Rn. 2 ff.; näher auch Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 13.

<sup>86</sup> MüKoAktG/Pentz AktG § 41 Rn. 13.

<sup>87</sup> MüKoAktG/Pentz, AktG § 41 Rn. 18.

Satzung (*uno actu*) sämtliche Aktien gegen Einlagen übernehmen (**Zeichnung**).<sup>88</sup> Dies zeigt sich in §§ 2, 23 Abs. 2 Nr. 2 AktG. Da Feststellung der Satzung und Übernahme der Aktien zwingend zusammenfallen, spricht man von einer Einheitsgründung. Mit der Übernahme der Aktien ist die Verpflichtung der Gründer zur Leistung der Einlagen verbunden. Durch Feststellung und Übernahme aller Aktien ist die AG gemäß § 29 AktG **errichtet**. Ausweislich des § 41 Abs. 1 S. 1 AktG existiert die AG ohne die Eintragung in das Handelsregister „als solche“ nicht; sie ist also noch nicht „fertig“. Vielmehr führt die Einheitsgründung zunächst zu einer Vorgesellschaft oder **Vor-AG**, die eine rechtsfähige **Gesellschaft eigener Art** ist.<sup>89</sup>

Diejenigen Personen, die vor Eintragung der AG im Namen der Gesellschaft<sup>90</sup> handeln, haften gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 AktG persönlich (**Handelndenhaftung**). Zu dem heute umstrittenen Regelungszweck dieser Handelndenhaftung zählt es, ein Handeln vor der Eintragung der AG zu „sanktionieren“<sup>91</sup> und den Geschäftsgegner vor dem Risiko zu bewahren, ohne einen Schuldner dazustehen.<sup>92</sup> Da ein Bedarf für eine Sicherungsfunktion seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Vor-AG nicht besteht, kann man § 41 Abs. 1 S. 2 AktG am ehesten noch eine Druckfunktion in dem Sinne zuerkennen, dass die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister möglichst bald bewirkt werden soll.<sup>93</sup>

Die Haftung des Handelnden erlischt mit Eintragung der AG, da ab diesem Zeitpunkt die Gesellschaft mit einem registerrechtlich geprüften Grundkapital zur Verfügung steht, mithin eine persönliche Organhaftung nicht mehr erforderlich ist.<sup>94</sup>

Die Gründer bestellen – notariell beurkundet – gemäß § 30 Abs. 1 AktG den **ersten Aufsichtsrat** der Gesellschaft und den Abschlussprüfer für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr. Der Aufsichtsrat bestellt anschließend den **ersten Vorstand** (§ 30 Abs. 4 AktG). Sodann leisten die Aktionäre die **Mindesteinlagen** gemäß §§ 36 Abs. 2, 36a AktG, da andernfalls eine Eintragung in das Handelsregister nicht möglich ist. Die (Bar-)Einlagen sind zwingend auf ein Konto der Gesellschaft einzuzahlen (§§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG).<sup>95</sup> Weiterhin ist von den Gründern ein schriftlicher Bericht über den Hergang der Gründung zu erstellen (**Gründungsbericht**, § 32 Abs. 1 AktG). Dieser ist Teil der von den Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats gemäß § 33 Abs. 1 AktG durchzuführenden Gründungsprüfung.

Gemäß § 36 Abs. 1 AktG ist die Gesellschaft bei dem Gericht von allen Gründern und Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats **zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden**.

---

<sup>88</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 13.

<sup>89</sup> MüKoAktG/Pentz, AktG § 41 Rn. 24.

<sup>90</sup> Handeln im Namen der Vor-AG reicht nach zutreffender Ansicht aus; vgl. Grigoleit/Vedder, AktG § 41 Rn. 38.

<sup>91</sup> RGZ 55, 302, 304. Gemeint ist eine zivilistische Sanktion, keine „Bestrafung“ im strafrechtlichen Sinne.

<sup>92</sup> RGZ 159, 33, 44.

<sup>93</sup> Skeptisch Koch AktG § 41 Rn. 19.

<sup>94</sup> BGHZ 69, 95 = NJW 1977, 1683 (zur Vor-GmbH & Co. KG).

<sup>95</sup> Zu den Sacheinlagen näher unten.

### 3. Eintragungsphase

Der Inhalt der Anmeldung ergibt sich aus § 37 AktG. Die Erklärungen der beteiligten Personen sind gemäß § 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG strafbewehrt. Das Gericht prüft gemäß § 38 AktG die ordnungsgemäße Errichtung und Anmeldung der Gesellschaft. Ist die Prüfung positiv, trägt das Gericht die AG mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt in das Handelsregister ein und macht die Eintragung bekannt (§ 39 AktG). Die AG ist durch diese **konstitutive Eintragung** „fertig“. Es findet ein **identitätswahrender Wechsel** von der Vor-AG zu der AG statt.

### III. Die Satzung der AG

Die Satzung der AG wird in § 2 AktG als Gesellschaftsvertrag bezeichnet.<sup>96</sup> Sie legt in den gesetzlich vorgegebenen Grenzen die innere Verfassung der AG fest. Der **Mindestinhalt** der Satzung ergibt sich aus § 23 Abs. 3, 4 AktG.

Ein prägendes Element im Aktienrecht ist der **Grundsatz der Satzungsstrenge**. Dieser ist in § 23 Abs. 5 AktG niedergelegt und besagt, dass in der Satzung von den Vorschriften des AktG nur abgewichen werden darf, wenn dies im Gesetz ausdrücklich zugelassen ist (S. 1); ergänzende Satzungsbestimmungen sind zudem nur zulässig, wenn das Gesetz keine abschließende Regelung enthält (S. 2). Ratio dieser strengen Regelung ist es, die **Verkehrsfähigkeit der Aktie** zu sichern und die Such- und Informationskosten der Investoren zu begrenzen.<sup>97</sup> Jeder (zukünftige) Aktionär kann sich aufgrund der Satzungsstrenge darauf verlassen, dass alle AG weitgehend gleich organisiert sind und dass die Satzung keine ungewöhnlichen Bestimmungen enthält; dies verwirklicht die **Kapitalsammelfunktion** der AG.<sup>98</sup> Die Aktie wird durch § 23 Abs. 5 AktG zu einem „hochgradig standardisierten Produkt“.<sup>99</sup>

Hinsichtlich der Art der Satzungsbestimmungen zu unterscheiden sind materielle Satzungsbestimmungen, formelle Satzungsbestimmungen und sonstige schuldrechtliche Nebenabreden. Rechtlich besteht ein entscheidender Unterschied darin, dass materielle Satzungsbestimmungen für jeden Rechtsnachfolger in der Gesellschafterstellung gelten, während die formellen Satzungsbestimmungen und die sonstigen schuldrechtlichen Nebenabreden nur bei einer Vereinbarung<sup>100</sup> zwischen dem Rechtsvorgänger und dem Rechtsnachfolger für letzteren beachtlich sind.<sup>101</sup>

Zu den **materielle Satzungsbestimmungen** zählen nach der o.g. Einordnung diejenigen Regelungen, welche die Gesellschaft und ihre Beziehung zu den Gründern oder den Aktionären betreffen, mithin die Organisation der Gesellschaft und daher mitgliedschaftlicher Natur sind.<sup>102</sup> Hierunter fallen insbesondere die Satzungsbestimmungen, die zum Mindestinhalt gemäß § 23 Abs. 3,

---

<sup>96</sup> Bei der Einmann-AG ist sie ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die Begriffe „Satzung“ und „Gesellschaftsvertrag“ sind weitgehend austauschbar gemeint; näher Karsten Schmidt, GesR, § 5 I 2.

<sup>97</sup> Grigoleit/Vedder, AktG § 23 Rn. 36.

<sup>98</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 16.

<sup>99</sup> Großkomm. AktG/Röhricht, § 23 Rn. 167; kritisch Lehmann, Finanzinstrumente, S. 362 f.

<sup>100</sup> Selbiges gilt bei einer Gesamtrechtsnachfolge gemäß §§ 1922 ff. BGB.

<sup>101</sup> Grigoleit/Vedder AktG § 23 Rn. 4.

<sup>102</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 17.

4 AktG zählen. Auch gemäß § 23 Abs. 5 S. 1 AktG wirksame Abweichungen werden hierunter gefasst.<sup>103</sup> Der Inhalt einer materiellen Satzungsbestimmung ist nach ihrem **objektiven Erklärungswert** zu bestimmen.<sup>104</sup> Demnach geht die Auslegung ähnlich wie bei der Gesetzesauslegung vonstatten. Änderungen dieser Satzungsbestimmungen richten sich nach den §§ 179 ff. AktG.

**Beispiel 1:** Bei der Gründung einer AG wird vereinbart, dass einer der Gründer, der Kaufmann ist, sein Unternehmen als Sacheinlage einbringen soll. Die Sacheinlagenvereinbarung ist Gegenstand der Anmeldung und registerrechtlichen Prüfung (§§ 27, 36a, 37a, 38 Abs. 3 AktG). Demnach ist die Vereinbarung objektiv auszulegen.

**Beispiel 2:** „§ 4. Durch Zeichnung oder Erwerb von Aktien oder Zwischenscheinen unterwirft sich der Aktionär für alle Streitigkeiten mit der Gesellschaft oder deren Organen dem ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaft.“<sup>105</sup>

**Formelle Satzungsbestimmungen** sind alle Regelungen in der Satzung, die gerade nicht als materielle Satzungsbestimmungen qualifiziert oder getroffen werden können. Sie sind bloß schuldrechtliche Abreden, die nur äußerlich mit den materiellen Satzungsbestimmungen zusammenhängen. Formelle Satzungsbestandteile sind daher vor allem Vereinbarungen mit Dritten, die nicht Aktionäre oder Organe sind.<sup>106</sup> Ihr Inhalt ist durch **einfache Auslegung** iSd §§ 133, 157 BGB zu bestimmen. Etwaige Änderungen können nach Maßgabe der allgemeinen schuldrechtlichen Regeln allein zwischen allen Beteiligten vereinbart werden.

**Beispiel:** Vereinbarung über den Gründungsaufwand gemäß § 26 Abs. 2 AktG.

**Schuldrechtliche Nebenabreden** (oder auch satzungsergänzende Abreden) treffen die Aktionäre untereinander außerhalb der Satzung. Es handelt sich auch hierbei um **einfache schuldrechtliche Abreden**, die gemäß §§ 133, 157 BGB ausgelegt und die nach allgemeinen Regeln geändert werden können.<sup>107</sup>

**Beispiel:** Abrede der Altgesellschafter, ihre Rechte und Pflichten in Form einer Konsortialvereinbarung zu koordinieren, wobei sie regelmäßig im Interesse eines gemeinsamen Auftretens einem einzigen Gründer die Stimmrechtsvollmacht erteilen.<sup>108</sup>

## IV. Bedeutung der Aktie und Rechtsstellung der Aktionäre

### 1. Die Aktie

Das Grundkapital der AG ist gemäß § 1 Abs. 2 AktG in Aktien zerlegt. Demnach verkörpert die Aktie einen Bruchteil des Grundkapitals. Wie § 8 Abs. 1 AktG deutlich macht, können die Aktien als Nennbetrags- oder als Stückaktien begründet werden.

---

<sup>103</sup> Grigoleit/Vedder AktG § 23 Rn. 5.

<sup>104</sup> BGHZ 123, 347 = NJW 1994, 51 (2. Leitsatz).

<sup>105</sup> Vgl. dazu BGHZ 123, 347 = NJW 1994, 51.

<sup>106</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 5 I 1 d bb.

<sup>107</sup> Bisweilen werden solche Abreden auch als GbR-Verträge ausgelegt, doch ist diese Interpretation nicht zutreffend, da die Gesellschafter nicht den Willen haben, sich diesbzgl. einer dem gesellschaftsrechtlichen Organisationsrecht zu unterwerfen.

<sup>108</sup> BeckOGK/Limmer, AktG § 23 Rn. 64.

**Nennbetragsaktien** lauten gemäß § 8 Abs. 2 AktG auf einen bestimmten vollen Betrag, der ein Euro nicht unterschreiten darf. Welchen prozentualen Anteil am Grundkapital die Nennbetragsaktie verkörpert, bestimmt sich nach dem Verhältnis des Nennbetrags zum Grundkapital (§ 8 Abs. 4 AktG).

Beispiel: Nennbetragsaktie = 1 EUR; Grundkapital = 50.000 EUR; prozentualer Anteil: 0,002 %.

**Stückaktien** lauten auf keinen Nennbetrag (§ 8 Abs. 3 S. 1 AktG). Das prozentuale Verhältnis zum Grundkapital, das jede Stückaktie verkörpert, hängt von der Zahl der Aktien ab (§ 8 Abs. 4 AktG). Die Anzahl der ausgegebenen Aktien muss so gewählt sein, dass der auf eine einzelne Aktie entfallende anteilige Betrag des Grundkapitals einen Euro nicht unterschreitet, vgl. § 8 Abs. 3 S. 3 AktG. Bei 50.000 EUR Grundkapital und beispielsweise 10.000 Aktien beträgt der prozentuale Anteil jeder Aktie (= 5 EUR) am Grundkapital 0,01 %. Ein Grundkapital von 50.000 EUR könnte also max. auf 50.000 Aktien aufgeteilt werden (= 1 EUR pro Aktie).

Die Mitgliedschaft an einer AG entsteht auf verschiedenen Wegen:<sup>109</sup> Originär durch Übernahme von Aktien bei der Gründung, durch Zeichnung von sog. jungen Aktien bei einer Kapitalerhöhung oder durch Einzelrechtsnachfolge. Damit diese Einzelrechtsnachfolge einfach gestaltet und die Umlauffähigkeit der Aktien hoch ist,<sup>110</sup> sind Aktien **verbrieft** (= Aktienurkunde). Diese Verbriefung führt zu einem **Wertpapier** im sachenrechtlichen Sinne. Auf diese Weise können Aktien nach sachenrechtlichen Grundsätzen gemäß §§ 929 ff. BGB übertragen werden<sup>111</sup> – mit der für den Rechtsverkehr und für die Rechtssicherheit enorm wichtige Konsequenz, dass ein gutgläubiger Erwerb gemäß § 932 BGB möglich ist.<sup>112</sup> Die Möglichkeit, eine Verbriefung auszuschließen, um **elektronische Aktien** zu schaffen, hat der Gesetzgeber erst jüngst (mit Wirkung seit dem 15.12.2023) durch Einführung des § 10 Abs. 6 AktG über das ZuFinG<sup>113</sup> geschaffen. Die Übertragung der elektronischen Aktien findet entweder nach den Regeln der §§ 24 ff. eWpG bei Einzeleintragung (selten) oder nach den Regeln des Depotrechts und somit weiterhin nach sachenrechtlichen Grundsätzen statt.<sup>114</sup>

Da Aktien die Rechtsstellung als Mitglied einer AG verbrieft sind, werden sie auch als **mitgliedschaftsrechtliche Wertpapiere** bezeichnet.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> Koch, GesR, § 31 Rn. 2.

<sup>110</sup> Die Entstehung der aktienrechtlichen Mitgliedschaft hängt hingegen nicht von der wertpapierrechtlichen Verbriefung ab, wie schon § 10 Abs. 5 AktG zeigt.

<sup>111</sup> Näher Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 18 Rn. 17 ff.

<sup>112</sup> Von diesem Grundmodell ist man im Zuge der Technisierung von Börsen und des Effektenverkehrs vermehrt abgerückt. Da der Anspruch des Aktionärs auf Einzelverbriefung gemäß § 10 Abs. 5 AktG abdingbar ist und heutzutage Global- und Sammelurkunden dominieren, sind heutige Aktien „entmaterialisiert“ und die Übertragung geht nach depotrechtlichen Regeln vonstatten (§§ 6, 9a DepotG); diese Regeln knüpfen allerdings weiterhin an das sachenrechtliche Grundmodell der §§ 929 ff. BGB an. Bei Namensaktien kommt *zusätzlich* das Indossament als Übertragungsvoraussetzung hinzu (§ 68 Abs. 1 AktG), welches i.E. die erleichterte Umlauffähigkeit der Namensaktie herstellt.

<sup>113</sup> BGBl. 2023 I Nr. 354 vom 14.12.2023.

<sup>114</sup> Näher Lübke, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), Kryptoaktien, S. 39, 53 ff.; Reger, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), Kryptoaktien, S. 125, 144 ff.

<sup>115</sup> Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl. 1986, S. 215.

Vertiefung: Wertpapiere ohne verbriefte Mitgliedschaft sind beispielsweise Industrie- oder **Unternehmensanleihen**: Der Inhaber der Anleihe ist nicht Mitglied der Gesellschaft, sondern schlicht ihr Gläubiger.

Zu differenzieren ist weiterhin zwischen **Inhaber-** und **Namensaktien** (vgl. § 10 Abs. 1 AktG). Diese beiden Formen wirken sich auf den Berechtigungsnachweis aus. Auf die Inhaberaktie finden die §§ 793 ff. BGB entsprechende Anwendung. Jeder Inhaber (Besitzer) der Urkunde ist als Aktionär gegenüber der AG legitimiert (zB zur Wahrnehmung der Aktionärsrechte in der Hauptversammlung) und die AG hat sich dementsprechend der Inhaberschaft zu vergewissern (zB durch Bankbestätigung). Gemäß § 793 Abs. 1 S. 2 BGB wird die AG (auch) gegenüber dem materiellen Inhaber der Mitgliedschaft frei, wenn sie an den Inhaber der Aktie leistet – zB hinsichtlich des Dividendenanspruchs –, womit aus Sicht der Gesellschaft eine Vereinfachung einhergeht, da die Mitgliedschaft des herantretenden Inhabers nicht tatsächlich materiellrechtlich festgestellt werden muss. Bei der Namensaktie ist die Ausübung der Aktionärsrechte zusätzlich davon abhängig, dass eine Eintragung in das von der Gesellschaft geführte Aktienregister besteht (§ 67 Abs. 2 S. 1 AktG). Die Namensaktie hat unterschiedliche Vorteile:<sup>116</sup> Sie vereinfacht die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung; sie schafft die Möglichkeit der Vinkulierung gemäß § 68 Abs. 2 AktG (relevant insbes. für Familienunternehmen oder für Start-ups); sie hat internationale Börsentauglichkeit und sie erlaubt eine vereinfachte Kommunikation mit Aktionären außerhalb der Hauptversammlung, weil diese mit Namen und Adresse etc. bekannt sind (siehe § 67 Abs. 1 AktG).

Hinsichtlich der **Gattung** von Aktien sind **Stamm-** und **Vorzugsaktien** zu unterscheiden. Stammaktien sind solche Aktien, die keine Vorrechte gewähren, dem Aktionär also die gewöhnlichen Stimm- und Dividendenrechte einräumen (dazu sogleich). Vorzugsaktien verleihen hingegen ein Vorrecht in Form einer Vorzugs- oder Mehrdividende (s. § 139 Abs. 1 AktG); im Gegenzug kann das Stimmrecht gemäß §§ 139 Abs. 1 S. 1, 12 Abs. 1 S. 2 AktG ausgeschlossen sein.

## **2. Erwerb und Übertragung der Aktionärsstellung**

Die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft entsteht durch einen originären oder einen abgeleiteten Erwerb des Anteilsrechts am Grundkapital, also der Aktie iSd § 1 Abs. 2 AktG.

### ***a) Originärer Erwerb***

Ein originärer Erwerb der Stellung als Aktionär erfolgt durch Übernahme von Aktien bei der Gründung der Aktiengesellschaft (§§ 2, 29 AktG). Darüber hinaus zählt zum originären Erwerb die Zeichnung neuer Aktien im Zuge der Kapitalerhöhung (§ 185 AktG). Sofern es sich um eine Neugründung handelt, muss die Konstitutive Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister gemäß § 41 Abs. 1 AktG hinzutreten. Bei neuen Aktien ist die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung notwendig (§§ 189, 203 Abs. 1 AktG).

---

<sup>116</sup> Vgl. Grigoleit/Vedder/Gumpp AktG § 10 Rn. 22.

### **b) Abgeleiteter Erwerb**

Die Mitgliedschaft kann der Aktionär auch abgeleitet durch **rechtsgeschäftliche Übertragung** oder im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (zB Erbfall) erwerben. Findet ein rechtsgeschäftlicher Erwerb statt, so muss zwischen Inhaber- und Namensaktien differenziert werden.

Bei **Inhaberaktien** besteht die Besonderheit, dass sie jeden Inhaber des Papiers zur Geltendmachung des verbrieften Rechts berechtigen. Die Übertragung des Wertpapiers erfolgt nach sachenrechtlichen Grundsätzen, also nach den Regeln der §§ 929 ff. BGB. Mit dem Inhaberpapier gehen die verkörperten Mitgliedschaftsrechte auf den Erwerber über. Ein gutgläubiger Erwerb ist nach den Regeln der §§ 932 ff. BGB, § 366 HGB möglich.

Bei der **Namensaktie** wird die Berechtigung durch die namentliche Nennung des Aktionärs oder durch eine Indossamentenkette ausgewiesen (§ 68 Abs. 1 AktG). Die Übertragung erfolgt entweder durch Zession (§§ 398, 413 BGB) oder durch Indossament und Übergabe gemäß § 68 Abs. 1 AktG iVm Art. 12 f., 16 WG. Damit im Verhältnis zur Aktiengesellschaft die Mitgliedschaftsrechte geltend gemacht werden können, ist zusätzlich die Eintragung in das Aktienregister nach § 67 Abs. 2 AktG erforderlich. Die Satzung kann bei Namensaktien die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft binden (vinkulierte Aktien gemäß § 68 Abs. 2 AktG).

### **3. Rechte der Aktionäre**

Aus der Mitgliedschaft in der AG folgen verschiedene Rechte der Aktionäre:

#### **a) Verwaltungsrechte oder Mitwirkungsrechte**

Das zentrale Verwaltungsrecht des Aktionärs ist das **Stimmrecht**, also das Recht, in der Hauptversammlung eine Stimme abzugeben und dadurch im Umfang der Kompetenzen der Hauptversammlung einen Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen (§ 12 AktG). Das Stimmrecht wird nach Aktiennennbeträgen, bei Stückaktien nach deren Zahl ausgeübt (§ 134 Abs. 1 S. 1 AktG). Das Stimmrecht muss der Aktionär nicht zwingend selbst ausüben. Möglich ist auch die Ausübung durch einen Bevollmächtigten (§§ 134 Abs. 3, 135 AktG, zB Aktionärsvereinigung) oder die Ermächtigung zur Ausübung des Stimmrechts für fremde Aktien im eigenen Namen (§ 129 Abs. 3 AktG).<sup>117</sup>

Eng mit dem Stimmrecht hängt das **Recht auf Teilnahme** zusammen, das die Aktionäre in der Hauptversammlung ausüben (vgl. § 118 Abs. 1 S. 1 AktG); ein Stimmrecht ohne die Teilnahmemöglichkeit wäre also „wertlos“. Teil des Teilnahmerechts ist zudem das Rederecht.<sup>118</sup>

Weiterhin steht dem Aktionär in der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand ein **Auskunftsrecht** zu (§§ 131, 132 AktG). Das Auskunftsrecht soll sicherstellen, dass sich der Aktionär diejenigen Informationen verschaffen kann, die er für eine sachgerechte Ausübung seines Stimmrechts

---

<sup>117</sup> Näher dazu noch einmal unten.

<sup>118</sup> Vgl. Koch, GesR, § 31 Rn. 8.

benötigt. Angesichts der oftmals großen Anzahl der Aktionäre ist das Auskunftsrecht nicht beliebig ausübbar. So muss die Auskunft zur „sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich“ sein (§ 131 Abs. 1 S. 1 AktG). Zudem kann der Vorstand die Auskunft gemäß § 131 Abs. 3 AktG verweigern, wenn die Interessen der Aktiengesellschaft jenen des Aktionärs überwiegen.

**Beispiel:** Die Hauptversammlung der Pfui-Reisen AG steht unmittelbar bevor. In der den Aktionären übersandten Tagesordnung finden sich unter anderem folgende Punkte: a) Herabsetzung der Dividende; b) Neues Angebot: „Ökologisch um die Welt in 80 Tagen“. A verlangt Auskunft vom Vorstand (*Variante 1*) vor der Hauptversammlung, (*Variante 2*) vor einer virtuellen Hauptversammlung, (*Variante 3*) während der Hauptversammlung über folgende Punkte: (1) Wie sollen ökologische Weltreisen mit wirtschaftlichen Erfolgsaussichten realisiert werden? (2) Weshalb soll die Dividende herabgesetzt werden?

**Lösungshinweise:** Gemäß § 131 Abs. 1 S. 1 AktG besteht der Auskunftsanspruch des Aktionärs nur in der Hauptversammlung; der Vorstand kann also das Verlangen des A in der *Variante 1* zurückweisen.

In der *Variante 2* müssen die Besonderheiten der Absätze 1a–1c des § 131 AktG berücksichtigt werden. Danach können in einem bestimmten Umfang bis spätestens drei Tage vor der virtuellen Versammlung Fragen der Aktionäre, einzureichen im Wege der elektronischen Kommunikation, zugelassen werden. Ziel ist es, die Hauptversammlung zu entlasten, damit diese in einem angemessenen Zeitrahmen ablaufen kann.<sup>119</sup> Die ordnungsgemäß eingereichten und im Übrigen zulässigen Fragen sind gemäß § 131 Abs. 1c S. 1 AktG bis spätestens einen Tag vor der Versammlung zu beantworten. Diese beantworteten Fragen müssen in der Hauptversammlung nicht (nochmals) beantwortet werden (§ 131 Abs. 1c S. 4 AktG). Fragen und Antworten sind den Aktionären zugänglich zu machen.

*Variante 3* betrifft schließlich den Regelfall; eine Auskunftspflicht besteht hier prinzipiell. Sowohl in der virtuellen als auch in der „regulären“ Hauptversammlung kann die Auskunft ausschließlich unter den Voraussetzungen des § 131 Abs. 2 S. 1 AktG verweigert werden (vgl. S. 2). Fragen zur Geschäftspolitik und zum Dividendenanspruch stehen den Aktionären stets zu und die entsprechenden Auskünfte des Vorstands sind auch für die sachgemäße Beurteilung der eingebrachten Tagesordnungspunkte erforderlich.

## **b) Vermögensrechte**

Das zentrale Vermögensrecht des Aktionärs ist das **Dividendenrecht**, das eine Teilhabe an dem von der AG erwirtschafteten Bilanzgewinn bedeutet (§§ 58 Abs. 4, 60 AktG).<sup>120</sup> Darüber hinaus besteht das Recht auf **Teilnahme am Liquidationserlös** (§ 271 AktG). Im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen ist das Recht auf **Bezug neuer Aktien** gemäß § 187 AktG bedeutsam. Es soll einen „Verwässerungseffekt“ verhindern, stellt also sicher, dass das Stimmgewicht des Aktionärs und sein Anteil an der Vermögenssubstanz der AG gewahrt bleiben.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> BT-Drs. 20/1738, S. 34.

<sup>120</sup> Näher zu dem Verfahren, das eingehalten werden muss, damit der Dividendenauszahlungsanspruch besteht s. Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 38.

<sup>121</sup> Näher zur Ratio Grigoleit/Rieder/Holzmann, AktG § 186 Rn. 1.

### c) *Beschlussmängelrechte*

Das Beschlussmängelrecht des Aktionärs bedeutet, dass er befugt ist, rechtswidrige Hauptversammlungsbeschlüsse durch eine Klage anzufechten. Jeder Aktionär hat ungeachtet der Höhe seiner Beteiligung das Recht, gegen Hauptversammlungsbeschlüsse wegen eines Gültigkeitsmangels vorzugehen. Dabei ist vor allem **zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit** des Beschlusses **zu unterscheiden** (vgl. §§ 241, 243 AktG). Darüber hinaus existieren Unwirksamkeitsgründe, etwa in dem Fall, in dem in Sonderrechte eingegriffen wird und die Zustimmung des Anteilseigners erforderlich ist (vgl. § 141 Abs. 1 AktG).<sup>122</sup>

Die **Nichtigkeitsgründe** sind in § 241 AktG sowie in §§ 250, 253 AktG aufgeführt. Bei allen anderen Mängeln ist die **Anfechtung** nach § 243 AktG einschlägig, die zum Gegenstand nicht die eigene Stimmabgabe des Aktionärs hat, sondern den Beschluss der Hauptversammlung.<sup>123</sup> Die Anfechtungsbefugnis folgt aus § 245 AktG. Die Anfechtungsfrist ist gemäß § 246 Abs. 1 AktG kurz gefasst (innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung). Die Heilungsmöglichkeiten sind hier gemäß § 244 AktG weitreichender als bei den Nichtigkeitsgründen.

Die Beschlussmängelrechte des Aktienrechts haben (frühzeitig)<sup>124</sup> zweifelhaften Ruhm durch sog. „**räuberische**“ **Aktionäre** erfahren: Da durch eine Anfechtungsklage die Gefahr besteht, dass unternehmerisch sinnvolle oder notwendige Maßnahmen über einen längeren Zeitraum hinweg blockiert werden, mithin Sachverhalte von erheblicher finanzieller Bedeutung für die Gesellschaft durch die Anfechtung betroffen sein können, hat die Anfechtungsklage einen „Lästigkeitswert“, den manche Aktionäre nutzten, um sich finanzielle Vorteile zu verschaffen. Solche missbräuchlichen Vorgehensweisen hat der Gesetzgeber im Jahr 2009 durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) eingedämmt.<sup>125</sup>

**Beispiel:** Gemäß § 241 Nr. 2 AktG führt ein Beschluss, der nicht nach Maßgabe des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG beurkundet wurde (Niederschrift muss den Ort und der Tag der Verhandlung, den Namen des Notars sowie die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung enthalten), zur Nichtigkeit. Verstöße gegen den durch das ARUG eingefügten und nur für börsennotierte Gesellschaften geltenden § 130 Abs. 2 S. 2 AktG (u.a. Zahl der Aktien, für die gültige Stimmen abgegeben wurden) begründen hingegen nach dem klaren Wortlaut § 241 Nr. 2 AktG nicht (mehr) die Nichtigkeit.

## 4. Pflichten der Aktionäre

Aktionäre haben nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Zu der offensichtlichsten Pflicht zählt es, die versprochenen **Sach-** oder **Bareinlagen zu leisten** (§ 54 AktG). Bei der Gründung entsteht diese Pflicht durch die Übernahme der Aktien gemäß § 29 AktG, bei einer Kapitalerhöhung durch die Zeichnung der neuen Aktien (§ 185 AktG).

---

<sup>122</sup> Näher dazu noch einmal unten.

<sup>123</sup> Insoweit ist die hiesige Anfechtung nicht mit der bürgerlich-rechtlichen der §§ 119 ff. BGB zu verwechseln.

<sup>124</sup> Vgl. Hachenburg JW 1918, 16, 17; Pinner Leipziger Zeitschrift (LZ) 1914, 226, 229.

<sup>125</sup> Näher Florstedt AG 2009, 465 ff.

Aus dem Personengesellschaftsrecht sind **Treuepflichten zwischen Gesellschaftern** bekannt, die im Aktienrecht nur eine begrenzte Rolle spielen. Die AG hat nämlich einen eher anonymen Zuschnitt, so dass sich eine Rücksichtnahme auf Mitgesellschafter schwerer begründen lässt. Der BGH erkannte aber, dass es konkrete Einwirkungsmöglichkeiten des einzelnen Gesellschafters auf die Rechtsposition der anderen an der AG beteiligten Aktionäre geben kann. So führte der II. Zivilsenat aus, dass bei der AG ein Mehrheitsgesellschafter die Möglichkeit habe, durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, so dass als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht zu fordern sei, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen.<sup>126</sup> Mit der Möglichkeit zur Einwirkung korrespondiert also eine entsprechende Treuepflicht, nur mit Rücksicht auf die Mitaktionäre von dieser Möglichkeit einen Gebrauch zu machen. Ein Verstoß gegen die Treuepflichten kann u.U. zu Schadens- oder Unterlassungsansprüchen führen.

Auch **im Verhältnis zur AG** kann es Treuepflichten geben, obgleich diese hier wiederum schwieriger zu begründen sind als bei Personengesellschaften, wo an den Gesellschaftsvertrag angeknüpft werden kann. Denn die Aktionäre erwerben bei einer börsennotierten AG die Anteile an der Börse, ohne von der Satzung näher Notiz zu nehmen.<sup>127</sup> Gleichwohl kann ausnahmsweise über § 242 BGB ein Gebot zur Treue bestehen, das etwa dann virulent wird, wenn der Aktionär eine Anfechtungsklage mit reiner „Bereicherungsabsicht“ erhebt.<sup>128</sup>

## V. Organisation der AG

Wie dies bei Gesellschaften allgemein der Fall ist, kann eine AG ohne **Organe** keinen Willen bilden und nicht handeln. Prägend bei der AG ist die dreigliedrige Organisationsverfassung bestehend aus Vorstand (§§ 76 ff. AktG), Aufsichtsrat (§§ 95 ff. AktG) und Hauptversammlung (§§ 118 ff. AktG). Das Aktienrecht kennt hierbei keine Hierarchie zwischen den Organen; es gilt vielmehr eine **Machtbalance**.<sup>129</sup>

Die **Zuständigkeiten der Organe** folgen aus dem Gesetz (zur Erinnerung: § 23 Abs. 5 AktG). In Deutschland gilt dabei die Besonderheit des **dualistischen Leitungssystems**: Die Verwaltung der Gesellschaft ist getrennt, indem der Vorstand als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan die unternehmerische Leitung der Gesellschaft übernimmt, während der Aufsichtsrat als Überwachungs-, Kontroll- und Beratungsorgan fungiert.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> BGHZ 103, 184, 194 f. = NJW 1988, 1579, 1581 f. – Linotype.

<sup>127</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 9 Rn. 41.

<sup>128</sup> Vgl. Bayer NJW 2000, 2609, 2613: „Rechtsmissbrauch“.

<sup>129</sup> C. Schäfer, GesR, § 41 Rn. 1.

<sup>130</sup> Anders organisiert ist die Verwaltung im Board-System des US-amerikanischen Aktienrechts. Dort existiert nur ein Leitungsorgan, das Board of Directors (= Verwaltungsrat); die Rede ist dann von dem monistischen Leitungssystem.

## 1. Der Vorstand

Als Vorstandsmitglieder kommen nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen in Betracht; dies stellt § 76 Abs. 3 S. 1 AktG ausdrücklich klar. Die Mitgliederzahl des Vorstandes wird nach Maßgabe des § 76 Abs. 2 AktG bestimmt; nähere Vorgaben zur Besetzung enthalten die Absätze 3a, 4 des § 76 AktG. Bestellungshindernisse sind in § 76 Abs. 3 S. 2 AktG niedergelegt. Diese Bestellungshindernisse, auch Inhabilitätsgründe genannt, finden ihre Rechtfertigung u.a. darin, dass Vorstandsmitglieder in fremden Vermögensinteressen tätig werden sollen, indes bei Verwirklichung der gesetzlichen Inhabilitätsgründe ein abstraktes Risiko für diese fremden Interessen besteht. Ob satzungsmäßige Eignungsvoraussetzungen bestimmt werden können, wird unterschiedlich bewertet.<sup>131</sup> Vorstandsmitglieder müssen keine Anteilseigner sein; das folgt aus dem Grundsatz der Fremdorganschaft.<sup>132</sup>

Der Vorstand **leitet** die Gesellschaft gemäß § 76 AktG „**unter eigener Verantwortung**“; er untersteht demnach keinem Weisungsrecht der Aktionäre. Auch die Geschäftsführung (Innenverhältnis) obliegt dem Vorstand gemäß § 77 AktG selbständig und unabhängig. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, dann sind gemäß § 77 Abs. 1 AktG grundsätzlich sämtliche Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich zur Geschäftsführung befugt (**Kollegialprinzip**); abweichende Satzungsbestimmungen sind möglich.<sup>133</sup> Im Außenverhältnis vertritt der Vorstand die AG gerichtlich und außergerichtlich (§ 78 AktG). Es gilt hier der **Grundsatz der Gesamtvertretung** (§ 78 Abs. 2 S. 1 AktG), sofern die Satzung nicht etwas anderes bestimmt. Die Vertretungsbefugnis des Vorstands ist prinzipiell inhaltlich unbeschränkt und unbeschränkbar, vgl. § 82 Abs. 1 AktG. Dies hat zur Folge, dass ein Überschreiten der Geschäftsführungsbefugnisse – von wenigen Ausnahmefällen abgesehen<sup>134</sup> – zu einer wirksamen Verpflichtung der AG im Außenverhältnis führt, und die AG im Innenverhältnis auf Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand wegen Sorgfaltspflichtverletzung verwiesen ist.

### a) *Organstellung und Anstellungsvertrag*

Durch **Bestellung** wird die Organstellung des Vorstandsmitglieds begründet. Es handelt sich dabei um einen Akt der körperschaftlichen Selbstverwaltung.<sup>135</sup> Zuständig ist gemäß § 84 AktG der Aufsichtsrat. Eine Bestellung erfolgt nach § 84 Abs. 1 S. 1 auf **max. fünf Jahre** und die Amtszeit kann durch einen erneuten Aufsichtsratsbeschluss um bis zu fünf Jahre verlängert werden (S. 2). Die Bestellung in das Amt kann von dem Aufsichtsrat vor Ablauf der Amtszeit **nur aus wichtigem Grund widerrufen** werden (§ 84 Abs. 4 AktG). Ratio hinter dieser Beschränkung ist es, die Unabhängigkeit des Vorstands nach § 76 AktG während der Dauer seines Amtes zu sichern.<sup>136</sup>

<sup>131</sup> Näher Grigoleit/ders. AktG § 76 Rn. 146 ff.

<sup>132</sup> C. Schäfer, GesR, § 41 Rn. 3.

<sup>133</sup> Näher Koch AktG § 77 Rn. 14 ff. mwN.

<sup>134</sup> Siehe dazu Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 52.

<sup>135</sup> MüKoAktG/Spindler AktG § 84 Rn. 9.

<sup>136</sup> BeckOGK/Fleischer AktG § 84 Rn. 131; MüKoAktG/Spindler AktG § 84 Rn. 166.

Die Abberufungskompetenz des Aufsichtsrates darf auch nicht ausgeweitet werden, weil diese nicht der Kontrolltätigkeit dieses Organs entsprechen würde.<sup>137</sup>

Die Handlungen und Entscheidungen fehlerhaft bestellter Organe sind wirksam und werden der Gesellschaft zugerechnet. Das jeweilige Mitglied ist nur mit *ex nunc*-Wirkung von seinem Amt zu entfernen (**Lehre vom fehlerhaft bestellten Organ**).<sup>138</sup>

Streng vom Organverhältnis zu unterscheiden ist der **Anstellungsvertrag**, durch den das Vorstandsmitglied schuldrechtlich verpflichtet wird, die Organstellung gegen Vergütung wahrzunehmen. Es handelt sich dabei um einen **Dienstvertrag mit geschäftsbesorgungsrechtlichem Charakter** iSd §§ 611, 675 BGB. Ein Arbeitsvertrag ist es nicht, denn es ist ja letztlich der Vorstand, der die Arbeitgeberfunktion in seiner Rolle als Organ wahrnimmt.<sup>139</sup> Zuständig für Abschluss und Kündigung des Anstellungsvertrags ist der Aufsichtsrat, §§ 84 Abs. 1 S. 5, 112 AktG. Rechtstechnisch wichtig zu sehen ist, dass das rechtliche Schicksal des Vertrags unabhängig ist von der Organstellung (sog. Trennungsprinzip); dies kann man u.a. am Tatbestand des § 84 Abs. 4 S. 5 AktG festmachen. In der Regel wird aber der Widerruf der Bestellung zugleich als konkludente Kündigungserklärung hinsichtlich des Anstellungsvertrags auszulegen sein (§§ 133, 157 BGB analog).

## **b) Haftung**

Werden die Vorstandsmitglieder den bestehenden Verhaltensanforderungen nicht gerecht, kann sie eine Haftung treffen. Die **Haftung** der Vorstandsmitglieder ist **aus Steuerungsgründen** geboten: Sie sollen angehalten werden, die Gesellschaft belastende und somit an das Gesellschaftsvermögen zehrende Aktivitäten zu unterlassen bzw. abzustellen.<sup>140</sup> Müssten sie nicht mit einer eigenen Haftung rechnen, stünde ein opportunistisches oder jedenfalls unbedachtes Verhalten zu befürchten. Bei der Haftung des Vorstandsmitglieds<sup>141</sup> ist zwischen der **Innenhaftung** (Haftung gegenüber der AG) und der **Außenhaftung** (Haftung gegenüber Dritten) zu differenzieren.<sup>142</sup>

### *aa) Innenhaftung*

Durch die Bestellung zum Vorstandsmitglied entsteht die Pflicht zu einem ordnungsgemäßen Handeln für die AG. Der **objektive Standard**, der vom Vorstandsmitglied einzuhalten ist, entspricht dem Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) sowie sorgfältigen (§ 76 Abs. 1 AktG) Geschäftsleiters. Insbesondere hat er seine Entscheidungen an den Interessen des Unternehmens, der Aktionäre, der Arbeitnehmer und am Gemeinwohl auszurichten. Der für Geschäftsleiter erhöhte Maßstab ist insbesondere danach bestimmt, wie sich ein pflichtbewusster und selbständig tätiger Leiter eines Unternehmens der konkreten Art, der nicht

<sup>137</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 28 II 2 c.

<sup>138</sup> Vgl. BGHZ 196, 195 = NJW 2013, 1535 Rn. 24.

<sup>139</sup> C. Schäfer, GesR, § 41 Rn. 4.

<sup>140</sup> Vgl. näher, insbes. zu den ökonomischen Bezügen, Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten, S. 515 f.

<sup>141</sup> Ausführlich Nazari-Khanachayi, Die Haftung im Kapitalges- und KonzernR, § 4 Rn. 156 ff.

<sup>142</sup> Eine Haftung gegenüber den Aktionären kommt, in Parallele zum Vereinsrecht, nicht in Betracht.

mit eigenen Mitteln wirtschaftet, sondern **wie ein Treuhänder fremden Vermögensinteressen verpflichtet ist**, zu verhalten hat.<sup>143</sup>

*(1) Legalitätspflicht und Legalitätskontrollpflicht*

Da diese Anforderungen letztlich vage bleiben, ist in § 93 Abs. 3 AktG eine *nicht abschließende* Aufzählung („namentlich“) von Pflichtverletzungen niedergelegt, bei denen eine Schädigung der AG vermutet wird (Katalogpflichtverletzungen). Im Übrigen ist fallabhängig zu entscheiden. Eine wichtige Rolle hierbei spielen zwei Pflichtenkreise der sog. **Legalitätspflicht**:<sup>144</sup>

– *Erstens* besteht eine innere Pflichtenbindung: Die Vorstandsmitglieder sind zur Einhaltung aller gesellschaftsrechtlicher Verhaltensgebote verpflichtet. Hierunter fallen nicht nur diejenigen des niedergeschriebenen Aktienrechts, sondern auch die Satzungsbestimmungen und etwaige Geschäftsordnungen des Organs. Besonders wichtig ist, dass der **satzungsgemäße Unternehmensgegenstand** weder über- noch unterschritten werden darf.<sup>145</sup>

Beispiel:<sup>146</sup> Gegenstand des Unternehmens ist nach der Satzung der Betrieb einer Hypothekenbank im Sinne des Hypothekenbankgesetzes. 2001–2002 werden Zinsderivategeschäfte geschlossen, u.a. Zinsswap-Geschäfte und Forward-Rate-Agreements, deren Volumen das Volumen der originären Hypothekenbankgeschäfte (Bilanzgeschäfte) weit übersteigen. Diese Derivatgeschäfte dienen nicht der Absicherung von Zinsrisiken aus dem Hauptgeschäft, sondern waren Spekulationsgeschäfte.

– *Zweitens* existiert eine externe Pflichtenbindung: Im Außenverhältnis müssen die Vorstandsmitglieder sämtliche **Rechtsvorschriften einhalten**, die das Unternehmen als Rechtssubjekt treffen.<sup>147</sup> Ein rechtswidriges Verhalten im Außenverhältnis ist nach hM zugleich eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis.<sup>148</sup> Dieser Pflichtenkreis soll nach teilweise vertretener Ansicht dermaßen weit abgesteckt sein, dass anerkannte Grundsätze der Geschäftsmoral beachtlich sein sollen (u.a. aus Gründen des Reputationsmanagements).<sup>149</sup> Das Verletzungsverhalten muss allerdings einen Bezug zu den Organaufgaben aufweisen. Eine Obhutspflichtverletzung, die kein Gegenstand einer Organaufgabe ist, ist nicht haftungsrelevant.<sup>150</sup>

Beispiel 1: Das geltende Recht wird nicht eingehalten, wenn ein Vorstandsmitglied einer Bau-AG an Politiker Schmiergelder zahlt, um einen Auftragszuschlag zu erhalten.

Beispiel 2: Mit dem Kartellrecht ist es unvereinbar, wenn die Vorstandsmitglieder von Brauereigesellschaften sich hinsichtlich der Bierpreise abstimmen usw.

Die Legalitätspflicht wird flankiert von der Verantwortung des Vorstands, mittels geeigneter Maßnahmen für regeltreues Verhalten auf den nachgeordneten Unternehmensebenen zu sorgen

<sup>143</sup> OLG Düsseldorf BeckRS 1997, 514 Rn. 92; OLG Köln BeckRS 2019, 21607 Rn. 11; MüKoAktG/Spindler AktG § 93 Rn. 25.

<sup>144</sup> Näher BeckOGK/Fleischer, AktG § 93 Rn. 19 ff.

<sup>145</sup> BGH NJW 2013, 1958 Rn. 16.

<sup>146</sup> Nach BGH NJW 2013, 1958.

<sup>147</sup> BGHZ 194, 26 Rn. 22 = NJW 2012, 3439.

<sup>148</sup> BGH NJW 2011, 88, Rn. 37.

<sup>149</sup> Näher BeckOGK/Fleischer, AktG § 93 Rn. 30 iVm 31.

<sup>150</sup> U. H. Schneider, FS Werner, 1984, S. 795, 813.

**(Legalitätskontrollpflicht).**<sup>151</sup> Der Vorstand hat mithin Risikovorsorge- und Überwachungs-pflichten umzusetzen, insbesondere muss er durch eine geeignete Compliance-Organisation sicherstellen, dass etwaige Rechtsübertretungen bestenfalls verhindert werden; liegt ein Rechtsverstoß vor, dann muss durch eine geeignete Aufbau- und Ablauforganisation sichergestellt sein, dass der Verstoß effektiv abgestellt wird und etwaige Erkenntnisse aus der Übertretung in die Verbesserung der Compliance-Organisation einfließen.

Beispiel: Sind kartellrechtswidrige Abrede mit Vertretern von Wettbewerbern von Mitarbeitern nachgeordneter Ebene getroffen sind, dann muss der Vorstand als Kollegialorgan sicherstellen, dass die abredeweise Verhaltensweise abgestellt wird und sich nicht wiederholt.

Die Vorstandsmitglieder sind darüber hinaus organschaftlichen **Treue- und Loyalitätspflichten** unterworfen.<sup>152</sup> Hierzu zählt es, dass sie gemäß § 88 AktG einem Wettbewerbsverbot unterliegen und nach der sog. Geschäftschancenlehre dürfen sie etwaige Geschäftschancen der Kapitalgesellschaft nicht vereiteln und nicht an sich ziehen.<sup>153</sup> Auch die Verschwiegenheitspflicht des § 93 Abs. 1 S. 3 AktG ist eine Ausprägung der Treue- und Loyalitätspflichten.

## *(2) Fehlerhaftigkeit der Geschäftsführung*

Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten durch **fehlerhafte Geschäftsführung** verletzen, sind gemäß § 93 Abs. 2 AktG der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Der Vorwurf einer Pflichtverletzung erscheint jedoch im Zusammenhang mit **unternehmerischen Entscheidungen** oftmals fragwürdig. Solche Entscheidungen sind aufgrund ihrer Zukunftsbezogenheit typischerweise mit hoher Unsicherheit belastet (Prognoserisiken). Dem Vorstand darf nicht zu vorschnell ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden, wenn sich ein solches Prognoserisiko verwirklicht. Ihm muss in der Konsequenz ein großer Handlungsspielraum (also Ermessen) eingeräumt werden, denn andernfalls wäre unternehmerisches Handeln schlichtweg undenkbar. Deshalb ist nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG eine Pflichtverletzung ausgeschlossen, wenn das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (sog. **Business Judgment Rule**). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung ist der Augenblick der unternehmerischen Entscheidung.

Beispiel:<sup>154</sup> Die Vorstandsmitglieder des Mobilfunkunternehmens M sind entschlossen, sich um den Erwerb von Mobilfunklizenzen (UMTS) zu bemühen und bieten in einer Versteigerung erfolgreich mehrere Milliarden Euro. Sofern diese Investitionsentscheidung *ex ante* erfolversprechend war, kann der Vorstand nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn sich – etwa aufgrund eines unerwartet veränderten Marktumfelds – mit den Lizenzen weniger Geld verdient werden kann als ursprünglich erwartet.

---

<sup>151</sup> Arnold ZGR 2014, 76, 79; Fleischer NZG 2014, 321, 322.

<sup>152</sup> Im Abriss Nazari-Khanachayi, Die Haftung im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, § 4 Rn. 167 f.

<sup>153</sup> Siehe u.a. Fleischer AG 2000, 309, 315; die Geschäftschancenlehre hat die Rspr. auch für die GbR anerkannt, vgl. BGH NZG 2013, 216.

<sup>154</sup> Vgl. Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 63.

Der Vorrang der organschaftlichen **Legalitätspflicht gilt uneingeschränkt**. Es existieren insoweit keine „nützlichen“ Pflichtverletzungen. Eine Theorie des effizienten Gesetzesbruchs wird nach allgemeiner Meinung nicht anerkannt.<sup>155</sup>

Eine Haftung nach § 93 AktG scheidet aus, wenn das Vorstandsmitglied keine **spezifische Pflicht als Organwalter** der Gesellschaft verletzt hat.<sup>156</sup> Besteht bei der Pflichtverletzung kein Sachzusammenhang mit den dienstlichen Pflichten, sondern ist diese „bei Gelegenheit“ der Geschäftsführung begangen worden, die ebenso gut ein Dritter hätte begehen können, dann ist es nicht gerechtfertigt, den strengeren Haftungsmaßstab des § 93 Abs. 2 AktG anzuwenden. Vielmehr ist dann der allgemeine Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB einschlägig, der für etwaige Verletzungen der aus dem Anstellungsvertrag folgenden Pflichten wie auch für § 823 BGB relevant ist.<sup>157</sup>

Beispiel 1: Die Fahrt mit dem Dienstwagen zum Supermarkt, die in einem Unfall auf dem Parkplatz endet.

Beispiel 2:<sup>158</sup> Vorstandsmitglied V der V-AG fällt auf Phishing-Mails herein und überweist knapp 250.000 EUR an einen vermeintlichen Geschäftspartner in Südkorea. Die Phishing-E-Mails nahmen in schlüssiger Weise auf die bisherige Kommunikation mit der V-AG Bezug. Die verwendete E-Mail-Adresse des Betrügers hatte eine minimal veränderte Absenderadresse („@w...flim.com“ statt „@w...film.com“).

Lösungshinweise: Hier kommt eine Pflichtverletzung aus dem Anstellungsverhältnis und eine Innenhaftung aus § 280 Abs. 1 BGB mit dem Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB in Betracht, während § 93 Abs. 2 AktG nicht einschlägig ist: Solche Zahlungen löst üblicherweise die Buchhaltung einer Gesellschaft aus und die Pflichtverletzung hat somit keinen spezifischen Bezug zur Organstellung des V, sondern sie hätte gleichermaßen von einem Dritten begangen werden können. Da die Haftung des V aus dem Anstellungsverhältnis folgt, ist eine Haftungsmilderung in analoger Anwendung der arbeitsrechtlichen Grundsätze zur Haftung von Arbeitnehmern im Rahmen eines innerbetrieblichen Schadensausgleichs zu erwägen.<sup>159</sup>

Jedes Vorstandsmitglied muss mit **Mindestkenntnissen** und **-fähigkeiten** für sein Amt ausgestattet sein und es kann seine Kompetenzverantwortung nicht laufend auf einen Außenstehenden zur selbständigen Erledigung auslagern oder bei der eigenen Aufgabenwahrnehmung einen „ständigen Berater“ einschalten.<sup>160</sup> Fehlt dem Organmitglied allerdings die gesetzlich vorausgesetzte Sachkompetenz im Einzelfall, entsteht die Pflicht, externen Rat einzuholen.<sup>161</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit rechtlichen Zweifelsfragen ist es üblich, Rechtsrat einzuholen (zB sind komplizierte Strukturmaßnahmen in einer börsennotierten AG ohne qualifizierten Rat undenkbar). Wählt der Vorstand eine geeignete Auskunftsperson und legt es seiner Entscheidung den erteilten Rat vertretbar zugrunde, scheidet eine Haftung wegen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums aus:

---

<sup>155</sup> Fleischer ZIP 2005, 141, 146.

<sup>156</sup> Vgl. OLG Zweibrücken NJW 2023, 1589 Rn. 19 (zur GmbH, für die AG entsprechend relevant); BeckOGK/Fleischer, AktG § 93 Rn. 244.

<sup>157</sup> OLG Zweibrücken NJW 2023, 1589 Rn. 37.

<sup>158</sup> Nach OLG Zweibrücken NJW 2023, 1589 (zur GmbH, für die AG entsprechend relevant).

<sup>159</sup> Dafür OLG Zweibrücken NJW 2023, 1589 Rn. 42 (zur GmbH, für die AG entsprechend relevant).

<sup>160</sup> BGHZ 85, 293, 295 ff. = NJW 1983, 991 f. – Hertie (zur Sachverständigenhinzuziehung durch ein Aufsichtsratsmitglied).

<sup>161</sup> BGHZ 85, 293, 295 ff. = NJW 1983, 991 f. – Hertie; OLG Stuttgart NZG 2010, 141, 143.

Nach h.M. fehlt es am Verschulden,<sup>162</sup> nach anderer Auffassung ist auf der Pflichtenebene anzusetzen und eine Sorgfaltspflichtverletzung zu verneinen.<sup>163</sup> Nach den sog. **ISION-Kriterien** ist eine Haftungsverantwortung des Organs unter folgenden Voraussetzungen ausgeschlossen: (i) umfassende Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen; Einbeziehung eines (ii) unabhängigen, für die zu klärende Frage (iii) fachlich qualifizierten Berufsträger; die erteilte Rechtsauskunft muss (iv) einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzogen worden sein.

Abgesehen von diesen in der Rspr. anerkannten Grundsätzen können **keine Haftungsmilderungen** anerkannt, insbesondere können solche nicht **im Anstellungsvertrag** vereinbart werden. Hintergrund ist, dass die Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft angelegt ist mit einem ständigen Wechsel der Gesellschafter; dadurch vermindert sich die Chance einer angemessenen Kontrolle und die treuhänderische Bindung der Vorstandsmitglieder rückt deswegen stärker ins Zentrum.<sup>164</sup>

Gemäß § 120 AktG beschließt die Hauptversammlung über die **Entlastung des Vorstands**. Durch eine solche Entlastung billigt sie die Verwaltung des Vorstands als (im Großen und Ganzen) gesetz- und satzungsmäßig. Die Entlastung der Hauptversammlung ist allerdings kein Verzicht auf Schadensersatzansprüche gegen die Vorstandsmitglieder (§ 120 Abs. 2 S. 2 AktG). Gemäß § 93 Abs. 4 S. 1 AktG ist die Haftung nur bei jenen Handlungen ausgeschlossen, die auf einem gesetzmäßigen Hauptversammlungsbeschluss beruhen (§ 93 Abs. 4 S. 1 AktG).

### *(3) Darlegungs- und Beweislast*

Die Gesellschaft ist lediglich Darlegungs- und Beweislast für den Eintritt und die Höhe eines Schadens sowie eines Vorstandsverhaltens (Tun oder Unterlassen), das für den Schaden adäquatursächlich war. Beweisbelastet hinsichtlich der Einhaltung des Verantwortungsmaßstabs oder eines fehlenden Verschuldens ist der Geschäftsleiter (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG). Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Anforderungen der Business Judgement Rule.<sup>165</sup>

### *(4) Rechtsfolge und Durchsetzung*

Die Haftung nach § 93 AktG begründet einen **Schadensersatzanspruch**. Die Ersatzfähigkeit des Schadens bestimmt sich nach den **§§ 249 ff. BGB**. Die Berufung auf ein Mitverschulden anderer Organmitglieder ist nicht möglich. In der Regel ist der Anspruch auf eine Geldzahlung gerichtet. Grundsätzlich ist der Aufsichtsrat für die Durchsetzung solcher Schadensersatzansprüche der Gesellschaft zuständig (§ 112 AktG). Darüber hinaus kann die Hauptversammlung gemäß § 147 AktG die Durchsetzung der Ersatzansprüche erzwingen. Weiterhin besteht gemäß § 148 AktG ein

---

<sup>162</sup> BGH NZG 2012, 672, Rn. 16; OLG Stuttgart NZG 2010, 141, 143 f.; Florstedt NZG 2017, 601, 605; Krieger ZGR 2012, 496, 497.

<sup>163</sup> Fleischer ZIP 2009, 1397, 1405; Sander/Schneider ZGR 2013, 725, 730 ff.

<sup>164</sup> U. H. Schneider, FS Werner, 1984, S. 795, 812.

<sup>165</sup> BGH AG 2011, 378 Rn. 19 ff.

Verfolgungsrecht für eine Minderheit von Aktionären, sofern diese Minderheit mindestens entweder zu 1 % des Grundkapitals oder mit einem anteiligen Nennbetrag von 100.000 EUR beteiligt ist.

### *bb) Außenhaftung*

§ 93 AktG begründet weder unmittelbar selbst eine Haftung gegenüber Dritten noch über § 823 Abs. 2 BGB, da es sich dabei nicht um ein Schutzgesetz handelt.<sup>166</sup> Insbesondere ergibt sich nicht allein aus der Stellung als Mitglied des Vorstands einer AG eine Garantienpflicht gegenüber außenstehenden Dritten, eine Schädigung ihres Vermögens zu verhindern.<sup>167</sup> Die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt (Legalitätspflicht, s.o.), betrifft allein das Innenverhältnis. Eine Außenhaftung des Mitglieds des Vorstands einer AG kommt deshalb nur in begrenztem Umfang auf Grund besonderer Anspruchsgrundlagen in Betracht, etwa gemäß § 823 BGB oder § 826 BGB dann, wenn das Organmitglied den Schaden durch eine **unerlaubte Handlung** unmittelbar selbst herbeigeführt hat.<sup>168</sup> Wegen der Relativität der Schuldverhältnisse ist zu beachten, dass ein Vertrag *zwischen dem Gläubiger und der AG* grundsätzlich nicht Anknüpfungspunkt für etwaige deliktsrechtlich relevante Treuepflichten des Vorstandsmitglieds gegenüber dem Gläubiger sein kann.<sup>169</sup>

Beispiel:<sup>170</sup> K ist Gründer und Namensgeber der seinerzeit im nationalen und internationalen Mediengeschäft tätigen Medienunternehmens K-Gr. K ist für den Betrieb von K-Gr. seit geraumer Zeit auf Kredite in dreistelliger Millio-nenhöhe von der D-Bank-AG angewiesen. Als das Unternehmen in finanzielle Nöte gerät und dies durch verschiedene Zeitungsberichte öffentlich wird, äußert der Vorstandssprecher (B) der D in einem Fernsehinterview, es sei angesichts der Medienberichte fraglich, ob die D durch neue Kredite weiterhelfen werde.

„Fragen wir mal anders: K. hat sehr, sehr viele Schulden, sehr hohe Schulden. Wie exponiert ist die D-Bank-AG?“

„Relativ komfortabel, würde ich mal sagen, denn – das ist bekannt und da begehe ich keine Indiskretion, wenn ich das erzähle – der Kredit, den wir haben, ist 1. zahlenmäßig nicht einer der größten, sondern relativ im mittleren Bereich und 2. voll gesichert durch ein Pfandrecht auf Ks Aktien am Springer-Verlag. Uns kann also eigentlich nichts passieren, wir fühlen uns gut abgesichert...“

„Die Frage ist ja, ob man mehr ihm hilft, weiter zu machen.“

„Das halte ich für relativ fraglich. Was alles man darüber lesen und hören kann ist ja, dass der Finanzsektor nicht bereit ist, auf unveränderter Basis noch weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zur Verfügung zu stellen...“

Diese Bemerkungen haben zur Folge, dass auch andere Banken dem K die dringend benötigten Darlehen verweigern. Das Medienunternehmen bricht zusammen. K möchte nun wissen, ob er den B persönlich auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann.

Lösungshinweise: Vertragliche oder quasi-vertragliche Ansprüche sind nicht ersichtlich, so dass nur deliktische Tatbestände in Betracht kommen. § 824 Abs. 1 BGB muss ausscheiden, da B keine unzutreffenden Tatsachen behauptet oder verbreitet hat. § 823 Abs. 2 BGB führt mangels einschlägigen Schutzgesetzes ebenfalls nicht zu einem Anspruch. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist nur unter dem (umstrittenen) Institut des Rechts am eingerichteten

<sup>166</sup> BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439 Rn. 22 ff.

<sup>167</sup> BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439 (Leitsatz).

<sup>168</sup> BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439 Rn. 24 mwN.

<sup>169</sup> BGH NJW 2019, 2164 Rn. 11 ff. (dort zur GmbH, aber übertragbar).

<sup>170</sup> Nach BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830 (vereinfacht).

und ausgeübten Gewerbebetrieb als geschütztes Rechtsgut denkbar. Da die Äußerungen des B die Kreditwürdigkeit des K unmittelbar beeinträchtigten, weil sie Geschäftsbeziehungen des Unternehmens zu anderen Banken und Kreditgebern belasteten, können sie als unmittelbarer betriebsbezogener Eingriff in den Gewerbebetrieb subsumiert werden. Ob dieser Eingriff allerdings auch rechtswidrig erfolgte, ist fragwürdig. Denn die Äußerungen des B sind von der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) gedeckt; zudem enthalten sie, soweit sie sich auf die Medienberichte beziehen, wahre Tatsachenbehauptungen. Das Recht der freien Meinungsäußerung findet nach Art. 5 Abs. 2 GG zwar seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, zu denen auch § 823 BGB gehört. Dieser muss aber im Lichte der Bedeutung der Meinungsfreiheit gesehen und so interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt des Rechts der freien Meinungsäußerung auf jeden Fall gewahrt bleibt.<sup>171</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsverletzung – trotz der exponierten Stellung des B und seines Ansehens in der Branche – nicht rechtswidrig. Wollte man dies anders sehen, würden D wegen ihrer Bedeutung in der deutschen Kreditwirtschaft und B wegen seiner Stellung als Vorstandssprecher und seines Ansehens in Bank- und Wirtschaftskreisen das Recht abgesprochen bekommen, eine „Meinung zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage öffentlich zu äußern, ohne durch vertragliche Loyalitätspflichten gebunden zu sein, und [...] damit von der Teilnahme an der laufenden öffentlichen Diskussion [ausgeschlossen werden], obwohl [...] in einer Demokratie gerade Äußerungen sachkompetenter und im Licht der Öffentlichkeit stehender Persönlichkeiten und Entscheidungsträger wichtig sind.“<sup>172</sup>

Der praktisch wichtigste Fall einer deliktischen Haftung eines Vorstandsmitglieds ist akut, wenn der Vorstand trotz Insolvenzreife der AG einen entsprechenden Antrag nach § 15a Abs. 1 S. 1 InsO nicht stellt; denn § 15a Abs. 1 S. 1 InsO ist ein Schutzgesetz.<sup>173</sup>

## **2. Der Aufsichtsrat**

Als Mitglied des Aufsichtsrats gewählt werden können gemäß § 100 Abs. 1 S. 1 AktG nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen; besondere Ausschlussstatbestände normiert § 100 Abs. 2 AktG. Damit eine Kontrolle des Vorstandes tatsächlich stattfinden kann, ist die Zugehörigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds zum Vorstand gemäß § 105 Abs. 1 AktG rechtlich unvereinbar. Die Aufsichtsratsmitglieder werden gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 AktG auf bis zu vier Jahre gewählt. Weil aber das Geschäftsjahr gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 AktG, in dem die Amtszeit beginnt, nicht mitgerechnet wird (§ 102 Abs. 1 S. 2 AktG), kann die Amtszeit faktisch fünf Jahre betragen. Die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder und die Zusammensetzung bestimmen sich nach den §§ 95 f. AktG. Zu der inneren Ordnung des Aufsichtsrats halten die §§ 107 ff. AktG Regelungen vor. Nach näherer Bestimmung durch die Satzung hat der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens einen Stellvertreter zu wählen (§ 107 Abs. 1 S. 1 AktG).

Die Aufsichtsratsmitglieder können für ihre Tätigkeit eine Vergütung erhalten; diese ist entweder in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt (§ 113 AktG).

### **a) Aufgaben**

Wie bereits skizziert, ist der Aufsichtsrat für die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder zuständig (§ 84 AktG); zudem schließt er den Anstellungsvertrag mit den Vorstandsmitgliedern ab. Im Rahmen dieser Personalkompetenz entscheidet der Aufsichtsrat weiterhin über

---

<sup>171</sup> BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830 Rn. 99.

<sup>172</sup> BGHZ 166, 84 = NJW 2006, 830 Rn. 105.

<sup>173</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 70.

die Bezüge der Vorstandsmitglieder nach Maßgabe der §§ 87, 87a AktG.<sup>174</sup> Er vertritt die Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern gerichtlich und außergerichtlich gemäß § 112 AktG – insbesondere im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen gemäß § 93 AktG. Nach den im **ARAG/Garmenbeck-Urteil**<sup>175</sup> ausbuchstabilten Grundsätzen hat der Aufsichtsrat sogar die *Pflicht*, das Bestehen von Schadensersatzansprüchen der AG gegenüber Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen. Kommt der Aufsichtsrat im Rahmen dieser Prüfung zu dem Ergebnis, dass sich der Vorstand schadensersatzpflichtig gemacht haben kann, so *muss* er auf Grundlage einer sorgfältigen und sachgerechten Risikoanalyse abschätzen, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führt (Gewissheit über die Erfolgsaussichten der Schadensersatzklage wird nicht verlangt).<sup>176</sup> Ist die Prognose positiv, so *muss* er den Schadensersatzanspruch gerichtlich verfolgen.

Wie aus § 111 Abs. 1 AktG folgt, besteht die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats darin, die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen; es ist also das **Kontrollorgan** der Gesellschaft. Die Überwachungsaufgabe ist zudem nicht auf eine **Rechtmäßigkeitskontrolle** beschränkt; es ist auch die **Zweckmäßigkeit** und **Wirtschaftlichkeit** des Vorstandshandelns zu überwachen.<sup>177</sup> Es würde zudem wenig der Realität entsprechen, den Aufsichtsrat auf eine nachträgliche Kontrolle zu beschränken. Zwischen Kontrolle und Beratung besteht eine Wechselbeziehung, insbesondere soweit Fragen der zweckmäßigen und wirtschaftlichen Geschäftspolitik betroffen sind. Deswegen obliegt es dem Aufsichtsrat nach allgemeiner Auffassung, dem Vorstand im Hinblick auf künftige geschäftspolitische Entscheidungen **beratend** zur Seite zu stehen.<sup>178</sup> Nicht möglich ist es allerdings, Maßnahmen der Geschäftsführung auf den Aufsichtsrat zu übertragen (§ 111 Abs. 4 S. 1 AktG).

Gemäß § 171 AktG prüft der Aufsichtsrat den **Jahresabschluss** und stellt diesen gemäß § 172 AktG gemeinsam mit dem Vorstand fest, sofern nicht abweichend bestimmt ist, dass die Feststellung der Hauptversammlung überlassen bleibt.

### **b) Ausschüsse**

In praxi von besonderer Bedeutung bei größeren Aktiengesellschaften ist die Möglichkeit, aus der Mitte des Aufsichtsrats einen oder mehrere Ausschüsse zu bestellen, namentlich, um die eigenen Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung der Beschlüsse zu überwachen (§ 107 Abs. 3 S. 1 AktG). Gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 AktG kann der Aufsichtsrat insbesondere einen **Prüfungsausschuss** bestellen, der sich mit der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses, der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems, des Risikomanagementsystems und des

---

<sup>174</sup> Berücksichtige darüber hinaus das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BGBl I 2009, 2509.

<sup>175</sup> BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 – ARAG/Garmenbeck.

<sup>176</sup> BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 (3. Leitsatz) – ARAG/Garmenbeck

<sup>177</sup> C. Schäfer, GesR, § 41 Rn. 17.

<sup>178</sup> MHD B GesR, Band IV/Hoffmann-Becking, § 29 Rn. 51.

internen Revisionsystems sowie der Abschlussprüfung, der Qualität der Abschlussprüfung und der vom Abschlussprüfer zusätzlich erbrachten Leistungen befasst.

### **c) Haftung**

Bei nicht ordnungsgemäßer Ausführung seiner Aufgaben haftet der Aufsichtsrat im Verhältnis zur Gesellschaft **gemäß § 116 AktG iVm § 93 AktG auf Schadensersatz**. Wie das Gesetz deutlich macht, gilt § 93 AktG lediglich „sinngemäß“ (§ 116 S. 1 AktG). Hintergrund ist u.a., dass den unterschiedlichen Kompetenzen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im Rahmen der (Sorgfalts-)Anforderungen angemessen Rechnung zu tragen ist: Aufgabe des Aufsichtsrates ist es gerade nicht, die AG zu leiten, sondern die Geschäftsführung zu überwachen und zu beraten.

Gesetzlich normierte Beispiele für Haftungstatbestände im AktG sind § 116 Abs. 1 S. 3 AktG (unangemessene hohe Bezüge zugunsten des Vorstands festgesetzt) oder § 87 Abs. 2 AktG (Nichterabsetzung der Bezüge trotz schlechterer Lage der Gesellschaft). Weiterhin ist der Aufsichtsrat gemäß § 15a Abs. 3 InsO zur Stellung des Insolvenzantrags bei Führungslosigkeit der Gesellschaft verpflichtet; ein Verstoß hiergegen löst ebenfalls die Innenhaftung aus. Darüber hinaus ist der Aufsichtsrat offensichtlich schadensersatzpflichtig, wenn er bestehende Schadensersatzansprüche gegen ein Vorstandsmitglied nicht verfolgt. Der II. Zivilsenat des BGH hat dabei klargestellt, dass die Verjährung des Schadensersatzanspruchs der AG gegen ein Aufsichtsratsmitglied gemäß §§ 116 S. 1, 93 Abs. 2, 6 AktG wegen Verjährenlassens von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied gemäß § 200 S. 1 BGB mit dem Zeitpunkt der Verjährung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied beginnt.<sup>179</sup>

Eine zentrale Frage im Prozess ist regelmäßig, ob ein Überwachungsversagen wegen Verletzung der **Informationsobliegenheit** aufseiten des Aufsichtsrats vorliegt. Grundsätzlich darf sich der Aufsichtsrat auf die Informationsversorgung durch den Vorstand verlassen, er muss aber für eine hinreichende Organisation des Berichtswesens selbst Sorge tragen.<sup>180</sup> In Krisenzeiten sind die Bemühungen zu intensivieren. Hinsichtlich etwaiger Rechtsirrtümer, namentlich aufgrund fehlerhafter Beratung durch Dritte, ist auf die ISION-Grundsätze<sup>181</sup> zurückzugreifen.

### **3. Die Hauptversammlung**

In der Hauptversammlung üben die Aktionäre ihre Rechte in Angelegenheiten der Gesellschaft aus (§ 118 AktG); sie ist damit der „**Sitz der Aktionärsdemokratie**“.

Bei Abstimmungen in der Hauptversammlung gilt im Grundsatz das Prinzip der einfachen Stimmenmehrheit (§ 133 AktG). Abweichendes ist gemäß § 179 Abs. 2 AktG für Satzungsänderungen bestimmt: hier ist eine Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich. In Ausnahmefällen erfordert das Gesetz eine qualifizierte Mehrheit der abgegebenen Stimmen (vgl. etwa §§ 103 Abs. 1 S. 2, 111 Abs. 4 S. 3 AktG). Diese Mehrheit ist

---

<sup>179</sup> BGHZ 219, 356 = NZG 2018, 1301 (1. Leitsatz).

<sup>180</sup> Koch, AktG § 116 Rn. 15.

<sup>181</sup> Vgl. dazu oben beim Vorstand.

nicht nach Köpfen, sondern nach Kapitalbeträgen zu bemessen, denn das Stimmrecht wird nach den Aktiennennbeträgen, bei Stückaktien nach der Zahl, ausgeübt (§ 134 Abs. 1 S. 1 AktG).<sup>182</sup>

#### **a) Kompetenzen**

Wie oben bereits ausgeführt, ist das Aktienrecht von der Idee der **Machtbalance** geprägt. Deshalb besteht keine Allzuständigkeit der Hauptversammlung. Vielmehr ist sie nur in den im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen zur Entscheidung berufen. Die Kompetenzen der Hauptversammlung betreffen in der Regel sog. **Grundlagengeschäfte** und sie folgen grundsätzlich aus dem Katalog des § 119 Abs. 1 AktG, teils aber (in Sondersituationen) auch aus anderen Vorschriften des Aktienrechts (vgl. §§ 182 ff., § 293 Abs. 1 S. 1 AktG oder § 327a AktG) oder aus anderen Gesetzen (s. zB § 193 UmwG).

Der Vorstand führt, wie gesehen, die Geschäfte der Aktiengesellschaft gemäß § 76 AktG eigenverantwortlich. Deshalb steht es der Hauptversammlung nicht zu, über Geschäftsführungsmaßnahmen zu befinden. Etwas anderes gilt allerdings, wenn der Vorstand eine Maßnahme der Geschäftsführung der Hauptversammlung zur Entscheidung vorgelegt hat (vgl. § 119 Abs. 2 AktG). Hintergrund dieser Vorlageentscheidung wird das Bestreben des Vorstands sein, Haftungsrisiken zu minimieren, indem ihm dann die Möglichkeit offensteht, sich auf den Ausschlussstatbestand des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG zu berufen. „Kehrseite“ der Medaille (aus Vorstandssicht) ist bei diesem Vorgehen freilich, dass die Maßnahme der Hauptversammlung gemäß § 83 Abs. 2 AktG umzusetzen ist.

#### **b) Ungeschriebene Mitwirkungskompetenzen**

Eine praktisch wichtige Fragestellung ist, inwieweit über die im Gesetz ausdrücklich festgeschriebenen Zuständigkeiten hinaus auch ungeschriebene Kompetenzen der Hauptversammlung bestehen. Solche Kompetenzen hat der II. Zivilsenat des BGH im vielbeachteten **Holz Müller-Urteil** 1982 im Grunde anerkannt.<sup>183</sup>

**Beispiel:** Die beklagte AG betrieb neben einem Handel einen Seehafen. Der Seehafen war ein florierender Unternehmensteil, sogar das „Herzstück“ des Unternehmens. Diesen Unternehmensteil gliederte die AG auf eine 100%ige Tochtergesellschaft (KGaA) aus, ohne die Maßnahme vorab der Hauptversammlung zur Entscheidung vorzulegen. Klägerseitig wurde u.a. beantragt: festzustellen, dass die Einbringung des Seehafenbetriebs in das Vermögen der Tochtergesellschaft nichtig sei; hilfsweise, die Bekl. zur Rückübertragung des Seehafenbetriebs zu verurteilen; hilfsweise festzustellen, dass die beklagte AG verpflichtet sei, insbes. bei Kapitalerhöhungsmaßnahmen in der Tochtergesellschaft, die Zustimmung der Hauptversammlung der Bekl. mit der dort nach dem Gesetz erforderlichen Mehrheit einzuholen. Der Kläger hatte dabei zwei Dinge gerügt: *Erstens* läge eine Vermögensübertragung iSd § 361 AktG a.F. vor, die eine Hauptversammlungsbeteiligung erfordere. *Zweitens* sei die Ausgliederung eines wesentlichen Unternehmensteils eine strukturändernde Maßnahme.

Lösungshinweise: Eine Beschlusskompetenz der Hauptversammlung folgte nicht aus § 361 AktG a.F. (heute § 179a AktG), weil keine Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens stattfand, insbesondere deswegen

---

<sup>182</sup> Näher unten.

<sup>183</sup> BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703 – Holz Müller.

nicht, weil das zurückbehaltene Betriebsvermögen ausreichte, um das in der Satzung festgelegte Unternehmensziel weiterhin zu verfolgen. Eine analoge Anwendung des § 179a AktG auf einen wesentlichen Unternehmensziel oder auf den Schwerpunkt sei aus Gründen der Rechtssicherheit nicht angezeigt (jeweils Ziff. I 2a des Urteils). Allerdings bestehe dort, wo die Maßnahme einem im Gesetz geregelten Sachverhalt sehr nahe komme, ausnahmsweise die Pflicht des Vorstands, von der Möglichkeit des § 119 Abs. 2 AktG Gebrauch zu machen (Ziff. I 2c des Urteils).<sup>184</sup> Insbesondere in den Fällen, in denen ein Eingriff „tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse“ vorliege – hier: Kernbereich der Unternehmenstätigkeit –, handle der Vorstand sorgfaltspflichtwidrig, wenn er die Hauptversammlung nicht beteilige. Im Außenverhältnis bleibe indes die Maßnahme gemäß § 82 Abs. 1 AktG wirksam (Ziff. I 2d des Urteils). Da durch die Ausgliederung des substanz- und ertragsmäßig bei weitem wertvolleren Teil des Unternehmens die Aktionärsrechte in der Obergesellschaft erheblich verkürzt werden und die Gefahr bestehe, dass der Vorstand als Alleinaktionär in der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre durch eigenmächtiges Handeln vollends aushöhle, müsse bei bedeutsamen Entscheidungen in der Tochtergesellschaft die Zustimmung der Hauptversammlung der Obergesellschaft eingeholt werden (Ziff. III des Urteils) – nämlich in der Form, wie sie auch einschlägig wäre, wenn es sich um eine Angelegenheit der Obergesellschaft gehandelt hätte. Insbesondere bei einer Kapitalerhöhungsmaßnahme in der Tochtergesellschaft sei eine solche Beteiligung der Hauptversammlung in der Obergesellschaft erforderlich (Ziff. IV des Urteils).

Weitere Konkretisierungen dieser Rechtsprechung zu den strukturändernden Maßnahmen folgten viele Jahre nach der Holzmüller-Entscheidung in den Urteilen „**Gelatine I und II**“.<sup>185</sup> Gegenstand dieser Entscheidungen waren Umstrukturierungen im Konzern. Die Mediatisierung (oder Verwässerung) von Aktionärsrechten sei ein ausreichender Grund, eine Kompetenz der Hauptversammlung zu begründen (zB durch Verlagerung von Unternehmensteilen auf eine nachgelagerte Konzernebene). Relevant werden könne dabei auch eine Verlagerung von der Tochterebene auf die Enkelebene, obgleich schon bis dahin der Aktionärs Einfluss auf die Tochtergesellschaften bereits stark relativiert war. Einschränkend sei allerdings zu fordern, dass der fragliche Unternehmensteil einen wesentlichen Anteil am Gesamtkonzern ausmache (ca. 80 %).<sup>186</sup> Bemerkenswert ist an den Entscheidungen Gelatine I und II, dass der II. Zivilsenat sein Ergebnis einer „offenen Rechtsfortbildung“ entnimmt – mithin § 119 Abs. 2 AktG nicht mehr bemüht.

### **c) Einberufung und Durchführung**

Die Hauptversammlung wird in den durch Gesetz oder Satzung bestimmten Fällen sowie dann, wenn es das Wohl der Gesellschaft verlangt (§ 121 Abs. 1 AktG), durch den Vorstand einberufen (§ 121 Abs. 2 AktG). Die Einberufung hat die Angaben des § 121 Abs. 3 AktG zu enthalten und sie muss die Frist des § 123 Abs. 1 AktG einhalten. Die Hauptversammlung ist nach § 120 Abs. 1 AktG mind. einmal jährlich abzuhalten (sog. **ordentliche Hauptversammlung**). In den anderen Fällen ist von einer **außerordentlichen Hauptversammlung** die Rede, beispielsweise auch dann, wenn der Aufsichtsrat nach Maßgabe des § 111 Abs. 3 AktG eine Hauptversammlung einberuft.

---

<sup>184</sup> Ablehnend gegenüber dieser Begründung, iÜ das Urteil aber grundsätzlich befürwortend Karsten Schmidt, GesR, § 28 V 2 b.

<sup>185</sup> BGHZ 159, 30 = NJW 2004, 1860; BGH NZG 2004, 575.

<sup>186</sup> Siehe C. Schäfer, GesR, § 41 Rn. 27.

Aus dem Kreis der Aktionäre kann die Hauptversammlung unter den Voraussetzungen des § 122 AktG einberufen werden (Antrag von Aktionären, deren Anteile zusammen den 5 % des Grundkapitals erreicht oder wenn sie mit ihrer Beteiligung den anteiligen Betrag von 500.000 EUR erreichen).

Zur **Teilnahme** an der Hauptversammlung sind grundsätzlich alle Aktionäre berechtigt (§§ 118 Abs. 1, 134 Abs. 2 AktG). Außerdem sind Stimmrechtsbevollmächtigte teilnahmeberechtigt. Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats sollen an der Hauptversammlung teilnehmen; in der Satzung kann jedoch für bestimmte Fälle vorgesehen sein, dass die Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen darf (§ 118 Abs. 3 AktG). Hintergrund dieser Flexibilisierung ist, dass die Teilnahme der Aufsichtsratsmitglieder für den Ablauf der Hauptversammlung nicht so wichtig wie die Teilnahme der Vorstandsmitglieder ist, da gegenüber den Aktionären nur der Vorstand auskunftspflichtig ist.<sup>187</sup> Zugegen ist auch der Notar, der mit der Protokollierung beauftragt ist; er nimmt somit kraft Amtes an der Hauptversammlung teil (s. § 130 Abs. 1a AktG). Die Zulassung von Dritten in der Hauptversammlung, etwa von Pressevertretern, ist optional.<sup>188</sup>

Das Aktienrecht kannte in den §§ 118 ff. AktG lange Zeit ausschließlich den Grundsatz der **Präsenzversammlung**. Eine Öffnung zugunsten der technologischen Möglichkeiten der „Moderne“ fand nur zurückhaltend statt (s. etwa § 118 Abs. 4 AktG). Erst die COVID-19-Pandemie führte in eine neue Richtung, die nun gemäß § 118a AktG auch die **virtuelle Hauptversammlung**<sup>189</sup> vorsieht, sofern die Gesellschaft für die Hauptversammlung ohne physische Präsenz eine statutarische Grundlage geschaffen hat.<sup>190</sup> Ein Vorteil der virtuellen Hauptversammlung ist u.a., dass durch den Wegfall der Anreise die Teilnahmedichte steigt und in der Folge auch die Diversität der teilnehmenden Aktionärsgruppen, die der Vorstand während der Hauptversammlung zu erreichen vermag.<sup>191</sup>

Geleitet wird die Hauptversammlung von ihrem **Vorsitzenden** (vgl. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG). Die Person des Vorsitzenden folgt entweder schon aus der Satzung, aus der Geschäftsordnung der Hauptversammlung oder wird in der Hauptversammlung bestimmt. In der Praxis wird die Hauptversammlung regelmäßig vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats geleitet. In der Regel ist der Vorsitzende nach § 131 Abs. 2 S. 2 AktG durch die Satzung ermächtigt, das Frage- und Rederecht des Aktionärs zeitlich angemessen zu beschränken. Er bestimmt somit den Ablauf der Hauptversammlung. In praxi wird in aller Regel (u.a. von beratenden Kanzleien) vorab ein Leitfaden für den Versammlungsleiter verfasst, anhand dessen er die Versammlung abwickelt.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup> MHdB GesR, Band IV/Hoffmann-Becking, § 37 Rn. 2.

<sup>188</sup> Saenger, GesR, Rn. 609.

<sup>189</sup> Näher zur virtuellen Hauptversammlung Walch/Häuslmeier DNotZ 2023, 106.

<sup>190</sup> Das Gesetz kennt zwei unterschiedliche Arten: Entweder durch eine (starre) Bestimmung in der Satzung oder eine (flexiblere) satzungsmäßige Ermächtigung des Vorstands, die Abhaltung einer virtuellen Hauptversammlung vorzusehen. Zu beachten sind jeweils die Befristungstatbestände (§ 118a Abs. 3, 4 AktG).

<sup>191</sup> Bommer/Stüber GP 04/2024, S. 50.

<sup>192</sup> MHdB GesR, Band IV/Hoffmann-Becking, § 37 Rn. 82.

#### **d) Beschlussfassung und Ausübung des Stimmrechts**

Die Entscheidungen in der Hauptversammlung werden durch **Beschluss** getroffen. Dieser muss grundsätzlich notariell beurkundet werden (§ 130 Abs. 1 S. 1 AktG). Fehlt die Beurkundung, so hat dies gemäß § 241 Nr. 2 AktG die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge.

Das Stimmrecht des Aktionärs entsteht mit vollständiger Leistung der Einlagen (§ 134 Abs. 2 S. 1 AktG). Es kann verschiedentlich **ausgeübt** werden: Neben der unmittelbaren Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung ist die elektronische oder schriftliche Stimmabgabe möglich (vgl. § 118 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 1 AktG). Durch **Dritte** kann das Stimmrecht im Wege der Bevollmächtigung in Textform ausgeübt werden (§ 134 Abs. 3 AktG, §§ 164 ff. BGB), also durch einen Stimmrechtsvertreter. Besondere Regeln gelten gemäß § 135 AktG für das sog. Depotstimmrecht, das durch bevollmächtigte Intermediäre (häufig, aber nicht ausschließlich Depotbanken) ausgeübt wird. Möglich ist es zudem, im Wege der Legitimationsübertragung einen Dritten zur Ausübung im eigenen Namen zu ermächtigen (§ 129 Abs. 3 AktG, § 185 Abs. 1 BGB).

In bestimmten Situationen kann der Aktionär einem Stimmverbot unterliegen. § 136 Abs. 1 AktG regelt einen solchen Ausschluss. Erfasst sind Sachverhalte der Interessenkollision; das Stimmrecht kann dann weder vom Aktionär noch von einem Dritten ausgeübt werden (vgl. Abs. 1 S. 2).

Eine Stimmbindungsvereinbarung des Aktionärs mit Bindung gegenüber der AG, ihrer Verwaltung oder einem abhängigen Unternehmen ist gemäß § 136 Abs. 2 AktG nichtig. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass anderweitige **Stimmbindungsverträge** möglich sind. Insbesondere ist es möglich, mit anderen Aktionären ein Stimmrechtskonsortium zu bilden; es entsteht auf diese Weise eine GbR zwischen den Aktionären (§§ 705 ff. BGB).<sup>193</sup>

#### **e) Mehrheiten**

Beschlüsse werden in der Hauptversammlung grundsätzlich mit **einfacher Stimmmehrheit** gefasst (§ 133 Abs. 1 AktG); abweichende Mehrheitserfordernisse können sich aus dem Gesetz oder aus der Satzung ergeben.

Das Gesetz kann eine **qualifizierte Mehrheit** vorsehen, wobei zwei unterschiedliche Ausprägungen auseinanderzuhalten sind: (i) Eine qualifizierte Stimmenmehrheit von  $\frac{3}{4}$  der *abgegebenen* Stimmen fordert zB § 103 Abs. 1 S. 2 AktG (Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds). (ii) Eine qualifizierte Kapitalmehrheit von  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals bedarf es hingegen zB gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 AktG bei Satzungsänderungen, gemäß §§ 182 Abs. 1, 193 Abs. 1, 202 Abs. 2, 207 Abs. 2 AktG bei Kapitalerhöhungen sowie gemäß §§ 222 Abs. 1, 229 Abs. 3 AktG bei Kapitalherabsetzungen, weiterhin gemäß § 179a Abs. 1 AktG bei Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens oder gemäß §§ 65 Abs. 1, 125, 176 ff. UmwG bei Umwandlungsbeschlüssen. Diese qualifizierte Mehrheit hat in der Praxis die wichtige Konsequenz der **Sperrminorität**: Wer über 25 % der Kapitalanteile verfügt, kann Grundlagenbeschlüsse durch andere Aktionäre verhindern.

---

<sup>193</sup> Saenger, GesR, Rn. 616.

Der **Grundsatz der Einstimmigkeit** gilt bei Beschlüssen zur Änderung des Gesellschaftszwecks (§ 33 Abs. 1 S. 2 BGB analog).<sup>194</sup>

Bei Beschlüssen über **Satzungsänderungen** gilt – wie gesehen – im Grundsatz die qualifizierte Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  des Grundkapitals (§ 179 Abs. 2 S. 1 AktG), sofern in der Satzung keine abweichende Mehrheit – soweit gesetzlich zulässig – bestimmt ist. Ein satzungsändernder Beschluss ist gegeben, wenn auf den Text der Satzungsurkunde durch Einfügen oder Aufgeben eingewirkt wird oder wenn inhaltliche bzw. formale Veränderungen vorgenommen werden.<sup>195</sup> Der satzungsändernde Beschluss muss gemäß § 181 AktG zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

In manchen Fällen ermöglicht das Gesetz eine Maßnahme auf Grundlage einer **qualifizierten Minderheit**: Gemäß § 147 Abs. 2 AktG ist beispielsweise ein Antrag von 10 % des Grundkapitals oder von Aktionären, deren Aktienbesitz den anteiligen Betrag von 1 Mio. EUR erreicht, ausreichend, damit auf gerichtliche Bestellung durch einen besonderen Vertreter etwaige Gesellschaftsansprüche verfolgt werden; und gemäß § 265 Abs. 3 AktG hat das Gericht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und auf Antrag von 5 % des vertretenen Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 EUR einen Abwickler zu bestellen und abzuberufen.

#### **f) Antrags- und Auskunftsrecht**

Aktionäre sind berechtigt, Anträge zu stellen. Eine Rolle spielen insbes. „**Gegenanträge**“, die im Sinne einer „Opposition“<sup>196</sup> des Aktionärs unter den Voraussetzungen der §§ 126 f. AktG als alternative Vorschläge zu Punkten der Tagesordnung und Wahlvorschlägen gestellt werden. Der angekündigte, aber in der Hauptversammlung nicht nochmals wiederholte Antrag bleibt aktienrechtlich bedeutungslos, während es umgekehrt möglich ist, oppositionelle Beschlussanträge erstmals in der Versammlung zu stellen.<sup>197</sup> Für die virtuelle Hauptversammlung stellt dies § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG explizit klar.

Jedem Aktionär steht in der Hauptversammlung ein **Auskunftsrecht** über „Angelegenheiten der Gesellschaft“ zu, soweit dies **gemäß § 131 Abs. 1 S. 1 AktG** „zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist“. Ziel des Auskunftsrechts (und Rederechts, § 131 Abs. 2 S. 2 AktG) ist es, dem Aktionär eine verantwortliche und sachgemäße Stimmrechtsausübung zu ermöglichen.<sup>198</sup> Die Auskunft kann grundsätzlich nur in der Hauptversammlung verlangt werden und das Verlangen ist formell dahin gehend beschränkt, dass es einen Bezug zu einem Gegenstand der Tagesordnung aufweisen muss.<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 16 Rn. 70.

<sup>195</sup> Saenger, GesR, Rn. 613.

<sup>196</sup> Koch AKtG § 126 Rn. 1.

<sup>197</sup> Simons/Hauser NZG 2020, 488, 493.

<sup>198</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 112.

<sup>199</sup> Zur verfassungsrechtlichen Legitimität dieser Einschränkungen BVerfG NJW 2000, 349.

**Beispiel:**<sup>200</sup> Die Wire.Karten AG mit Sitz Aschheim plant die Veräußerung der Tochtergesellschaft Best.IT AG an die Investpolis GmbH. Auf der ordnungsgemäß einberufenen Hauptversammlung ist dieses geplante Geschäft ein Tagesordnungspunkt. Der Aktionär und Privatier P verlangt diesbzgl. Auskunft darüber, ob es richtig sei, dass der Vorstandsvorsitzende der Wire.Karten AG, Barkus Maun, mit dem Geschäftsführer der Investpolis GmbH verschwägert sei. Der Vorstand weist das Auskunftsbegehren mit dem Hinweis zurück, das sei eine private Frage. Soweit P Bedenken hinsichtlich des Kaufpreises habe, sei man bereit, alle intern und unabhängig erstellten Unterlagen zur Unternehmensbewertung zur Einsicht vorzulegen.

**Lösungshinweise:** Der Auskunftsanspruch des P folgt aus § 131 Abs. 1 S. 1 AktG. Ein Verweigerungsrecht des Vorstands aus § 131 Abs. 3 AktG besteht nicht. Insoweit könnte die Auskunft nur verweigert werden, wenn die Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 S. 1 AktG nicht erfüllt sind – insbesondere, wenn keine „Angelegenheit der Gesellschaft“ betroffen ist oder die Auskunft nicht für eine „sachgemäße Beurteilung“ eines „Tagesordnungspunktes“ als „erforderlich“ erscheint.

Hier ist ein „Tagesordnungspunkt“ betroffen und es ist auch eine „Angelegenheit der Gesellschaft“ einschlägig, da es darum geht, alle Anteile, die von der AG an der Best.IT AG gehalten werden, an einen Dritten zu veräußern. Hinsichtlich der Frage, inwieweit die verlangte Auskunft für eine „sachgemäße Beurteilung...erforderlich“ ist, sind die Regelungsziele des § 131 AktG in den Blick zu nehmen. Einesteils soll sichergestellt sein, dass die Aktionäre informierte Entscheidungen in eigenen Vermögensangelegenheiten treffen und mitgliederschaftliche Positionen wahrnehmen können. Andernteils soll ein zweckmäßiger Ablauf der Hauptversammlung sichergestellt sein. Das Merkmal der Beurteilungserforderlichkeit hat insbesondere zum Ziel, missbräuchliche Begehren zu unterbinden.<sup>201</sup> Es wird aus der Perspektive eines objektiv denkenden Durchschnittsaktionärs beurteilt, der die Gesellschaftsverhältnisse nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kennt und die Information als wesentliches Element zur Entscheidungsfindung benötigt.<sup>202</sup> Dadurch wird das Informationsrecht des § 131 AktG in qualitativer und quantitativer Hinsicht sowie hinsichtlich seines Detaillierungsgrads begrenzt.<sup>203</sup>

Diese Kriterien zugrunde gelegt, ist ein Verweigerungsrecht tendenziell zu verneinen. Eine private Nähebeziehung zwischen dem Vorstandsvorsitzenden der veräußernden AG und dem Geschäftsführer der erwerbenden GmbH kann bedeuten, dass keine marktgerechten Konditionen vereinbart wurden. Zwar kann P auf interne und externe Unterlagen zur Unternehmensbewertung Zugriff nehmen, um den ausgehandelten Preis zu bewerten. Ein objektiv denkender Durchschnittsaktionär würde allerdings die betreffenden Unterlagen mit einer anderen Aufmerksamkeit lesen, wenn er sachfremde Motive befürchten müsste, als bei einem neutralen Geschäft mit einem fremden Dritten. Der Aktionär wird veranlasst, die Dokumente gleichsam mit der Lupe zu studieren, weil er in Unsicherheit darüber gelassen wird, ob Verdachtsmomente existieren, die auf sachfremde Erwägungen schließen lassen. Das Auskunftsverlangen ist hier auch nicht geeignet, den zweckmäßigen Ablauf der Hauptversammlung zu stören, indem die Information durch eine einfache „Ja“- oder „Nein“-Antwort hätte erteilt werden können. Insoweit überwiegt das Auskunftsinteresse des P (a.A. vertretbar).

Das Auskunftsverlangen kann aus Gründen der **Gleichbehandlung** dann nicht (mehr) zurückgewiesen werden, wenn einem Aktionär in dieser Eigenschaft eine Auskunft außerhalb der Hauptversammlung bereits erteilt wurde.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> Ähnlicher Sachverhalt bei Altenhofen, Übungen im Kapitalgesellschaftsrecht, Fall 9, indes mit abweichendem Ergebnis zu hier.

<sup>201</sup> BGH NJW 2014, 541 Rn. 20 – Adam/Schuhknecht mwN.

<sup>202</sup> BGH NJW 2014, 541 – Adam/Schuhknecht mwN.

<sup>203</sup> BGHZ 180, 9 Rn. 39 – Kirch/Deutsche Bank; BGH NJW 2014, 541 Rn. 20 – Adam/Schuhknecht.

<sup>204</sup> Näher Hirte, KapitalgesR, Rn. 4.27.

**Beispiel:** Im obigen Beispiel wäre also eine Auskunft an P über ein etwaiges Verwandtschaftsverhältnis nicht zu versagen, wenn eine entsprechende Auskunft einem anderen Aktionär bereits erteilt worden wäre. Die Auskunft könnte freilich zurückgewiesen werden, wenn es sich um eine allgemein bekannte Tatsache handeln würde, weil ein solches Auskunftsbegehren eines Aktionärs den zweckmäßigen Ablauf einer Hauptversammlung unnötig stört und eine erneute Bestätigung durch das betroffene Vorstandsmitglied nicht „erforderlich“ ist.

Welche **Informationen** nach Maßgabe des § 131 Abs. 1 S. 1 AktG zu erteilen sind, beurteilt sich aus der Sicht eines objektiv denkenden Aktionärs.<sup>205</sup> Die Auskunft muss „den **Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft**“ entsprechen (§ 131 Abs. 2 S. 1 AktG). Mitzuteilen sind somit im Sinne einer vollständigen Auskunft alle erheblichen Tatsachen.

Nur unter den Voraussetzungen des § 131 Abs. 3 AktG kann eine **Auskunft verweigert** werden. In der Praxis eine große Rolle spielt § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG, der eine Auskunftsverweigerung ermöglicht, wenn die Auskunft geeignet ist, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen (insbes.: die Aufdeckung von Geschäftsgeheimnissen steht zu befürchten).

Ist dem Aktionär die Auskunft verweigert worden, so sind auf sein Verlangen hin seine Frage und der Verweigerungsgrund in die **Niederschrift** über die Hauptversammlung aufzunehmen (§ 131 Abs. 5 AktG). Sodann stehen dem Aktionär **zwei Rechtsbehelfe** zur Verfügung: Nach Maßgabe des § 132 AktG kann er **Auskunftserzwingungsverfahren** einleiten oder er kann – auch ohne Erzwingungsverfahren – den Beschluss zu dem betroffenen Tagesordnungspunkt **anfechten**.

### **g) Beschlussmängel**

Würde über alle Beschlüsse der Hauptversammlung ein mögliches **Nichtigkeitsverdikt** schweben, hätte dies erhebliche Rechtsunsicherheiten zur Folge. So wäre es nicht im Interesse der Gesellschaft oder der Aktionäre, wenn zB ein Verschmelzungsbeschluss mehrere Jahre nach Beschlussfassung wegen Nichtigkeit angegriffen und die Rückgängigmachung bewirkt werden könnte. Deshalb regelt das Gesetz in § 241 AktG und zB in §§ 250, 253 AktG in restriktiv anzuwendenden Tatbeständen die Nichtigkeitsgründe. Wie die Nr. 3 („Wesen mit der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren“) und die Nr. 4 („Inhalt gegen die guten Sitten verstößt“) des § 241 AktG zeigen, geht es ausschließlich um gravierende Mängel. Solche Nichtigkeitsmängel werden idR gemäß § 242 AktG nur ausnahmsweise geheilt durch eine Eintragung in das Handelsregister (teils nach einer Wartefrist).

Alle übrigen Mängel, die nicht zur Nichtigkeit führen, können lediglich eine **Anfechtbarkeit** begründen; dies zeigen die §§ 243, 251, 254, 255 AktG. Das Anfechtungsrecht kann ausgeschlossen sein (vgl. § 255 Abs. 2 AktG<sup>206</sup>), etwa aus Beschleunigungsgründen.<sup>207</sup>

Im Hinblick auf die Beschlussanfechtung sind zwei Fehlerkategorien zu unterscheiden:

<sup>205</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 113.

<sup>206</sup> Zur Neufassung s. etwa Mock AG 2024, 797.

<sup>207</sup> Henssler/Strohn/Drescher AktG § 255 Rn. 6.

– Verfahrensfehler liegen vor, wenn beim Zustandekommen des Beschlusses das Gesetz oder die Satzung verletzt wurden. Ist bei wertender Betrachtungsweise aus der Sicht eines objektiv urteilenden Aktionärs möglich oder nicht ausgeschlossen, dass sich der Verfahrensfehler auf das Beschlussergebnis,<sup>208</sup> also auf die Mitwirkungsrechte des Aktionärs ausgewirkt hat, so liegt ein zur Anfechtung berechtigender Mangel vor.

**Beispiel:** Es wird über Gegenstände der Tagesordnung, die nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht sind, entgegen § 124 Abs. 4 S. 1 AktG ein Beschluss gefasst. Dieses Beschlusshindernis begründet eine Anfechtbarkeit gemäß § 243 Abs. 1 AktG.

– Ein Inhaltsfehler besteht bei einem inhaltlichen Verstoß gegen das Gesetz oder gegen die Satzung. Typisch sind die Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53a AktG) oder gegen Treuepflichten.<sup>209</sup>

**Beispiel:** Es ergeht ein Kapitalerhöhungsbeschluss mit Bezugsrechtsausschluss für einen Großteil der Aktionäre.<sup>210</sup>

Die Klagebefugnis bei der **Nichtigkeitsklage** folgt aus § 249 Abs. 1 AktG (Aktionär, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied). Es handelt sich dabei um eine Feststellungsklage iSd § 256 ZPO. Im Übrigen gelten die für die Anfechtungsklage maßgeblichen Vorschriften.

Hinsichtlich der **Anfechtungsklage** folgt der Kreis der Anfechtungsbefugten aus § 245 AktG. Die Klage muss innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erhoben werden (§ 246 Abs. 1 AktG). Das Rechtsschutzbedürfnis setzt nicht voraus, dass der Kläger durch den geltend gemachten Gesetzes- oder Satzungsverstoß persönlich betroffen ist.<sup>211</sup> Denn ein stattgebendes Urteil wirkt für und gegen alle Aktionäre. Die Anfechtungsklage ist also kein bloßes Individualrecht, sondern eine Maßnahme der **objektiven Beschlusskontrolle**.<sup>212</sup> Der Hauptversammlung steht eine Bestätigungsmöglichkeit gemäß § 244 AktG zu.

Der Anfechtungsklage kann mit dem **Einwand des individuellen Rechtsmissbrauchs** begegnet werden, „wenn der Kläger eine Anfechtungsklage mit dem Ziel erhebt, die verklagte Gesellschaft in grob eigennütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht erheben kann, wobei er sich im allgemeinen von der Vorstellung leiten lassen will, die verklagte Gesellschaft werde die Leistung erbringen, weil sie hoffe, daß der Eintritt anfechtungsbedingter Nachteile und Schäden dadurch vermieden oder zumindest gering gehalten werden könne“<sup>213</sup>. Die Klage eines „**räuberischen Aktionärs**“ ist wegen fehlender Klagebefugnis als unbegründet abzuweisen.<sup>214</sup> Eine aus sachfremden Erwägungen erhobene und somit rechtsmissbräuchliche Nichtigkeitsklage ist hingegen bereits unzulässig.<sup>215</sup>

---

<sup>208</sup> BGHZ 149, 158, 164 f. = NJW 2002, 1128, 1129 – Sachsenmilch.

<sup>209</sup> Koch AktG § 243 Rn. 21.

<sup>210</sup> BGHZ 71, 40 = NJW 1978, 1316.

<sup>211</sup> RGZ 166, 175, 188; BGHZ 43, 261, 265 f. = NJW 1965, 1378.

<sup>212</sup> Koch AktG § 246 Rn. 9.

<sup>213</sup> BGHZ 107, 296 = NJW 1989, 2689 (3. Leitsatz) – Kochs Adler.

<sup>214</sup> Saenger, GesR, Rn. 624.

<sup>215</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 2001, 970 (4. Leitsatz).

**Beispiel:** Aktionär A hat sich auf die Hauptversammlung der Legit AG minutiös vorbereitet und einen Fragenkatalog mit 50 Fragen mitgebracht. Im Zusammenhang mit einer geplanten Fusion zwischen der Legit AG und der I.git AG will A u.a. den Gebäudeversicherungswert (Wiederaufbauwert) verschiedener Gebäude der Legit AG wissen. Der Vorstand verweigert die Auskunft mit der Begründung, sie sei für das Fusionsvorhaben irrelevant.

Lösungshinweise: Hier kann angezweifelt werden, ob die begehrte Information wesentlich ist, mithin ob insofern ein Anfechtungsgrund iSd § 243 Abs. 4 AktG überhaupt besteht. Davon abgesehen könnte die Anfechtungsklage wegen fehlender Klagebefugnis als unbegründet zurückzuweisen sein, wenn es A nachweislich darum ging, sich für den „Lästigkeitswert“ seiner Klage eine Zahlung oder eine sonstige Zuwendung durch die AG versprechen zu lassen.

## VI. Finanzverfassung

### 1. Einführung

Wie oben schon beschrieben, existiert bei Kapitalgesellschaften als Kompensation für den wesensprägenden Ausschluss der Aktionärhaftung ein ebenso prägendes Garantiekapital, das bei der Aktiengesellschaft als **Grundkapital** bezeichnet ist. Das Aktienrecht sieht diesbzgl. Regelungen für zwei unterschiedliche Phasen vor: (i) im Zusammenhang mit der Aufbringung bei der Gründung der Gesellschaft und (ii) für die Erhaltung während der laufenden Tätigkeit der Aktiengesellschaft. Für beide Phasen enthält das Aktienrecht strenge Regeln, die im Recht der Personengesellschaften gar nicht bekannt und die im Recht der GmbH weniger streng ausgestaltet sind. Die Bestimmungen haben das Ziel, das Grundkapital „zusammenzuhalten“, denn andernfalls würde es aus Sicht der Gläubiger an der Haftungsverfassung fehlen, die einen Ausgleich für die fehlende persönliche Einstandspflicht der Gesellschafter gewährt. Und zudem könnte nicht von einer Kapitalsammelfunktion der Aktiengesellschaft die Rede sein, wenn das Kapital beliebig „verschleudert“ werden könnte.

Das Grundkapital ist ein in der **Satzung anzugebender** und fester **Betrag** (§ 23 Abs. 3 Nr. 3 AktG). Er ist gemäß § 266 Abs. 3 A. I. HGB als „gezeichnetes Kapital“ in der Bilanz zu passivieren. Dies hat eine entscheidende Bedeutung für die im Aktienrecht angestrebte Kapitalbindung: Wie aus §§ 57 Abs. 3, 58 Abs. 4 AktG folgt, darf unter die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden. Ein solcher Bilanzgewinn besteht nur, wenn das Vermögen der AG die Verbindlichkeiten *und* das satzungsmäßig ausgewiesene Grundkapital deckt. Folglich wird rechtstechnisch durch die Passivierung des Grundkapitals sichergestellt, dass die Einlagen nicht durch eine Ausschüttung an die Aktionäre aufgezehrt werden.<sup>216</sup>

In § 9 Abs. 1 AktG ist angeordnet, dass eine Aktie nicht unter den Betrag ausgegeben werden darf als den **Nennbetrag** oder den auf eine einzelne Stückaktie entfallenden anteiligen Betrag des Grundkapitals (Verbot einer Unterpari-Emission). Dies ist unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung unmittelbar einleuchtend. Wäre eine Unterpari-Emission möglich, dann würde die

---

<sup>216</sup> Davon zu trennen ist die Verwendung der Einlagen zu unternehmerischen Zwecken; dazu noch unten.

Aktiengesellschaft bereits bei ihrer Gründung nicht das festgeschriebene Grundkapital ausweisen. Gemäß § 9 Abs. 2 AktG ist hingegen ein höherer Betrag zulässig: eine Aktie zu einem Nennbetrag von 5 EUR kann gegen Einzahlung von 10 EUR ausgegeben werden (**Ausgabebetrag**). Dieser Ausgabeaufschlag, der auch als **Agio** bezeichnet wird, hat keine Bedeutung für die quotale Beteiligung des Aktionärs an dem Grundkapital, sondern für den Wert der Aktie und für die Eigenkapitaldecke der Gesellschaft. Der wirtschaftliche Grund, weshalb man ein solches Agio verlangt, liegt in der Erweiterung der Handlungsspielräume der Gesellschaft.<sup>217</sup> Während für das Gesellschaftsvermögen in Höhe des Grundkapitals ganz enge Bindungen existieren (dazu sogleich), ist dies hinsichtlich des Agios anders.

Bei einer Kapitalerhöhung ist ein höherer Ausgabebetrag als der Nennbetrag (= der geringste Ausgabebetrag) üblich. Eine Ausgabe zum Nennbetrag entspricht in der Regel nicht dem Verkehrswert der Aktie. Zudem würden neue Aktionäre gegenüber Altaktionären unverhältnismäßig bevorzugt, da ihr Aufwand für die gleiche Beteiligung viel geringer wäre.<sup>218</sup>

## 2. Kapitalaufbringung

Die Kapitalaufbringung ist im Aktienrecht umfassend geregelt. Abhängig davon, ob eine Bar- oder eine Sacheinlage übernommen wurde, gelten unterschiedliche Regeln, die sich im Ausgangspunkt auf einen Gedanken zurückführen lassen:<sup>219</sup> „Einlagen können nur solche Beträge sein, deren Leistung das haftende Vermögen mehrt“.

### a) Bareinlage

Die Aktionäre haben – soweit in der Satzung nichts anderes bestimmt ist – ihre Einlageverpflichtung durch eine „Einzahlung“ zu erfüllen (§ 54 Abs. 2 AktG). Es gilt somit der **Grundsatz der Bareinlage** (auch: Geldeinlage). Die Sacheinlage (s. unten) ist demgegenüber die Ausnahme.<sup>220</sup>

Die Bareinlage kann gemäß § 54 Abs. 3 AktG entweder in Bargeld („gesetzliches Zahlungsmittel“ = § 14 Abs. 1 S. 2 BBankG) oder als Buchgeld aufgebracht werden („durch Gutschrift auf ein Konto“). Gemäß § 54 Abs. 3 AktG muss das Buchgeld zwingend zugunsten eines Girokontos der Gesellschaft<sup>221</sup> gutgeschrieben werden; eine „Direktzahlung“ an Gesellschaftsmitgliedern ist also nicht möglich. Über die Einzahlung stellt die kontoführende Bank für das Eintragungsverfahren (s. oben) einen Nachweis aus (§ 37 Abs. 1 S. 3 AktG); für die Richtigkeit dieses Nachweises hat die Bank gemäß § 37 Abs. 1 S. 4 AktG haftungsbewehrt einzustehen. Ist der eingeforderte Betrag nicht ordnungsgemäß eingezahlt, kann keine Anmeldung der Gesellschaft erfolgen (§ 36 Abs. 2 AktG).

Dieser eingeforderte und eingezahlte Betrag muss gemäß § 36a Abs. 1 AktG **bei der Anmeldung mind.** ¼ des geringsten Ausgabebetrags (Nennbetrag) oder des Mehrbetrags (Nennbetrag zzgl.

<sup>217</sup> Koch, GesR, § 32 Rn. 1.

<sup>218</sup> C. Schäfer, GesR, § 42 Rn. 1.

<sup>219</sup> Siehe Karsten Schmidt, GesR, § 20 II 3 a.

<sup>220</sup> Vgl. Grigoleit/ders./Rachlitz AktG § 54 Rn. 6: Bareinlage besteht residual fort.

<sup>221</sup> Grundsätzlich bei einer inländischen Bank.

Agio) betragen (**Mindesteinzahlung**). Der Restbetrag ist gemäß § 63 Abs. 1 AktG auf Aufforderung des Vorstands einzuzahlen (**Resteinzahlung**). Für gleichwohl nicht eingezahlte Beträge gilt die Verzinsungspflicht gemäß § 63 Abs. 2 AktG und in der Satzung können Vertragsstrafen festgelegt sein (Abs. 3). Auch hinsichtlich der Resteinzahlung folgt aus dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, dass der geschuldete Betrag ohne Bedingung, Einschränkung oder Verwendungsbindung eingezahlt werden muss.<sup>222</sup>

Die Bareinlagenpflicht seitens des Aktionärs ist nur erfüllt, wenn der Geldbetrag gemäß § 36 Abs. 2 AktG **dem Vorstand endgültig zur freien Verfügung steht**. Der Vorstand muss also ohne Einschränkung über die Bareinlage disponieren können. Dafür muss der Betrag den Herrschaftsbereich des Einlegers verlassen haben und es dürfen keine Verwendungsbeschränkungen bestehen – insbesondere solche nicht, die einen direkten oder indirekten (Angehörige, beherrschte Gesellschaften) Rückfluss an den Aktionär bedeuten würden.<sup>223</sup> Der Vorstand muss **nach eigenem Ermessen** unter Berücksichtigung seiner Verantwortung für die Gesellschaft (§§ 76, 93 Abs. 1 AktG) über die Einlage verfügen können.<sup>224</sup>

Von der Einlagepflicht kann der Aktionär **nicht befreit** werden; eine Aufrechnung gegen eine Forderung der Gesellschaft ist prinzipiell nicht zulässig (§ 66 Abs. 1 AktG). Im Übrigen ist der Begriff der Befreiung im Sinne einer effektiven Kapitalaufbringung weit auszulegen:<sup>225</sup> Er erfasst jedes Geschäft, das den Anspruch der Aktiengesellschaft nach Grund, Höhe, Inhalt oder Leistungszeitpunkt beeinträchtigen würde (zB Erlassvertrag gemäß § 397 Abs. 1 BGB, unentgeltliche Stundung etc.). Eine Vergleichsvereinbarung über unter § 66 Abs. 1 AktG fallende Ansprüche ist hingegen trotz des dort enthaltenen Verbots, die Aktionäre von ihren Leistungspflichten zu befreien, dann zulässig, „wenn er wegen tatsächlicher oder rechtlicher Ungewissheit über den Bestand oder Umfang des Anspruchs geschlossen wird und sich dahinter nicht eine Befreiung in der Form eines Vergleichs versteckt“; relevant ist dies insbesondere für den Differenzhaftungsanspruch (dazu sogleich).<sup>226</sup>

### ***b) Sacheinlage und Sachübernahme***

Grundsätzlich ist es zulässig, das Grundkapital durch **Sacheinlagen** aufzubringen. Dabei ist *jede* andere Form der Einlage als eine Geldzahlung eine Sacheinlage. Indes ist nicht jeder Gegenstand als Sacheinlage einlagefähig.

Von der Sacheinlage zu trennen ist die **Sachübernahme**: Als solche wird gemäß § 27 Abs. 1 AktG eine Abrede bezeichnet, nach der die Gesellschaft vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensgegenstände übernehmen soll. Es geht darum, dass die Gesellschaft von

---

<sup>222</sup> Koch AktG § 54 Rn. 18.

<sup>223</sup> C. Schäfer, GesR § 42 Rn. 5.

<sup>224</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 147.

<sup>225</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 136.

<sup>226</sup> BGHZ 191, 364 = NZG 2012, 69 Rn. 20 ff. – Babcock.

dem Gründer oder einem Dritten Vermögensgegenstände gegen Vergütung und nicht gegen Gewährung von Aktien (Mitgliedschaft) übernimmt.<sup>227</sup> Der Unterschied zur Sacheinlage besteht also darin, dass der Vermögensgegenstand bei der Sachübernahme nicht als Einlageleistung auf die Gesellschaft übertragen, sondern aufgrund von schuldrechtlichen Vorabsprachen spätestens zum Zeitpunkt der Satzungsfeststellung von ihr erworben wird; der Leistende erhält somit keine Mitgliedschaftsrechte für die Sachleistung.<sup>228</sup> Vielmehr besteht für die Erlangung der Mitgliedschaftsrechte unverändert eine Bareinlagenpflicht.<sup>229</sup>

In der **Satzung müssen festgesetzt** werden (§ 27 Abs. 1 S. 1 AktG): der Gegenstand der Sacheinlage oder der Sachübernahme; die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt; der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien oder bei der Sachübernahme die zu gewährende Vergütung (**Satzungspublizität**). Soll die Gesellschaft einen Vermögensgegenstand übernehmen, für den eine Vergütung gewährt wird, die auf die Einlage eines Aktionärs *angerechnet* werden soll, so gilt dies gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 AktG als Sacheinlage.

Nicht jeder Gegenstand taugt als Sacheinlage. Bei Sacheinlagen oder -übernahmen ist die reale Kapitalaufbringung gefährdet, weil die ausreichende **Werthaltigkeit des Sachwerts** nicht stets sichergestellt werden kann. Dadurch besteht die Gefahr, dass das Grundkapital schon vor der Entstehung der AG ausgehöhlt wird. Ein Schutzbaustein zugunsten späterer Aktionäre und Gläubiger ist die erwähnte Satzungspublizität. Im Übrigen soll durch verschiedene Regeln eine **Überbewertung der Sacheinlage verhindert werden**.

Zunächst einmal sind einlagen- oder übernahmefähig gemäß § 27 Abs. 2 Hs. 1 AktG nur **Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist**. Gemeint ist letztlich damit, dass eine „funktionale Äquivalenz“ zwischen Sach- und Geldeinlage bestehen muss; dass also die Sacheinlage „so gut wie Geld ist“.<sup>230</sup> Einlage- oder übernahmefähig sind demnach grundsätzlich: Eigentum an Sachen, Forderungen, Immaterialgüterrechte sowie Unternehmen als Sach- und Rechtsgesamtheiten. *Nicht* einlage- bzw. übernahmefähig sind demgegenüber etwa: Dienstleistungen (s. explizit § 27 Abs. 2 Hs. 2 AktG),<sup>231</sup> eigene Aktien der Gesellschaft<sup>232</sup> oder aufschiebend bedingte Forderungen gegen Dritte, solange die Bedingung nicht eingetreten und der Bedingungseintritt auch nicht überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>233</sup>

Von der *Feststellbarkeit* des Vermögenswerts dieser Gegenstände ist die konkrete Ermittlung des Werts zu unterscheiden. Um etwaige Missbrauchspotentiale so weit wie möglich auszuschalten, gelten folgende Regeln:

---

<sup>227</sup> Wachter/ders., § 27 Rn. 19.

<sup>228</sup> Heckschen in Bech'sches Notar-HdB, § 23 Rn. 70.

<sup>229</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 135.

<sup>230</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 20 II 3 a.

<sup>231</sup> Dienstleistungen können im Insolvenzfall nicht verwertet werden und sind deshalb einlagefähig.

<sup>232</sup> BGH ZIP 2011, 2097 (1. Leitsatz); sie führen der Gesellschaft real kein neues Vermögen zu.

<sup>233</sup> BGH ZIP 2011, 1102, Rn. 14.

- Ist die Sachgründung nicht nach § 27 Abs. 1 S. 1 AktG in der Satzung ausgewiesen, ist die Eintragung gemäß § 38 Abs. 1 AktG abzulehnen;
- Sacheinlagen sind grundsätzlich vollständig und vor Anmeldung zu leisten (§ 36a Abs. 2 S. 1 AktG);<sup>234</sup>
- der Gründungsbericht muss auf Sacheinlagen oder -übernahmen eingehen und er muss die „wesentlichen Umstände“ darlegen, von denen die Angemessenheit der Leistung für die Sacheinlage oder Sachübernahme abhängt (§ 32 Abs. 2 AktG);
- ferner besteht die Pflicht, die (Sach-)Gründung durch externe Prüfer untersuchen zu lassen (§ 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG);
- eine im Eintragungsverfahren festgestellte Überbewertung bedingt, dass die Eintragung gemäß § 38 Abs. 2 S. 2 AktG abzulehnen ist.

Hat eine Eintragung (ausnahmsweise) trotz Überbewertung stattgefunden, offenbart sich also die Überbewertung erst im Nachhinein, so besteht eine Pflicht des betreffenden Aktionärs zur Deckung der gesamten Wertdifferenz in Geld (**Differenzhaftungsanspruch**). Im GmbH-Recht ist eine solche gesetzliche Haftung explizit angeordnet (vgl. § 9 GmbHG). Aus dem **Grundsatz der effektiven Mittelaufbringung** folge für das Aktienrecht nach gefestigter Ansicht das Gebot einer Analogie zu § 9 Abs. 1 GmbHG.<sup>235</sup> Ein gesetzlicher Differenzhaftungsanspruch besteht dabei auch, soweit der Wert der Sacheinlage zwar den geringsten Ausgabebetrag (§ 9 Abs. 1 AktG), nicht aber das Aufgeld (Agio) deckt. Denn das Agio ist bei der AG nach § 9 Abs. 2 AktG Teil des Ausgabebetrags und der mitgliedschaftlichen Leistungspflicht des Aktionärs nach § 54 Abs. 1 AktG, von der er nach § 66 Abs. 1 AktG grundsätzlich nicht befreit werden kann.<sup>236</sup>

Zu welchem Zeitpunkt die Gründer die Sacheinlage spätestens vollständig geleistet haben müssen, ist umstritten und hängt davon ab, wie man § 36a Abs. 2 S. 1 und S. 2 AktG liest:<sup>237</sup> Nimmt man an, dass S. 1 die Regel ist, dann muss bei Sacheinlagen ein **dinglicher Vollzug** immer vor der Anmeldung bewirkt werden, indem S. 2 – nach hiesigem Verständnis – nur den Fall regelt, dass ein Anspruch des Einlageverpflichteten gegen Dritten eingelegt wurde. Wer hingegen S. 2 dahin gehend versteht, er erfasse alle Sacheinlageverpflichtung, die – wie überwiegend – durch dingliches Rechtsgeschäft zu bewirken sind, dann muss die Sacheinlage erst innerhalb von fünf Jahren nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bewirkt sein.

### *c) Verdeckte Sacheinlage*

Die offene Sacheinlage ist – wie oben gesehen – aufwändig und in der Praxis bisweilen teuer in der Durchführung. Deshalb bestehen Umgehungsbestrebungen: die Sacheinlage soll „verdeckt“

<sup>234</sup> Satz 2 der Norm betrifft nur Ansprüche des Aktionärs auf Übertragung einer Sache gegen Dritte; so C. Schäfer, GesR, § 42 Rn. 7; Karsten Schmidt, GesR, § 27 II 2 h (in Fn. 4); aA Koch AktG § 36a Rn. 4.

<sup>235</sup> BGHZ 191, 364 = NZG 2012, 69 Rn. 16 ff. mwN – Babcock.

<sup>236</sup> BGHZ 191, 364 = NZG 2012, 69 Rn. 17 – Babcock

<sup>237</sup> Siehe dazu noch einmal oben Fn. 234.

werden. Gemäß § 27 Abs. 3 S. 1 AktG ist eine verdeckte Sacheinlage eine Geldeinlage eines Aktionärs, die bei wirtschaftlicher Betrachtung (**objektiv-wirtschaftliches Element**) und auf Grund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede (**subjektiv-wirtschaftliches Element**) vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist. Bei einer verdeckten Sacheinlage sieht also der Gesellschaftsvertrag eine Geldeinlagepflicht des Aktionärs vor, auf die er zunächst einmal auch tatsächlich Geld einzahlt. Allerdings ist zusätzlich verabredet, dass die AG zu einem späteren Zeitpunkt mit dem eingezahlten Geld (einlagefähige) Sachen oder Rechte des Einlegers erwirbt (**Koppelung**).

**Rechtlich problematisch** ist dieses Vorgehen, weil eine Sacheinlage erbracht wird, ohne dass die besonderen Vorschriften zur Sacheinlage beachtet wurden, die eine Überbewertung verhindern sollen. Zudem zielt die Konstruktion auf eine Umgehung der Differenzhaftung ab. Weiterhin wird dem Rechtsverkehr ein falscher Eindruck einer geleisteten Geldeinlage vermittelt.<sup>238</sup>

Gemäß § 27 Abs. 3 S. 2 AktG sind die „Verträge über die Sacheinlage und die Rechtshandlungen zu ihrer Ausführung nicht unwirksam“; Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bleiben also in ihrer Wirksamkeit unberührt. Anders war dies noch analog § 27 Abs. 3 AktG a.F. (vor dem ARUG 2009): Danach waren sowohl das Verpflichtungsgeschäft (Austauschgeschäft) als auch das Erfüllungsgeschäft nichtig.<sup>239</sup> Wurde die AG später insolvent und war bis dahin keine Heilung der verdeckten Sacheinlage erfolgt, konnte der Insolvenzverwalter die Geldeinlage in voller Höhe nachfordern; der Aktionär musste seine Einlage also doppelt leisten.<sup>240</sup> Der Aktionär war hingegen hinsichtlich seines verdeckt eingelegten Gegenstands auf einen Bereicherungsanspruch verwiesen, auf den er üblicherweise nur eine geringe Insolvenzquote erhielt.

Die nun geltende Fassung des § 27 Abs. 3 AktG bedeutet im Ergebnis eine **Entlastung der Aktionäre**. Die verdeckte Sacheinlage bleibt zwar weiterhin verboten, die gesetzlichen Folgen sind indes nicht mehr so drakonisch wie vor dem ARUG.<sup>241</sup> Die Geldeinlagepflicht des Aktionärs erlischt nicht, sondern besteht fort (S. 1) und die über die Sacheinlage geschlossenen Verträge und Erfüllungsgeschäfte sind wirksam (S. 2); auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Aktionärs wird sodann der Wert des verdeckt eingelegten Vermögensgegenstands im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls diese später erfolgt, **angerechnet** (S. 3). Die Beweislast für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstands trägt der Aktionär (S. 5). Erreicht der Sachwert den vereinbarten Geldeinlagebetrag, erlischt die (eigentlich fortbestehende) Bareinlagenforderung infolge der Anrechnung gemäß § 27 Abs. 3 S. 3 AktG vollständig.<sup>242</sup>

---

<sup>238</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 154.

<sup>239</sup> Dazu Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 155.

<sup>240</sup> Kritisch dazu Lutter, FS Stiefel, S. 505, 517: „ganz und gar katastrophal“.

<sup>241</sup> Wachter/ders., § 27 Rn. 38.

<sup>242</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 164.

Hinweis: Da die Geldeinlagepflicht des Aktionärs fortbesteht (§ 27 Abs. 3 S. 1, 4 AktG), dürfen die Gründer, der Vorstand und der Aufsichtsrat bei der Anmeldung *nicht* erklären, der eingeforderte Betrag auf die Geldeinlage sei ordnungsgemäß eingezahlt und stehe deshalb zur freien Verfügung des Vorstands. Durch eine solche Angabe machen sie sich strafbar (§ 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG) und haften gemäß §§ 46, 48 AktG auf Schadensersatz.

Offensichtlich ist es in praxi schwierig zu bestimmen, ob das nach § 27 Abs. 3 AktG erforderliche Merkmal der (Vor-)Absprache besteht,<sup>243</sup> welches jedoch zwingend notwendig ist, damit der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage bejaht werden kann. Von der Rechtsprechung wird eine solche Absprache vermutet, wenn zwischen der Gründung und der damit verbundenen **Leistung der Geldeinlage und dem Rückfluss** der Geldeinlage im Rahmen der Abwicklung des Austauschgeschäfts ein **enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang** besteht.<sup>244</sup> Dieser Zusammenhang sei zumindest gegeben, wenn nicht mehr als sechs Monate zwischen den Vorgängen liegen.<sup>245</sup>

**Beispiel:** A hat einen wertvollen Traktor, den er einer neu zu gründenden AG zur Verfügung stellen will. Statt einer Sacheinlagenpflicht wird verabredet, dass er eine Bareinlagepflicht von 100.000 EUR übernimmt. Zwei Monate nach der Gründung und Einzahlung der 100.000 EUR durch A schließt der Vorstand mit A einen Kaufvertrag über den Traktor zum Preis von 100.000 EUR; dieser ist 95.000 EUR wert. Entsprechend wird der Traktor von A an die AG – Zug um Zug gegen (Rück-)Zahlung der 100.000 EUR – übereignet.

Lösungshinweise: A hat seine Pflicht gemäß § 54 Abs. 2 AktG iVm der Übernahmeerklärung (§ 29 AktG) zur Geldeinlage nicht gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllt. Zwar hat A Geld eingezahlt; wie indes schon bei Begründung der Geldeinlagepflicht geplant, hat er als Kaufpreis für den Traktor 100.000 EUR zurückerhalten. Gemäß § 27 Abs. 3 S. 1 AktG wird der Aktionär dann nicht von seiner Geldeinlagepflicht frei, wenn seine Geldeinlage bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten ist (verdeckte Sacheinlage). **Wirtschaftlich** gesehen hat A eine Sacheinlage erbracht und auch subjektiv war im Ergebnis eine Sacheinlage gewollt, weil das Austauschgeschäft vorab verabredet war.<sup>246</sup> Der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage besteht und A ist grundsätzlich weiterhin zur Geldeinlage verpflichtet.

Allerdings ist hier § 27 Abs. 3 S. 3 AktG zu beachten, wonach auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Aktionärs der Wert des verdeckt eingelegten Vermögensgegenstands anzurechnen ist. Da hier ein Gegenstand mit einem Wert von 95.000 EUR eingebracht wurde, ist die Geldeinlagenforderung der AG in dieser Höhe erloschen.

Voraussetzung für die Anwendung der Regeln über die verdeckte Sacheinlage ist die **Sacheinlagenfähigkeit** des Gegenstands. Da Dienstleistungen nicht im Wege der regulären Sacheinlage eingebracht werden können, gilt für die verdeckte Sacheinlage nichts anderes.<sup>247</sup>

#### **d) Rückzahlung von Einlagen**

In § 27 Abs. 4 AktG ist der Fall des **Hin- und Herzahlens** geregelt: Ist vor der Einlage eine Leistung an den Aktionär vereinbart worden, die *wirtschaftlich* einer Rückzahlung der Einlage

<sup>243</sup> Bitte beachten: Es ist keine Absicht der Umgehung der Sacheinlagenvorschriften notwendig; BGHZ 110, 47 = NJW 1990, 982 (1. Leitsatz).

<sup>244</sup> BGHZ 166, 8 = NJW 2006, 1736 Rn. 12 f.

<sup>245</sup> So C. Schäfer, GesR, § 35 Rn. 19.

<sup>246</sup> Relevant ist hier auch der enge zeitliche Zusammenhang zwischen den Vorgängen; dazu sogleich unten.

<sup>247</sup> Vgl. BGHZ 184, 158 = NJW 2010, 1747 – Eurobike.

entspricht und die nicht als verdeckte Sacheinlage iSv § 27 Abs. 3 AktG zu beurteilen ist, so befreit dies den Aktionär von seiner Einlageverpflichtung nur dann, wenn die Leistung durch einen vollwertigen und liquiden Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig werden kann. Ausgangspunkt ist also, dass eine Bareinlage des Inferenten absprachegemäß an den Inferenten oder einen dem Inferenten zuzurechnenden Dritten zurückgezahlt wird, ohne dass der Inferent im Gegenzug einen sacheinlagefähigen Gegenstand leistet.<sup>248</sup> Es wird vielmehr die (unverzichtbare) **Einlagenforderung gegen** eine (schwächere) **schuldrechtliche Forderung** ersetzt. Ob eine tatbestandsmäßige Rückzahlung erfolgt ist, ist allein durch wirtschaftliche Betrachtung zu bestimmen; es kommt also nicht auf die Identität der hin- und herfließenden Zahlungen oder auf eine betragsmäßige Übereinstimmung an.<sup>249</sup> Die *Übereinkunft* muss notwendig vor der Leistung auf die Bareinlage bestanden haben, denn andernfalls kommt allenfalls ein Verstoß gegen § 57 AktG in Betracht.<sup>250</sup>

Der Vorstand muss die erbrachte Leistung an den Aktionär oder die entsprechende Vereinbarung darüber nach § 27 Abs. 4 S. 2 AktG **in der Anmeldung nach § 37 AktG angeben**. Diese Verpflichtung ist strafbewehrt und sorgt über die Publizität des Handelsregisters für Transparenz.<sup>251</sup> Anzugeben sind Art und Höhe der Leistung, die an den Aktionär bereits erbracht wurde, respektive der Inhalt einer dahingehenden Vereinbarung. Damit dem Registergericht die Prüfung der Rückgewährforderung möglich ist, muss der Vorstand zur Vollwertigkeit und Fälligkeit des Rückgewähranspruchs ausreichende Angaben machen.<sup>252</sup> Das Registergericht kann Nachweise verlangen.<sup>253</sup>

Der Inferent ist nur dann von seiner Einlagenverpflichtung **befreit**, wenn der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft aus dem Darlehen vollwertig und liquide ist. Die Vollwertigkeit ist zu bejahen, wenn die Forderung bilanziell zu 100 % angesetzt werden darf.<sup>254</sup> Ob dies der Fall ist, bestimmt sich (negativ) danach, ob die Forderung mit einem Risiko – insbesondere mit einem Ausfallrisiko – belastet ist; denn dann muss sie auf den niedrigeren beizulegenden Wert abgeschrieben werden.<sup>255</sup> Der Rückgewähranspruch ist liquide, wenn er nach Grund und Höhe außer Zweifel steht.<sup>256</sup>

### ***e) Nachgründung***

Ein weiteres Schutzinstrument enthält § 52 AktG für die sog. nachgründenden Verträge, auch Nachgründung genannt. Die Bezeichnung als Nachgründung ist irreführend, es geht nicht um eine Gründung im eigentlichen Wortsinne, sondern um **schuldrechtliche Geschäfte**, die nur wegen

---

<sup>248</sup> Grigoleit/Kochendörfer AktG § 27 Rn. 71.

<sup>249</sup> Grigoleit/Kochendörfer AktG § 27 Rn. 71.

<sup>250</sup> K. Schmidt/Lutter/Bayer AktG § 27 Rn. 106. Die Reihenfolge der Leistungen ist hingegen ohne Belang, vgl. BGHZ 184, 158 = NZG 2010, 343 Rn. 24.

<sup>251</sup> K. Schmidt/Lutter/Bayer AktG § 27 Rn. 107.

<sup>252</sup> K. Schmidt/Lutter/Bayer, AktG § 27 Rn. 107.

<sup>253</sup> OLG München ZIP 2011, 567 (1. Leitsatz), dort zur GmbH, für die AG aber entsprechend relevant.

<sup>254</sup> Vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG GmbHR 2012, 908 Rn. 31.

<sup>255</sup> Schleswig-Holsteinisches OLG GmbHR 2012, 908 Rn. 31.

<sup>256</sup> K. Schmidt/Lutter/Bayer, § 27 Rn. 110.

der mit diesen Verträgen einhergehenden Gefährdungslage ähnlich wie eine Gründung behandelt werden.<sup>257</sup> Nach § 52 AktG bedürfen „Verträge der Gesellschaft mit Gründern oder mit mehr als 10 vom Hundert des Grundkapitals an der Gesellschaft beteiligten Aktionären, nach denen sie vorhandene oder herzustellende Anlagen oder andere Vermögensgegenstände für eine den zehnten Teil des Grundkapitals übersteigende Vergütung“ zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung – die Vertretungsmacht des Vorstandes ist hier also eingeschränkt –, der Schriftform<sup>258</sup> und der Eintragung in das Handelsregister.<sup>259</sup> Es sind weiterhin gemäß § 52 Abs. 3, 4 AktG ein Nachgründungsbericht und eine externe Gründungsprüfung erforderlich. Diese Anforderungen gelten, wenn ein nachgründender Vertrag in den ersten zwei Jahren seit der Registereintragung geschlossen wird (§ 52 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 AktG). Der Zweck des § 52 AktG besteht darin, die Umgehung der Vorschriften über Sacheinlagen und -übernahmen zu verhindern (**Umgehungsschutz**).<sup>260</sup> Die Gesellschaft soll also nicht im Wege der Bargründung errichtet und im Nachhinein in einem erheblichen Umfang Vermögensgegenstände übernehmen, die womöglich überbewertet sind.<sup>261</sup> Insbesondere werden Schutzlücken für den Fall verhindert, dass eine **Vorabsprache nachweislich fehlt** oder **jedenfalls nicht zu beweisen** ist.<sup>262</sup> Zur Schließung der Schutzlücken wird die Pflicht statuiert, ein zur Sachgründung ähnliches Verfahren zu durchlaufen. Die Vorschriften zur Nachgründung gelten nicht, wenn der Erwerb der Vermögensgegenstände im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft stattfindet (§ 52 Abs. 9 AktG).

### 3. Kapitalerhaltung

Etwaigen Gläubigern der AG nützt es wenig, wenn das Grundkapital der AG zwar aufgebracht ist, aber ein Rückfluss an die Aktionäre nicht verhindert wird. Im Aktienrecht gilt konsequenterweise der **Grundsatz der strengen Kapitalbindung** (§§ 57, 62 AktG). Dieser besteht nicht nur im Interesse von Gläubigern der Gesellschaft, die zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten ausschließlich auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen können. Es werden auch die Interessen der (Minderheits-)Aktionäre gewahrt, die gegen eine Aushöhlung des wirtschaftlich auch ihnen gehörenden Gesellschaftsvermögens durch (Mehrheits-)Aktionäre geschützt sein wollen.

Hinsichtlich der Vermögensbindung des Aktienrechts gilt es zu beachten, dass das Grundkapital der AG zwangsläufig zum Betriebsvermögen zählt. Für betriebliche Zwecke darf das Grundkapital eingesetzt und insoweit aufgebraucht werden.<sup>263</sup> Die AG darf also mit diesem Vermögen – bis zur Erreichung etwaiger Insolvenzgründe – ihre unternehmerischen Ziele verfolgen. Untersagt ist es aber, das Kapital an die Aktionäre zurückfließen zu lassen, wie nachfolgend zu zeigen ist. Denn dann steht das Kapital gerade nicht unternehmerischen Zielen zur Verfügung.

---

<sup>257</sup> Koch AktG § 52 Rn. 2.

<sup>258</sup> Rechtsfolge bei Verstoß: § 125 BGB.

<sup>259</sup> Bis zur Eintragung: betroffener schuldrechtlicher Vertrag ist schwebend unwirksam.

<sup>260</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 186.

<sup>261</sup> Saenger, GesR, Rn. 632.

<sup>262</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 186.

<sup>263</sup> Koch GesR § 32 Rn. 2.

### **a) Verbot der Einlagenrückgewähr**

Gemäß § 57 Abs. 1 S. 1 AktG dürfen Einlagen den Aktionären nicht zurückgewährt werden. Dazu gehört es auch, dass Zinsen weder zugesagt noch ausbezahlt werden dürfen (§ 57 Abs. 2 AktG). Dieses **Ausschüttungsverbot ist prinzipiell umfassend**: Es ist nicht nur das zur Erhaltung des Grundkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen erfasst, sondern das *gesamte* Vermögen der AG. Es darf *ausschließlich* der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden (§ 57 Abs. 3 AktG); diese Einschränkung gilt auch hinsichtlich des Dividendenrechts des Aktionärs (§ 58 Abs. 4 AktG). Alle anderen Ausschüttungen an den Aktionär sind somit verboten. Der Zweck hinter dieser weitreichenden Kapitalbindung besteht nicht allein darin, das Grundkapital zu schützen, sondern es sollen auch verdeckte Gewinnausschüttungen an einzelne Aktionäre – dies wären idR solche, die zulasten der Minderheitsaktionäre gehen –, verhindert werden.<sup>264</sup>

Das Agio ist nicht Teil des Bilanzgewinns, sondern gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen; deshalb gilt auch für das Agio die Kapitalbindung.<sup>265</sup>

**Ausnahmen** vom Verbot der Einlagenrückgewähr sind zum einen in § 57 Abs. 1 AktG geregelt: Keine Rückgewähr ist die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien (§§ 57 Abs. 1 S. 2, 71 ff. AktG). Zum anderen ist § 57 Abs. 1 S. 1 AktG nicht anzuwenden auf Leistungen, die durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind (§ 57 Abs. 1 S. 3 AktG) sowie bei der Rückgewähr eines Aktionärsdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärsdarlehen wirtschaftlich entsprechen (§ 57 Abs. 1 S. 4 AktG). Auch Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags erbracht werden, gelten nicht als Verstoß gegen § 57 AktG (vgl. § 291 Abs. 3 AktG).

### **b) Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen**

Dass offen gegen das Verbot des § 57 AktG verstoßen wird, ist eher die Ausnahme. Praktisch häufiger sind sog. verdeckte Gewinnausschüttungen. Dabei handelt es sich um **besonders günstige Konditionen**, die einem Aktionär vertraglich um seiner Aktionärsenschaft willen eingeräumt werden:<sup>266</sup> überhöhte Gehälter oder Kaufpreiszahlungen, Darlehen oder Lizenzgewährungen mit besonders günstigen Konditionen etc. Es werden also Vermögenswerte zugunsten eines Aktionärs aufgegeben oder sonstige Leistung erbracht, ohne dass der Gesellschaft dafür ein *objektiv* ausgleichender Gegenwert zufließt.<sup>267</sup>

Zu einer Einlagenrückgewähr führen nach diesen Grundsätzen nicht nur reine Geldflüsse, sondern jede reale Verringerung des Gesellschaftsvermögens reicht aus. So umfasst § 57 Abs. 1 S. 1 ausweislich S. 3 auch Leistungen, denen kein „vollwertiger Gegenleistungsanspruch“ gegen den Aktionär gegenübersteht. Vollwertigkeit ist hierbei nach Bilanzierungsgrundsätzen zu bestimmen.<sup>268</sup>

<sup>264</sup> Koch, GesR, § 32 Rn. 2; Bitter ZHR 168 (2004), 302, 308.

<sup>265</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 189.

<sup>266</sup> Siehe Grunewald/Müller, GesR, § 9 Rn. 172.

<sup>267</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 191: teilweise objektive Unentgeltlichkeit.

<sup>268</sup> Karsten Schmidt/Lutter/Fleischer, 4./5. Aufl. 2020/2024, § 57 Rn. 42.

Darüber hinaus wird dem § 57 Abs. 1 S. 3 AktG ein sog. **Deckungsgebot** entnommen:<sup>269</sup> Der geleistete Vermögensgegenstand muss wertmäßig nach Marktwerten und nicht nach Abschreibungswerten „gedeckt“ sein. Verständlicher wird dieses Erfordernis, wenn man (ergänzend) den Grundsatz des **Drittvergleichs** berücksichtigt. Danach ist zu prüfen, ob bei Austauschverträgen ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsleiter den Vertrag unter sonst gleichen Bedingungen mit einem Nichtgesellschafter in gleicher Weise abgeschlossen hätte.<sup>270</sup> Wenn also die Gesellschaft zugunsten eines Aktionärs eine Werks- oder Dienstleistung erbringt, ohne dass dem damit verbundenen Vermögensabfluss eine dem Drittvergleich standhaltende Gegenleistung des Aktionärs gegenübersteht, dann liegt eine verbotene verdeckte Einlagenrückgewähr vor (Beweislast: Aktionär). Das veranschaulicht das folgende

**Beispiel:**<sup>271</sup> Kl. ist ein AG, Bekl. ist eine Aktionärin. Kl. begehrt Werklohn für die Erstellung des Rohbaus eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück der Bekl. Die Bauleistung erfolgte damals abredegemäß zu einem Preis von 125 DM pro cbm. Dabei ging die Kl. davon aus, dass das Entgelt die Selbstkosten des Rohbaus decken würde. Dies ist, wie sich im Nachhinein herausstellt, nicht der Fall. Kl. stellt eine Nachforderung mit dem Ziel, ihre Selbstkosten zu decken.

Lösungshinweise: Eine gegen § 57 AktG verstoßende Rückgewähr von Einlagen kann auch durch die Ausführung eines Vertrages bewirkt werden, die eine Sachleistung zum Gegenstand hat; das Verbot des § 57 AktG betrifft also, wie gesehen, nicht nur Geldleistungen. Hier ist zu hinterfragen, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsleiter den Vertrag zu gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtaktionär abgeschlossen hätte. Dies ist nur der Fall, wenn die Preisgestaltung durch „betriebliche Gründe gerechtfertigt“ ist.<sup>272</sup> – Werk- oder Dienstleistungen zum Selbstkostenpreis werden mit Dritten in Ausnahmefällen vereinbart.<sup>273</sup> Die (kaufmännisch gebotene) Regel ist eine Preisgestaltung mit Gewinnmarge. Der Bekl. wurde somit hier mit Rücksicht auf die Aktionärsstellung ein Vorteil durch die Preisgestaltung eingeräumt, der Dritten nicht gewährt worden wäre. Wichtig ist hierbei, dass es auf subjektive Erwägungen der Geschäftsleitung nicht ankommt.<sup>274</sup> Eine verdeckte Einlagenrückgewähr kann mithin auch dann vorliegen, wenn der Vorstand bei Vertragsschluss irrtümlich nicht erkannt hat, dass der gewährte Preis unter den eigenen Selbstkosten lag. Entscheidend bleibt nämlich die Tatsache, dass „einem Gesellschafter zu Lasten des Gesellschaftsvermögens ein durch betriebliche Gründe nicht gerechtfertigter Vorteil gewährt worden ist“,<sup>275</sup> wodurch Gesellschaftsvermögen an eine Aktionärin ausgekehrt wurde.

Um die Vermögensverlagerung noch besser zu verschleiern, werden in praxi Leistungen auf Veranlassung des Aktionärs an nahestehende Dritte (Kinder, Partner, kontrollierte Unternehmen

---

<sup>269</sup> Karsten Schmidt/Lutter/Fleischer, 4./5. Aufl. 2020/2024, § 57 Rn. 43.

<sup>270</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 1194 (GmbH); BGH NZG 2012, 1030 Rn. 12 (AG); näher Karsten Schmidt/Lutter/Fleischer, 4./5. Aufl. 2020/2024, § 57 Rn. 44 iVm Rn. 12.

<sup>271</sup> Nach BGH NJW 1987, 1194, wo eine GmbH betroffen war, die Entscheidungsgrundsätze gelten aber auch hier für die AG.

<sup>272</sup> BGH NJW 1987, 1194, 1195.

<sup>273</sup> Beispiel für „betriebliche Gründe“: Notwendigkeit einer Lagerräumung (Grunewald/Müller, GesR, § 9 Rn. 175).

<sup>274</sup> BGH NJW 1987, 1194, 1195.

<sup>275</sup> Siehe nochmals BGH NJW 1987, 1194, 1195.

usw.) erbracht (zB in Form von „Beraterhonoraren“), die diese für Rechnung des Aktionärs empfangen.<sup>276</sup> Auch solche Umgehungskonstellationen fallen aus offensichtlichen teleologischen Gründen unter § 57 AktG.

### *c) Rechtsfolgen verbotener Gewinnausschüttungen*

Die verbotswidrige Ausschüttung löst einen **verschuldensunabhängigen Rückgewähranspruch** der AG gegen den Aktionär aus (§ 62 Abs. 1 S. 1 AktG). Schuldner des Rückgewähranspruchs ist also grundsätzlich der Aktionär, der die Leistung empfangen hat. Im Rahmen dessen ist umstritten, ob der Anspruch aus § 62 Abs. 1 AktG seinem Inhalt nach auf Rückgewähr in Natur oder auf Ersatz des Wertes der verbotenen Leistung gerichtet ist.<sup>277</sup> Da in der Praxis die Rückgewähr in Natur oftmals nicht möglich sein wird (s. Beispiel oben), besteht insoweit – nach dem Rechtsgedanken (!) des § 818 Abs. 2 BGB – nur ein Anspruch auf Wertersatz.<sup>278</sup> Eine Entreicherungseinrede steht dem Aktionär folglich nicht zu, da es sich in der Sache nicht um einen Bereicherungsanspruch handelt. Für **unausgeglichene Austauschgeschäfte** mit der AG hat der Aktionär in Form des Wertersatzes den **Differenzbetrag zu erstatten**, also eine Geldzahlung zu leisten,<sup>279</sup> während nach anderer und wohl herrschender Ansicht § 62 AktG auf die Rückabwicklung des Geschäfts – sofern möglich – gerichtet ist und dem Vorstand die Wahl bleibt, stattdessen eine Differenzzahlung entgegenzunehmen.<sup>280</sup> Im Übrigen ist weder das Verpflichtungs- noch das Verfügungsgeschäft mit dem Aktionär unwirksam, da § 57 AktG – nach nunmehr geltender Rspr. – kein Verbotsgesetz iSd § 134 BGB ist.<sup>281</sup>

In den Fällen des zurechenbaren **Drittempfangs** besteht gegen den Dritten lediglich ein bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch (§ 812 BGB).<sup>282</sup> Die Nichtanwendung des § 62 AktG sei letztlich den gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen dieser Vorschrift geschuldet, insbesondere der spezifischen Verknüpfung der scharfen Haftungsfolgen mit der Aktionärsstellung.<sup>283</sup> Für einen gutgläubigen Dritten hat dies den Vorteil, dass der Entreicherungseinwand nach Maßgabe der §§ 818 Abs. 3, 4, 819 BGB eröffnet ist.

### *d) Erwerb eigener Aktien*

In § 71 AktG ist das **grundsätzliche Verbot** niedergelegt, eigene Aktien zu erwerben („nur“).<sup>284</sup> Die Zahlung des Kaufpreises an den Aktionär bedeutet nämlich zugleich eine Einlagenrückgewähr iSd § 57 Abs. 1 S. 1 AktG, also einen Abfluss von Kapital an die Aktionäre außerhalb der

---

<sup>276</sup> Differenzierend Grigoleit/ders./Rachlitz AktG § 57 Rn. 41.

<sup>277</sup> Zum Meinungsstand Grigoleit/ders./Rachlitz AktG § 57 Rn. 31 f. mwN.

<sup>278</sup> C. Schäfer, GesR, § 42 Rn. 15.

<sup>279</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 192; Grunewald/Müller, GesR, § 9 Rn. 176.

<sup>280</sup> C. Schäfer, GesR, § 42 Rn. 16.

<sup>281</sup> BGHZ 196, 312; so auch schon zuvor teilweise das Schrifttum, vgl. die Nachweise bei Bitter ZHR 168 (2004), 302, 308 f.

<sup>282</sup> Grigoleit/ders./Rachlitz AktG § 57 Rn. 42.

<sup>283</sup> Grigoleit/ders./Rachlitz AktG § 57 Rn. 42.

<sup>284</sup> Beachte die Erweiterung auf Dritte gemäß § 71d AktG.

Verteilung des Bilanzgewinns. Demnach besteht der Zweck des § 71 AktG in der im Gläubigerinteresse stehenden **Kapitalerhaltung**.<sup>285</sup> Zudem wird die Gefahr eines wirtschaftlichen Doppelschadens gebannt:<sup>286</sup> Erleidet die Gesellschaft einen geschäftlichen Verlust, der sich auf den Wert der Aktie niederschlägt, dann wirkt sich der Aktienbesitz in doppelter Hinsicht negativ aus: einerseits durch den Geschäftsverlust, andererseits durch die Wertminderung.

In Ausnahmefällen kann der Erwerb eigener Aktien ökonomisch sinnvoll sein. So kann der Gesellschaft daran gelegen sein, Aktien an Mitarbeiter ausgeben zu können (Mitarbeiterbeteiligung), dem Kapitalmarkt zu signalisieren, dass man am geschäftlichen Erfolg der Geschäftspolitik glaubt, oder um sich gegenüber einem Übernahmeangebot zu verteidigen.<sup>287</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit solchen Übernahmen verschaffen die rückerworbenen Aktien die Möglichkeit, die Anteile bei strategischen Partnern der Zielgesellschaft (*white knights*) zu platzieren, um deren Einfluss gegenüber dem Bieter zu stärken.<sup>288/289</sup> Da es also legitime Gründe für den Erwerb eigener Aktien geben kann, enthält § 71 Abs. 1 AktG vom grundsätzlichen Verbot verschiedene Ausnahmetatbestände, von denen auf Nr. 8 als praktisch wichtigsten Fall hingewiesen sei, nämlich auf den zeitlich befristeten und inhaltlich beschränkten Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung.

Bei einem Verstoß gegen § 71 AktG ist auf **Rechtsfolgenseite** zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Ebene zu differenzieren: Dinglich ist der Erwerb der eigenen Aktien wirksam, vgl. § 71 Abs. 4 S. 1 AktG. Es wird allerdings die Pflicht des § 71c Abs. 1 AktG ausgelöst, nämlich die fehlerhaft erworbenen Anteile innerhalb eines Jahres nach ihrem Erwerb zu veräußern. Schuldrechtlich ist das Geschäft hingegen gemäß § 71 Abs. 4 S. 2 AktG unwirksam. Demnach steht dem Veräußerer ein bereicherungsrechtlicher Rückgewähranspruch zu, der seinerseits gemäß § 62 AktG den erhaltenen Kaufpreis zurückgewähren muss, weil ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 S. 1 AktG vorliegt.<sup>290</sup>

#### 4. Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung

In einem auf Wachstum ausgelegten Marktumfeld ist es nicht überraschend, dass ein Unternehmen weiteres Kapital benötigt, um notwendige Investitionen zu realisieren. Auch in Sanierungssituationen wird zusätzliches Kapital benötigt. Der AG stehen zwei grundsätzliche Wege offen, ihren Kapitalbedarf zu decken: (i) Aufnahme von Krediten, also von Fremdkapital; (ii) Beschaffung von Eigenmitteln durch Ausgabe von Aktien gegen Einlagen. Interessieren soll hier der

---

<sup>285</sup> Daneben wird als Regelungszweck die Verhinderung von Kursmanipulationen genannt (C. Schäfer, GesR, § 42 Rn. 18 ), doch folgt ein solches Verbot konkret aus Art. 15 MAR (ähnlich MüKoAktG/Oechsler AktG § 71 Rn. 25)

<sup>286</sup> Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 20 Rn. 45.

<sup>287</sup> Vgl. Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 193 mit weiteren Beispielen.

<sup>288</sup> MüKoAktG/Oechsler AktG § 71 Rn. 10.

<sup>289</sup> Beachte in dem Zusammenhang aber § 33 WpÜG.

<sup>290</sup> C. Schäfer, GesR, § 42 Rn. 19.

zweite Fall. Wie eine AG das Grundkapital erhöhen kann, regeln die Vorschriften zur sog. **Kapitalerhöhung**.

Seltener erforderlich ist die Verringerung des Grundkapital. Es kann beispielsweise sein, dass eine AG über überschüssiges Kapital verfügt, das aber als Grundkapital gebunden und somit gemäß § 57 AktG nicht ausgeschüttet werden darf. Um das Vermögen an die Aktionäre verteilen zu können, muss die Grundkapitalziffer herabgesetzt werden. Wie dies vonstatten geht, richtet sich nach den Regeln der **Kapitalherabsetzung**.

Oberbegrifflich kann man die Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen als **Kapitalmaßnahmen** bezeichnen, die sich dadurch auszeichnen, dass das Grundkapital der AG verändert wird. Zu unterscheiden sind **effektive** und **nominelle** Kapitalmaßnahmen: erstere zeichnen sich dadurch aus, dass ein tatsächlich Mittelzufluss oder Mittelabfluss stattfindet; letztere bedeuten eine Anpassung des Soll-Kapitals an das Ist-Kapital.<sup>291</sup>

#### **a) Kapitalerhöhung**

**aa)** Bei der **effektiven** Kapitalerhöhung, die besonders praxisrelevant ist, geht es darum, dass das Grundkapital der AG gegen **Ausgabe neuer Aktien** erhöht wird (§§ 182 ff. AktG). Die Aktionäre müssen also eine Bar- oder Sacheinlage erbringen und erhalten im Gegenzug Mitgliedschaftsrechte. Es findet ein tatsächlicher Mittelzufluss an die Gesellschaft statt. Eine Kapitalerhöhung kann auf verschiedenen Wegen umgesetzt werden:

**(1)** Bei der **regulären Kapitalerhöhung** ist Ausgangspunkt ein Kapitalerhöhungsbeschluss der Hauptversammlung (§§ 182 ff. AktG), der lediglich den Willen der Hauptversammlung zur Kapitalerhöhung bekundet. Zur **Durchführung der Kapitalerhöhung** (§§ 185 ff. AktG) ist der Vorstand aufgrund dieses Kapitalerhöhungsbeschlusses gemäß § 83 Abs. 2 AktG verpflichtet. Da die Kapitalerhöhung eine Satzungsänderung ist, bedarf der gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG notwendige Beschluss mindestens einer Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 182 AktG). Der Erhöhungsbeschluss ist zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (§ 184 AktG).

Die Durchführung der Kapitalerhöhung geschieht gemäß § 185 Abs. 1 S. 1 AktG durch Zeichnung neuer Aktien, die durch schriftliche Erklärung zu erfolgen hat. Kein Aktionär kann verpflichtet werden, Aktien zu zeichnen. In praxi wird zunächst ein **Zeichnungsvertrag** geschlossen, in dem sich der Aktionär verpflichtet, neue Aktien im angegebenen Umfang zu erwerben. In diesem Vertrag ist auch geregelt, welche Mindesteinlagen gemäß §§ 188 Abs. 2, 36 Abs. 2, 36a AktG an die AG vor der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung zu erbringen sind. Nach der erfolgten Zeichnung fordert der Vorstand die Einlagen ein. Mit der Eintragung der Durchführung der Erhöhung des Grundkapitals wird die Kapitalerhöhung wirksam und das Grundkapital ist gemäß § 189 AktG erhöht. Sodann dürfen neue Aktien ausgegeben werden (§ 191 AktG).

---

<sup>291</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 200.

Nach der gesetzlichen Grundkonzeption haben die Altaktionäre ein **Bezugsrecht** auf einen ihrer Beteiligung entsprechenden Teil der neuen Aktien gemäß § 186 Abs. 1 AktG. Hintergrund ist, dass jeder Aktionär seinen Stimmrechtsanteil und seine wirtschaftliche Beteiligung an der AG durch Erwerb neuer Aktien auch nach der Kapitalerhöhung behalten können soll. Das Bezugsrecht ist aus Sicht der Gesellschaft ein Erschwernis;<sup>292</sup> unter den Voraussetzungen von § 186 Abs. 3, 4 AktG kann es deswegen ausgeschlossen werden. Wichtig ist hierbei zu beachten, dass dort nur die *formellen* Voraussetzungen des Bezugsrechtsausschluss geregelt sind. Darüber hinaus besteht nach hM eine *materielle* Voraussetzung, nämlich dass der Ausschluss sachlich gerechtfertigt ist.<sup>293</sup> Hintergrund ist, „daß für einen Aktionär der Entzug des Vorrechts, Kapital in ‚seinem‘ Unternehmen investieren zu können, im allgemeinen einen schweren Eingriff in seine Mitgliedschaft bedeutet“<sup>294</sup>. Der Ausschluss des Bezugsrechts führt nämlich stets dazu, dass „der Anteil der betroffenen Aktionäre am Gesellschaftsvermögen mit dem entsprechenden Gewinn- und Liquidationsanteil mindestens relativ absinkt; zugleich verschieben sich die Stimmrechtsquoten, und zwar entweder zu Lasten aller Aktionäre, wenn nur Außenstehende bezugsberechtigt sind, oder bereits im Verhältnis der bisherigen Aktionäre untereinander, wenn sich (...) das Bezugsrecht auf einen oder einen Teil von ihnen beschränkt.“<sup>295</sup> Das kann sich unter Umständen als Verlust einer Sperrminorität oder sogar von Minderheitsrechten auswirken.

Ein gesetzlich ausdrücklich geregelter Fall (§ 183 AktG), bei dem ein Bezugsrechtsausschluss auch sachlich gerechtfertigt ist, ist die Kapitalerhöhung durch Sacheinlage.<sup>296</sup> Diese Kapitalmaßnahme ist zwangsläufig nur unter Beschränkung auf denjenigen Aktionär möglich, der die Sacheinlage erbringen kann.

(2) Ein **Sonderfall** der regulären Kapitalerhöhung gegen Einlagen ist die **bedingte Kapitalerhöhung**. Sie darf nur zu den in § 192 Abs. 2 AktG genannten Zwecken beschlossen werden; es wird also eine bedarfsabhängige Kapitalbeschaffung ermöglicht. Diese Form der Kapitalerhöhung ist einschlägig, wenn sie iSd § 192 Abs. 1 Nr. 1 AktG nur so weit durchgeführt werden soll, wie von einem Umtausch- oder Bezugsrecht Gebrauch gemacht wird, das die Gesellschaft hat oder auf die neuen Aktien (Bezugsaktien) einräumt. Entsprechende Rechte werden insbesondere Gläubigern von Wandel- oder Optionsanleihen eingeräumt.<sup>297</sup> Darüber hinaus ist die Vorbereitung von Zusammenschlüssen (Nr. 2) und die Bedienung von *stock options* auf diese Weise möglich (Nr. 3).

(3) Ein weiterer Fall der regulären Kapitalerhöhung ist das sog. **genehmigte Kapital**, welches sehr praxisrelevant ist. Hierbei wird dem Vorstand ein gewisses Ermessen hinsichtlich der Entscheidung eingeräumt, eine Kapitalerhöhung durchzuführen (Maßnahme der Geschäftsführung). Grundlage dieser punktuellen Machtverlagerung auf den Vorstand ist eine Ermächtigung in der

---

<sup>292</sup> Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 25 Rn. 17.

<sup>293</sup> BGHZ 71, 40, 44 ff. – Kali & Salz; BGHZ 83, 319, 325 f. – Holzmann.

<sup>294</sup> BGHZ 71, 40, 44 – Kali & Salz.

<sup>295</sup> BGHZ 71, 40, 45 – Kali & Salz.

<sup>296</sup> Zu den anspruchsvolleren Voraussetzungen für den Bezugsrechtsausschluss bei der Kapitalerhöhung gegen Bareinlage s. Drygala/Staake/Szalai, KapitalgesR, § 25 Rn. 22.

<sup>297</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 9 Rn. 183.

anfänglich festgestellte (Gründungs-)Satzung oder in der nachträglich durch Hauptversammlungsbeschluss geänderten Satzung für höchstens fünf Jahre nach Eintragung der Gesellschaft bzw. der Satzungsänderung (§ 202 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG). Sinn und Zweck dieser Ermächtigung ist es, dem Vorstand „auf Vorrat“ eine Möglichkeit zu verschaffen, schnell und unkompliziert Eigenkapital beschaffen zu können, wenn dies wirtschaftlich angezeigt ist.<sup>298</sup> Denn eine ordentliche Kapitalerhöhung bedarf der Vorlaufzeit, allein schon deswegen, weil die Hauptversammlung einberufen werden muss. In den §§ 202 ff. AktG wird die punktuelle Machtverlagerung auf den Vorstand verschiedentlich eingegrenzt. So ist neben der erwähnten zeitlichen Beschränkung der Vorstandsermächtigung vorgesehen, dass der Nennbetrag des genehmigten Kapitals die Hälfte des Grundkapitals nicht übersteigen darf (§ 202 Abs. 3 S. 1 AktG) und neue Aktien sollen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats ausgegeben werden (§ 202 Abs. 3 S. 2 AktG). Im Übrigen folgt die Ausgabe neuer Aktien beim genehmigten Kapital prinzipiell den Regeln über die Kapitalerhöhung gegen Einlagen (vgl. § 203 Abs. 1 S. 1 AktG), allerdings u.a. mit Besonderheiten hinsichtlich des Bezugsrechts.<sup>299</sup>

**bb)** Bei einer **nominellen Kapitalerhöhung** wird der Gesellschaft kein neues Kapital von außen zugeführt, sondern es werden Kapital- oder Gewinnrücklagen in Grundkapital umgewandelt (§§ 207 Abs. 1, 208 AktG). Notwendig ist hierfür gemäß § 207 Abs. 1 AktG ein Beschluss der Hauptversammlung. Wirksam wird die Umwandlung der Rücklagen in Grundkapital durch eine entsprechende Eintragung in das Handelsregister gemäß § 211 Abs. 1 AktG.

#### **b) Kapitalherabsetzung**

**aa)** Wie schon gesehen, steht nur der Bilanzgewinn zur Verteilung an die Aktionäre zur Verfügung. Es kann allerdings – selten! – vorkommen, dass die AG überschüssiges Kapital hat, das zur Verteilung an die Aktionäre in Betracht kommt. Auch ist es denkbar, dass die Gesellschaft ihren Aktionären noch offene Einlageverpflichtungen erlassen möchte (vgl. § 225 Abs. 2 S. 2 AktG). Damit sie entsprechende Maßnahmen ergreifen kann, muss die Grundkapitalziffer herabgesetzt werden. Für die solche Kapitalmaßnahme müssen Sicherheitsvorkehrungen zugunsten der Gläubiger greifen, denn in der Konsequenz steht weniger Haftungsvermögen zur Verfügung.<sup>300</sup>

**Beispiel:** Die Kapitalziffer soll von 10 Mio. EUR auf 8 Mio. EUR herabgesetzt werden. Indem 2 Mio. EUR „frei“ werden, kann das überschüssige Kapital an die Aktionäre verteilt werden.

Eine effektive Kapitalherabsetzung erfolgt entweder durch eine ordentliche Kapitalherabsetzung (§§ 222 ff. AktG) oder durch Einziehung von Aktien (§§ 237 ff. AktG). Bei der **ordentlichen Kapitalherabsetzung** ist gemäß § 222 Abs. 1 AktG ein Beschluss der Hauptversammlung erforderlich; hierfür ist eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals notwendig. Der Zweck der Herabsetzung muss im Beschluss angegeben werden (§ 222 Abs. 3 AktG).

<sup>298</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 215.

<sup>299</sup> Näher dazu Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 216 f.

<sup>300</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 9 Rn. 193.

Bei einer **Einziehung von Aktien** nach §§ 237 ff. AktG sind zwei Formen zu unterscheiden:

– Für eine **Zwangseinziehung** ist kennzeichnend, dass Mitgliedsrechte vernichtet werden (§ 237 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG). Hier müssen die Aktionäre besonders geschützt werden. Die Zwangseinziehung ist deswegen gemäß § 237 Abs. 1 S. 2 AktG nur zulässig, wenn sie in der ursprünglichen Satzung oder durch eine Satzungsänderung vor Übernahme oder Zeichnung der Aktien angeordnet oder gestattet ist. Grundsätzlich muss die Gesellschaft bei einer solchen Zwangseinziehung ein Einziehungsentgelt zahlen.

– Bei einer **Einziehung der Aktien nach Erwerb** durch die Gesellschaft ist es die AG selbst (§ 237 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG), die Inhaberin des einzuziehenden Mitgliedsrechts ist. Deswegen besteht hier nicht in gleicher Weise ein Bedarf nach Schutz der Aktionärsrechte.

Auch durch die Einziehung von Aktien wird das Grundkapital und damit der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds verringert. Deshalb verweist § 237 Abs. 2 S. 1 AktG auf die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung, die zB mit § 225 AktG eine entsprechende Gläubigerschutzregel bereithalten.

**bb)** Von der ordentlichen Kapitalherabsetzung ist die **vereinfachte Kapitalherabsetzung** iSd § 229 AktG zu unterscheiden. Hierbei geht es nicht darum, die Verteilung von Vermögen an die Aktionäre zu ermöglichen. Vielmehr besteht der Zweck dieser Kapitalherabsetzung darin, eine eingetretene Unterbilanz (Wertminderungen, sonstige Verluste) zu beseitigen oder Beträge in die Kapitalrücklage einzustellen (vgl. § 229 Abs. 1 AktG). Es geht also darum, dass Kapital bereits verwirtschaftet worden ist und eine Sanierung der Aktiengesellschaft angestrebt wird. Gerade weil bereits Kapital verwirtschaftet worden ist, wogegen etwaige Gläubiger nicht geschützt sind, handelt es sich um eine „vereinfachte“ Maßnahme – indem den Gläubigern kein Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 225 AktG zusteht (iÜ gelten die Vorschriften der ordentlichen Kapitalherabsetzung sinngemäß, vgl. § 229 Abs. 3 AktG).

**cc)** Zuletzt ist ein **Kapitalschnitt** möglich. Hierbei wird eine nominelle Kapitalherabsetzung mit einer effektiven Kapitalerhöhung kombiniert. Dieses Vorgehen kann sinnvoll sein, wenn die Gesellschaft erhebliche Verluste erlitten hat und nunmehr frisches Kapital benötigt.<sup>301</sup> Ist durch einen Verlust ein Großteil des Grundkapitals verloren, dann wird iE durch den Kapitalschnitt verhindert, dass die alten Aktien durch das neue Kapital aufgewertet bzw. die Jungaktien entwertet werden.<sup>302</sup> Die Altaktionäre tragen den Verlust durch die nominelle Herabsetzung des Grundkapitals auf den Betrag des nach den Verlusten tatsächlich noch vorhandenen Kapitals. Gemäß § 228 Abs. 1 AktG kann das Grundkapital sogar unter den in § 7 bestimmten Mindestnennbetrag herabgesetzt werden, wenn dieser durch eine Kapitalerhöhung wieder erreicht wird, die zugleich mit der Kapitalherabsetzung beschlossen ist und bei der keine Sacheinlagen festgesetzt sind.

---

<sup>301</sup> C. Schäfer, GesR, § 42 Rn. 38.

<sup>302</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 202 mit anschaulichem Rechenbeispiel.

**Beispiel:**<sup>303</sup> AG hat ein Grundkapital iHv 10 Mio. EUR und 10 Aktionären, so dass jede Aktie einen Nennbetrag von 1 Mio. EUR hat. Nun erleidet die AG einen Verlust, so dass ihr Restkapital 5 Mio. EUR ist. Der Vorstand geht davon aus, dass 10 Mio. EUR frisches Kapital benötigt werden, damit die Gesellschaft ihre Geschäfte fortsetzen kann. Da das Verbot der Unterprior-Emission gilt, könnte die Gesellschaft 10 neue Aktionäre zu 1 Mio. EUR je Aktie aufnehmen. In der Folge hätte sie 20 Aktionäre und Kapital iHv 15 Mio. EUR (Altvermögen *plus* aufgenommenes Vermögen). Der tatsächliche Wert jeder Aktie würde sich auf 750.000 EUR belaufen; die Neuaktionäre hätten also bloß durch die Zeichnung der Jungaktien einen Verlust von 250.000 EUR erlitten. Es ist offensichtlich, dass die Gesellschaft auf diese Weise nie neue Investoren gewinnen könnte.

Wird das Grundkapital auf 5 Mio. EUR herabgesetzt, dann könnte die Gesellschaft nun Aktien zum Nennbetrag von jeweils 500.000 EUR ausgeben. Sie könnte also 20 neue Aktionäre aufnehmen. Dann hätte die AG 30 Aktionäre, die Aktien zum Nennbetrag von 500.000 EUR halten würden (= 15 Mio. EUR Grundkapital).

## VII. Beendigung

Die Existenz einer Aktiengesellschaft kann nicht von einem Moment auf den anderen beendet werden. Es sind vielmehr zwei Schritte erforderlich: Auflösung gemäß § 262 AktG und anschließende Abwicklung gemäß §§ 264 ff. AktG.

### 1. Auflösung

Die Auflösung der Gesellschaft bedeutet eine **Zweckänderung**: An die Stelle des werbenden Zwecks der Gesellschaft tritt der Abwicklungszweck, damit die Beendigung der Gesellschaft herbeigeführt wird. Die Zweckänderung ist durch (deklaratorische) Eintragung in das Handelsregister publik zu machen (§§ 263, 398 AktG); hinzu kommt der **Firmenzusatz** „i.L.“ (vgl. § 269 Abs. 6 AktG).

Im Vordergrund der Abwicklungsgesellschaft steht die Befriedigung der noch existierenden Gläubiger und die Verteilung des Restvermögens an die Aktionäre.<sup>304</sup> Der Vorstand ist somit mit seiner Leitungsverantwortung ab diesem Augenblick dieser Zwecksetzung verpflichtet. Er führt die Liquidation als **Abwickler** durch (vgl. § 265 Abs. 1 AktG).

Die Auflösung der AG richtet sich nach den **zwingenden**<sup>305</sup> **Auflösungsgründen** des § 262 Abs. 1 Nr. 1–5 AktG.<sup>306</sup> Praktisch wichtig ist die Insolvenz der AG. Dabei sind zwei Situationen zu unterscheiden:

- In § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG ist der Fall geregelt, dass die zahlungsunfähige oder überschuldete Gesellschaft über ausreichend Vermögen verfügt, damit die Kosten des Insolvenzverfahrens bestritten werden können, also das Insolvenzverfahren eröffnet wird.
- Demgegenüber ist in § 262 Abs. 1 Nr. 4 AktG der Fall geregelt, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Insolvenzgericht gemäß § 26 AktG mangels Masse abgewiesen wird.

<sup>303</sup> Nach Koch, GesR § 32 Rn. 23 f.

<sup>304</sup> Saenger, GesR, Rn. 690.

<sup>305</sup> Andere Auflösungsgründe durch die Satzung können also nicht geschaffen werden; C. Schäfer, GesR, § 44 Rn. 2.

<sup>306</sup> Die Löschung wegen Vermögenslosigkeit gemäß § 262 Abs. 1 Nr. 6 AktG stellt hingegen keinen Auflösungsgrund da, weil in Ermangelung eines Vermögens keine Abwicklung stattfinden kann; deswegen spricht man hier von einer liquidationslosen Vollbeendigung der AG.

## 2. Liquidation (Abwicklung)

Ist das Insolvenzverfahren eröffnet, dann findet die Abwicklung vorrangig nach den dort geltenden Verfahrensregeln statt (vgl. § 264 Abs. 1 AktG). In den anderen Fällen richtet sich die Liquidation nach den Regeln der §§ 264 ff. AktG, die mit dem Ziel, die Aktionäre und die Gläubiger zu schützen, zwingend ausgestaltet sind.

Im Liquidationsstadium bleibt die AG **weiterhin** als **juristische Person** bestehen. Sie bleibt Handelsgesellschaft iSd § 6 Abs. 2 HGB und behält ihre Firma, der ein Hinweis auf die Abwicklung – wie gesehen – anzufügen ist. Die Abwickler vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich (§ 269 Abs. 1 AktG); sie haben die laufenden Geschäfte zu beenden, sämtliche Forderungen einzuziehen, etwaiges Vermögen in Geld umzuwandeln, die Gläubiger zu befriedigen und schließlich das Restvermögen zu verteilen (§§ 268 Abs. 1, 271 AktG).

## 3. Beendigung

Mit Abschluss der Abwicklung ist die AG beendet; der Schluss der Abwicklung wird in das Handelsregister eingetragen und die AG aus dem Register gelöscht (§ 273 Abs. 1 AktG). Die juristische Person ist dann untergegangen.

# § 4 Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Wie bereits oben angesprochen, hat die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im heutigen Wirtschaftsleben zahlenmäßig im Vergleich zu der AG die weitaus größere Bedeutung. Die GmbH wurde mit dem am 20. April 1892 erlassenen Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) und somit nach der AG ermöglicht.

Die Vorteile der GmbH im Vergleich zu der AG sind vielfältig. So ist die Vermögensbindung weniger streng ausgestaltet (vgl. § 30 GmbHG), die Errichtungsschwelle ist wegen des niedrigeren Mindestkapitals (25.000 EUR statt 50.000 EUR) einfacher zu erreichen und zudem ist der Aufsichtsrat als drittes Gesellschaftsorgan – in der Regel – nicht verpflichtend. Weiterhin besteht aus Sicht der Gründer ein Vorteil der GmbH darin, dass die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer bestellen, abberufen sowie ihm Weisungen erteilen kann (§§ 46 Nr. 5, 37 Abs. 1 GmbHG). Zudem haben Gesellschafter mehr Gestaltungsfreiheit bei Abfassung der Satzung, weil der Grundsatz der Satzungsstrenge nicht gilt.

Die Freiheiten, welche mit der GmbH verbunden sind, werden in der Praxis nicht selten missbraucht.<sup>307</sup> Das unterstreicht u.a. das am 23.10.2008 verabschiedete Gesetz zur Modernisierung

---

<sup>307</sup> Vgl. zur „Geringschätzung“ der GmbH im Volksmund Kindler, GK Handels- u. GesellschaftsR, § 14 Rn. 3.

des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (**MoMiG**).<sup>308</sup> Und auch die Bankpraxis spiegelt das wider, indem Gesellschaftskredite in der Regel nur bei Bestellung von Gesellschafterbürgschaften gewährt werden.<sup>309</sup>

## I. Überblick über die Charakteristika der GmbH

Die GmbH ist **Körperschaft** und **juristische Person** (§ 13 Abs. 1 GmbHG). Entsprechend verfügt sie über eine Organisation mit verselbständigten Organen. Das **Stammkapital** der GmbH beträgt gemäß § 5 GmbHG mind. 25.000 EUR, welches im Gesellschaftsvertrag festzulegen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) und in Geschäftsanteile zerlegt ist. Ihre Gründung ist gemäß § 1 GmbHG zu jedem zulässigen Zweck möglich und für ihre Errichtung genügt – obwohl gemäß § 2 GmbHG ein **formbedürftiger Gesellschaftsvertrag** notwendig ist –, eine Person (sog. Ein-Mann-GmbH). Eine GmbH ist stets Handelsgesellschaft (§ 13 Abs. 3 GmbHG) und **Formkaufmann** (§ 6 Abs. 2 HGB). Ihre Bezeichnung Gesellschaft mit „beschränkter Haftung“ ist aus allgemeinsprachlicher Sicht irreführend.<sup>310</sup> Denn den Gläubigern haftet die GmbH mit dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG voll. Die in der Bezeichnung zum Ausdruck gebrachte Haftungsbeschränkung bezieht sich darauf, dass die nur in – sehr wenigen! – Ausnahmefällen ein sog. „Durchgriff“ auf die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter möglich ist (*piercing the corporate veil*);<sup>311</sup> von diesen Ausnahmefällen abgesehen ist also eine **Gesellschafterhaftung prinzipiell ausgeschlossen**.

Die Funktion der GmbH besteht nicht darin, breit gestreut Kapital einzusammeln oder eine Trennung von Kapital und Management zu fördern.<sup>312</sup> Ihr Sinn liegt vielmehr in der Investitionsförderung, indem durch die Haftungsbeschränkung **die Risikoaversität natürlicher Personen ausgeschaltet** wird, weil ihr Privatvermögen von einer Haftung prinzipiell freigehalten wird.<sup>313</sup> Durch diese **Trennung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen** muss ein Gesellschafter nicht befürchten, bei Fehlschlag seines unternehmerischen Projektes „das letzte Hemd“ und damit die Lebensgrundlage seiner Familie zu verlieren, wodurch er bereitwilliger geneigt ist, ökonomisch sinnvolle, obgleich risikoreiche Projekte anzugehen.

Rechtstechnisch ist die GmbH wegen ihrer körperschaftlichen Organisation vom Bestand ihrer Gesellschafter unabhängig. Die **Fremdorganschaft** ist zulässig und das GmbH-Recht kennt das **Mehrheitsprinzip**. Trotz dieser Nähe zur AG bestehen erhebliche Unterschiede: In der Praxis ist

---

<sup>308</sup> BGBl. I 2026. Zur Bekämpfung von Missbräuchen sind u.a. verschärfte persönliche Anforderungen an Geschäftsführer eingeführt worden (§ 6 Abs. 2 GmbHG), es sind die Zahlungsverbote in der Krise auf Leistungen an Gesellschafter erstreckt worden (§ 15b Abs. 5 InsO) und es besteht eine Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a Abs. 3 InsO).

<sup>309</sup> Siehe wiederum Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 3.

<sup>310</sup> Windbichler/Bachmann, GesR, § 22 Rn. 3.

<sup>311</sup> Die Fallgruppen im Überblick bei Bitter ZInsO 2010, 1561, 1578 ff.

<sup>312</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 3.

<sup>313</sup> Vgl. insbesondere Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 150 ff., insbes. S. 168 ff.

die GmbH sehr häufig personalistisch ausgestaltet,<sup>314</sup> indem die Gesellschafterzahl oftmals überschaubar ist und die Gesellschafter identisch mit den Geschäftsführern sind. Entsprechend ist die GmbH vor allem als Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen („KMU“) anzutreffen – dies nicht zuletzt deswegen, weil ihr ein direkter Zugang zum Kapitalmarkt letztlich kaum möglich ist.<sup>315</sup> Die Geschäftsanteile der Gesellschaft sind zwar veräußerlich und vererblich (§ 15 Abs. 1 GmbHG), zu ihrer **Abtretung**<sup>316</sup> bedarf es aber gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG der **notariellen Form**. Damit ist die Umlauffähigkeit der Geschäftsanteile erschwert und die Auswechslung eines Gesellschaftsmitglieds durch Rechtsnachfolge bleibt die Ausnahme im Leben einer GmbH.<sup>317</sup>

Eine Rechtsformvariante der GmbH ist die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), auch UG (haftungsbeschränkt) iSd § 5a GmbHG. Der Gesetzgeber hat die UG zum 1.11.2008 mit der Besonderheit eingeführt, dass der „Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1“ unterschritten werden darf (vgl. § 5a Abs. 1 GmbHG). Im Ergebnis kann die UG mit einem Stammkapital von 1 EUR<sup>318</sup> errichtet werden. Mit der UG sollte eine deutsche Alternative zu der britischen *private limited company* geschaffen werden, die ebenfalls mit einem rein symbolischen Haftungsvermögen gegründet werden kann.

## II. Gründung der GmbH und Haftung

Anders als bei der AG ist bei der GmbH nicht die Umwandlung, sondern die Neugründung für die Entstehung einer GmbH üblich. Gemäß § 1 GmbHG wird die GmbH von einer oder von mehreren Personen durch einen notariell beurkundeten, von sämtlichen Gesellschaftern unterzeichneten Gesellschaftsvertrag (§ 2 Abs. 1 GmbHG) gegründet. Wie bei der AG ist allerdings keine sofortige Errichtung möglich, sondern die Gründung vollzieht sich in **drei Phasen**:

### 1. Vorgründungsgesellschaft

Entschließen und verpflichten sich die Gründer, eine GmbH zu gründen (**Gründungsentschluss**), so entsteht durch diesen Vorvertrag eine sog. **Vorgründungsgesellschaft**, welche darauf gerichtet ist, dass die Gesellschafter durch Zusammenwirken den vereinbarten Zweck verwirklichen. Die Vorgründungsgesellschaft ist idR eine GbR und sie kann ausnahmsweise eine oHG gemäß § 105 HGB sein, wenn sie bereits ein Handelsgewerbe aufnimmt.<sup>319</sup> Allerdings kann eine *verbindliche Pflicht* zum Abschluss des GmbH-Vertrages durch einen Vorvertrag (Vorgründungsvertrag) nur rechtswirksam begründet werden, wenn dieser Vorgründungsvertrag notariell beurkundet

---

<sup>314</sup> BGHZ 9, 157, 162 f. = NJW 1953, 780, 781.

<sup>315</sup> Windbichler/Bachmann, GesR, § 22 Rn. 3.

<sup>316</sup> Vgl. §§ 398, 413 BGB.

<sup>317</sup> Lehmann, Finanzinstrumente, S. 311.

<sup>318</sup> Dass es mind. 1 EUR sein muss, folgt aus § 5 Abs. 2 GmbHG.

<sup>319</sup> Windbichler/Bachmann, GesR, § 23 Rn. 27.

wurde.<sup>320</sup> Dies soll eine Umgehung der Formvorschrift des § 2 GmbHG und ihrer Zwecksetzung – Beweis- und Warnfunktion – verhindern.

## 2. Vor-GmbH

Im nächsten Schritt schließen die Gesellschafter den notariellen Gesellschaftsvertrag, durch den eine sog. **Vor-GmbH** (oder Vorgesellschaft) entsteht. Es existiert in diesem Augenblick noch keine „fertige“ GmbH, weil die Eintragung in das Handelsregister fehlt (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG). Die GmbH ist aber ab diesem Zeitpunkt *errichtet*.

Nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags bestellen die Gesellschafter die Geschäftsführer. Gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG erfolgt diese Bestellung entweder im Gesellschaftsvertrag oder in einer Gesellschafterversammlung (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG), welche idR direkt nach dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags stattfindet.

Weiterhin zahlen die Gesellschafter die Mindesteinlagen gemäß § 7 Abs. 2, 3 GmbHG ein. Anschließend melden sämtliche Geschäftsführer (vgl. § 78 GmbHG) die Gesellschaft beim Registergericht zur Eintragung ins Handelsregister an (§ 7 Abs. 1 GmbHG). Dieser Anmeldung sind bestimmte Unterlagen beizufügen (§ 8 Abs. 1 GmbHG). Teil davon ist die Liste der Gesellschafter gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, die wichtig ist, denn nur wer in dieser Liste eingetragen ist, gilt im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter (§ 16 Abs. 1 GmbHG).<sup>321</sup>

Die Anmeldung der Geschäftsführer muss eine Versicherung enthalten, dass die Mindesteinlagen bewirkt sind und sich zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer befinden (§ 8 Abs. 3 GmbHG). Das Registergericht prüft, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Soweit die Leistung von Sacheinlagen vereinbart ist, prüft das Registergericht, ob diese nicht unwesentlich überbewertet wurden (vgl. § 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG).

Die Vor-GmbH ist nach allgemeiner Meinung **selbständig rechtsfähig**; sie kann daher Trägerin von Rechten und Pflichten sein (Argument: § 7 Abs. 2, 3 GmbHG: Einlagen „an die Gesellschaft“). Eingestuft wird sie als **Gesellschaft eigener Art**. Sie ist mit der Vorgründungsgesellschaft nicht identisch. Die Vor-GmbH bildet ein eigenes Vermögen durch die Mindesteinlagen bzw. den entsprechenden Einlageforderungen.<sup>322</sup> Sie tritt nach außen geschlossen auf. Zudem muss sie, das folgt aus §§ 18, 19 HGB und § 4 GmbHG, ihrem Namen einen Zusatz anfügen („i.Gr.“), um Irreführungen im Rechtsverkehr zu verhindern.

## 3. „Fertige“ GmbH

Gelangt das Registergericht bei seiner Prüfung insgesamt zu einem positiven Ergebnis oder stehen festgestellte Mängel des Gesellschaftsvertrags der Eintragung gemäß § 9c Abs. 2 GmbHG nicht entgegen, so wird die Gesellschaft mit den Angaben nach § 10 GmbHG in das Handelsregister

---

<sup>320</sup> BGH NJW-RR 1988, 288; Koch, GesR § 33 Rn. 29.

<sup>321</sup> Bei späteren Änderungen ist die Liste zu aktualisieren, vgl. § 40 GmbHG.

<sup>322</sup> Vgl. BGHZ 117, 323, 326 = DNotZ 1994, 107, 109; Saenger, GesR, Rn. 741.

eingetragen. Ab diesem Moment ist die Gesellschaft als „fertige“ GmbH *entstanden* (vgl. § 11 Abs. 1 GmbHG).

#### 4. Haftung

Da die GmbH nicht in einem einzigen Akt entstehen kann, stellt sich hier – noch drängender als bei der AG – die Frage, wie die Haftung verteilt ist, bis die fertige GmbH entstanden ist und dem Rechtsverkehr die avisierte Haftungsmasse zur Verfügung steht.

##### *a) Haftung im Vorgründungsstadium*

Bereits im Vorbereitungsstadium kann es erforderlich sein, dass die Gesellschafter für die entstehende Gesellschaft unternehmerisch tätig werden, indem zB den Erwerb etwaiger Grundstücke vorbereiten, die Marktchancen näher ausloten, um die Geschäftsaussichten und den Kapitalbedarf zu bestimmen etc. Wie bereits gesehen, entsteht allerdings eine Vorgründungsgesellschaft (GbR oder oHG) wegen des analog § 2 GmbHG formunwirksamen Vorgründungsvertrag nicht. Ist die Gesellschaft allerdings durch die besagten unternehmerischen Aktivitäten in Vollzug gesetzt, so verlangt es schon die Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs, das Ergebnis zu überdenken. Es kommen zwei Lösungswege in Betracht:

– Da eine Personengesellschaft formfrei entstehen kann, kommt durch die Aufnahme der Geschäftsaktivitäten (konkludent) eine **Außen-Personengesellschaft** in der Rechtsform der GbR oder der oHG zustande, bei der die Gesellschafter gemäß § 721 BGB bzw. § 126 HGB einstandspflichtig sind.<sup>323</sup>

– Es ist die richterrechtlich entwickelte **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft** anzuwenden mit der Folge,<sup>324</sup> dass die in Vollzug gesetzte Gesellschaft, trotz des Verstoßes gegen § 2 GmbHG, in Abweichung von § 125 BGB so behandelt wird, als ob sei sie wirksam entstanden. Die Innen-GbR wird demnach insoweit zur Außen-GbR. Um den Schutzzweck des § 2 GmbHG nicht zu unterlaufen, betrifft diese Lösung allerdings nicht die Verpflichtung zum Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages – hier bleibt es bei der Nichtigkeit –, sondern allein die Verpflichtungen der nun durch die Invollzugsetzung entstandenen Außenpersonengesellschaft mit der Haftung der Gesellschafter gemäß § 721 BGB bzw. § 126 HGB im Interesse des Rechtsverkehrs.

Beide Argumentationswege sind gangbar. Da allerdings der Gesellschaftsvertrag einer GbR sowie einer oHG formlos gestellt ist, ist zweifelhaft, weshalb es insoweit auf kompliziertere Lösung über die die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft ankommen soll. Entscheidend ist letztlich, dass zwischen der formbedürftigen Innen-GbR und der formlosen Außen-Personengesellschaft strikt zu trennen ist; es besteht also insoweit keine Identität.

---

<sup>323</sup> Windbichler/Bachmann, GesR, § 23 Rn. 27.

<sup>324</sup> Wilhelm, KapitalgesR, Rn. 365; Koch, GesR § 33 Rn. 30; Hirte, KapitalgesR, Rn. 2.6.

Zu beantworten bleibt die Frage, wie die Außen-Gesellschaft wirksam vertreten wird. Zwar sind die allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB anwendbar. In praxi werden die Gesellschafter allerdings idR nicht im Namen der Personengesellschaft, sondern im Namen der noch nicht existenten GmbH handeln. Dies ist indes unschädlich nach den **Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts**, die eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsprinzip darstellen:<sup>325</sup> Hiernach ist der Wille der Beteiligten im Zweifel dahin auszulegen, es werde der tatsächliche Rechtsträger, also der Inhaber des Unternehmens, berechtigt und verpflichtet, wenn für „ein Unternehmen“ gehandelt wird.<sup>326</sup> Es handelt sich also um eine unbeachtliche Falschbezeichnung, wenn die Gesellschafter im Vorgründungsstadium im Namen der noch nicht entstandenen GmbH handeln.

Hinweis: Zu beachten ist, dass die Unterscheidung zwischen GbR und oHG wichtig ist. Während nämlich bei der GbR gemäß § 720 Abs. 1 BGB grundsätzlich „alle Gesellschafter gemeinsam“ zu Vertretung der Gesellschaft befugt sind (Gesamtvertretungsbefugnis), sind bei der oHG gemäß § 124 Abs. 1 HGB prinzipiell „jeder Gesellschafter befugt“, die Gesellschaft zu vertreten (Einzelvertretungsbefugnis).

**Keine Haftung** der Gesellschafter folgt in der Vorgründungsphase **aus § 11 Abs. 2 GmbHG (Handelndenhaftung)**. Die Vorschrift hat ihre Relevanz verloren. Historischer Hintergrund der Handelndenhaftung ist die Vorstellung des Gesetzgebers gewesen, dass eine GmbH vor ihrer Eintragung noch nicht besteht und eine vermeintliche Vertretung dieser Gesellschaft vollständig ins Leere ging. Durch die persönliche Haftung sollten die Gründergesellschaften zur zügigen Eintragung der Gesellschaft angehalten werden.<sup>327</sup> Für diese Vorstellung besteht kein Bedürfnis mehr, seitdem die Vorgründungsgesellschaft nach den oben dargestellten Regeln unmittelbar selbst verpflichtet werden kann.<sup>328</sup>

Die Vorgründungsgesellschaft ist nicht mit der späteren GmbH identisch und auch ist die spätere GmbH keine Rechtsnachfolgerin der Außen-Personengesellschaft; eine Haftung der GmbH kommt demnach nur in Betracht bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung.<sup>329</sup> Auch zwischen der Vorgründungsgesellschaft und Vor-GmbH besteht keine Kontinuität.<sup>330</sup>

### ***b) Haftung im Gründungsstadium***

Die Vor-GmbH entsteht, wie gesehen, im Durchgangsstadium auf dem Weg zur endgültigen GmbH. Auf sie finden die Regeln des Gesellschaftsvertrags und die Vorschriften des GmbHG entsprechend Anwendung, soweit sie nicht die Eintragung der Gesellschaft voraussetzen oder sonst mit dem Gründungsstadium unvereinbar sind.<sup>331</sup> Die **Vertretungsmacht** der Geschäftsführer in der Vorgesellschaft ist allerdings durch ihren Zweck begrenzt, der darin besteht, als notwendige Vorstufe zur juristischen Person deren Entstehung zu fördern und bis dahin das schon

<sup>325</sup> Koch, GesR § 33 Rn. 31 mwN.

<sup>326</sup> Bitter/Röder, BGB AT, § 10 Rn. 51 ff.; s. aus der Rspr., jeweils iE, aber nicht klar benannt: BGHZ 62, 216, 221 = NJW 1974, 1191; BAG NZA 2006, 1156 Rn. 12.

<sup>327</sup> Koch, GesR § 33 Rn. 34.

<sup>328</sup> Ausführlich BGHZ 91, 148, 151 ff. = NJW 1984, 2164 f.

<sup>329</sup> Vgl. BGHZ 91, 148, 151 = NJW 1984, 2164; BGH NZG 2001, 561.

<sup>330</sup> BGHZ 91, 148, 151 = NJW 1984, 2164; Gehrlein NJW 1998, 2651.

<sup>331</sup> BGHZ 45, 338, 347 = NJW 1966, 1311.

eingebraachte Vermögen zu verwalten und zu erhalten.<sup>332</sup> Wird indes ein bereits bestehendes Unternehmen in die GmbH als Sacheinlage eingebracht, sind umfassende Geschäftsaktivitäten idR unerlässlich. In der Konsequenz wird sich die Vertretungsbefugnis bei der Vor-GmbH praktisch weitgehend mit der umfassenden Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer eingetragenen GmbH (§§ 35 ff. GmbHG) decken.<sup>333</sup>

Trägt die Vorgesellschaft mit Zustimmung der Gründergesellschaften mehr oder weniger umfassende Geschäftsaktivitäten aus, so bedeutet dies zwangsläufig, dass ihr Gesellschaftsvermögen nicht unerheblich belastet sein kann. Mit Blick auf das Garantiekapital der GmbH ist diese Vorbelastung problematisch, weil nach der Rechtsprechung die „fertige“ GmbH mit der Vor-GmbH identisch ist (**Kontinuitätsprinzip**), mithin sämtliche Vermögensgegenstände wie auch Verbindlichkeiten der Vor-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge automatisch auf die „fertige“ GmbH übergehen.<sup>334</sup> Dadurch besteht die Gefahr, dass die GmbH zum Zeitpunkt ihrer Eintragung über das satzungsmäßige Stammkapital nicht (mehr) verfügt. Einem solchen Ergebnis wirken zwei Haftungsinstitute entgegen; die Weichenstellung zu dem einen oder zu dem anderen hängt davon ab, ob die Eintragung stattfindet oder scheitert:

**aa) Wird die Eintragung der GmbH bewirkt** und weicht das Nettovermögen der nun „fertigen“ GmbH wegen der Vorbelastung durch die Geschäftsaktivitäten der Vor-GmbH negativ ab, besteht also eine Differenz zur Stammkapitalziffer, so greift nach der heute hM eine sog. **Unterbilanzhaftung** (auch Vorbelastungshaftung).<sup>335</sup> Die **Gesellschafter haften** hiernach für die Differenz, die sich durch solche Vorbelastungen zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens im Zeitpunkt der Eintragung ergibt, **anteilig**.

Beispiel: Die Stammkapitalziffer der GmbH beträgt 25.000 EUR. Die Mindesteinzahlung gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG iVm § 5 Abs. 1 GmbHG iHv 12.500 EUR haben die Gesellschafter erbracht. Noch im Gründungsstadium wird für eine Marktstudie 5.000 EUR ausgegeben, es werden Computer im Wert von 5.000 EUR angeschafft, die für 1.000 EUR durch einen Techniker eingerichtet werden, und bei der B-Bank wird ein Darlehen iHv 4.000 EUR aufgenommen. Sodann folgt die Eintragung der GmbH. Die Vermögenslage zu diesem Zeitpunkt stellt sich wie folgt dar:

Aktivvermögen: 12.500 EUR (Mindesteinlage) + 4.000 EUR (Darlehen) + 5.000 EUR (Wert der Computer) + 12.500 EUR Resteinlagenforderung ergibt 34.000 EUR.

Passivvermögen: 4.000 EUR (Rückzahlung des Darlehens) + 5.000 EUR (Marktstudie) + 1.000 EUR (Technikerkosten) + 5.000 EUR (Kauf Computer) ergibt 15.000 EUR.

Bilanz: 34.000 EUR – 15.000 EUR ergibt 19.000 EUR.

Es besteht eine Unterbilanz von 6.000 EUR, die von den Gesellschaftern *anteilig* zu decken ist.

---

<sup>332</sup> BGHZ 80, 129, 139 = NJW 1981, 1373, 1375.

<sup>333</sup> BGHZ 80, 129, 139 = NJW 1981, 1373, 1375.

<sup>334</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 39.

<sup>335</sup> BGHZ 80, 129, 140 = NJW 1981, 1373, 1376; BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

Die Unterbilanz muss im Interesse der jetzigen und künftigen Gläubiger ausgeglichen werden, die andernfalls nicht darauf vertrauen könnten, dass die GmbH jedenfalls zum Zeitpunkt der Eintragung über das Garantiekapital verfügt. Deshalb darf die GmbH nicht vorbelastet sein (**Unversehrtheitsgrundsatz**). Die persönliche Unterbilanzhaftung der Gründungsgesellschafter, die dem vorzeitigen Geschäftsbeginn zugestimmt haben,<sup>336</sup> verhindert eine Extremlösung, welche darin bestünde, jede Aktivität bis zur Eintragung zu untersagen, um Vorbelastungen auszuschließen. Sachgemäß wäre eine solche Lösung nicht – wie gesehen u.a. dann nicht, wenn ein Unternehmen eingebracht und demgemäß fortgeführt werden würde.

Bei der Unterbilanzhaftung handelt es sich um eine Haftung allein im Innenverhältnis zur Gesellschaft (**Innenhaftung**). Eine persönliche Haftung der Gesellschafter im Außenverhältnis würde sich mit § 13 Abs. 2 GmbHG nicht vertragen (zur Erinnerung: es finden auf die Vor-GmbH grundsätzlich die Vorschriften der GmbH Anwendung).<sup>337</sup> Bei der Innenhaftung bleibt es auch bei vermögensloser Einpersonengesellschaft.<sup>338</sup> Die Gründungsgesellschafter sind zum Ausgleich der Unterbilanz selbst dann verpflichtet, wenn sie zuvor ihre Einlagenverpflichtung vollständig erfüllt hatten.<sup>339</sup>

Da es sich bei der Unterbilanzhaftung um eine **anteilige** Einstandspflicht handelt, sie also *pro rata* beteiligt werden, scheidet eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter aus. Allerdings kann **analog § 24 GmbHG** eine anteilige **Ausfallhaftung** der übrigen Gesellschafter greifen.

Beispiel: Sind an einer GmbH die Gesellschafter A und B jeweils mit 25 % beteiligt und C mit 50 %, dann haben bei einer Unterbilanz von 1.000 EUR die Gesellschafter A und B jeweils 250 EUR zu tragen, während C mit 500 EUR haftet. Fällt A aus, dann müssen B und C anteilig die 250 EUR unter sich verteilen.

**bb)** Sind die Geschäfte im Gründungsstadium schlecht angelaufen, dann kann aufseiten der Gründungsgesellschafter mit Blick auf die drohende Unterbilanzhaftung der negative Anreiz gesetzt sein, die Eintragung nicht weiter zu betreiben und die Gesellschaft auf Kosten der Gläubiger zu liquidieren.<sup>340</sup> Um dies zu verhindern, ist von der Entscheidungspraxis für den Fall, dass die Gesellschafter **die Eintragungsabsicht aufgeben**, eine sog. **Verlustdeckungshaftung** als „gleichwertiges Äquivalent“ zur Unterbilanzhaftung entwickelt worden.<sup>341</sup> Hiernach haben die Gesellschafter die eingetretenen Anlaufverluste auszugleichen. Die Interessen der Gläubiger sind mit der Deckung der entstandenen Verluste ausreichend geschützt, weil die GmbH mangels Eintragung nicht zur Entstehung gelangen und sie nicht als werbende Gesellschaft existieren soll, son-

---

<sup>336</sup> Zu diesem Erfordernis BGHZ 134, 333, 335 = NJW 1997, 1507 (implizit) und Saenger, GesR, Rn. 746; Goette DStR 2003, 887, 888; anders Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 61: ohne Ermächtigung des Geschäftsführers keine wirkliche Vertretung der Vor-GmbH, somit drohen auch keine Verluste.

<sup>337</sup> BGHZ 134, 333, 339 = NJW 1997, 1507.

<sup>338</sup> BGH NJW-RR 2006, 254.

<sup>339</sup> Saenger, GesR, Rn. 746.

<sup>340</sup> BGHZ 134, 333, 337 = NJW 1997, 1507, 1508.

<sup>341</sup> BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

dem von den Gesellschaftern nur noch zu liquidieren ist. Auch hier entsteht lediglich eine **Innenhaftung**.<sup>342</sup> Betraglich kann der Unterschied zwischen Unterbilanzhaftung und Verlustdeckungshaftung erheblich sein.

Beispiel: Die Gesellschafter haben ihre Mindesteinlagenpflicht erfüllt (12.500 EUR), die Stammkapitalziffer beträgt 25.000 EUR. Nun erleidet die Gesellschaft Verluste iHv 15.000 EUR. Das Nettovermögen beträgt dadurch minus 2.500 EUR. Bei der Unterbilanzhaftung wären von den Gesellschaftern 27.500 EUR aufzubringen, im Rahmen der Verlustdeckungshaftung sind es 2.500 EUR.

Vom Grundsatz der Innenhaftung existieren **Ausnahmen**:<sup>343</sup>

– Ein Beispiel ist sog. **unechte Vor-GmbH**, von der auszugehen ist, wenn die Gesellschafter von Anfang an nicht die Absicht haben, die Gesellschaft ins Handelsregister eintragen zu lassen, oder wenn sie die zunächst bestehende Eintragungsabsicht aufgeben, ohne – und dies ist wichtig – sofort die Geschäftstätigkeit einzustellen und die Vor-GmbH zu liquidieren (faktische Fortführung). Ist die Gründung einer GmbH nicht (mehr) beabsichtigt, handelt es sich nicht (mehr) um eine Vor-GmbH als notwendiges Durchgangsstadium auf dem Weg zur „fertigen“ GmbH, sondern (wieder) nur um eine **Personengesellschaft**. Dabei ist diese Personengesellschaft für **alle Verbindlichkeiten** einstandspflichtig, also nicht nur für jene der unechten Vor-GmbH, sondern auch für solche, die *vor* Aufgabe der Eintragungsabsicht begründet wurden.<sup>344</sup> Die Grundsätze der Verlustdeckungshaftung finden somit allein dann Anwendung, wenn die Geschäftstätigkeit sofort beendet und die Vorgesellschaft abgewickelt wird. Werden demgegenüber die Geschäfte nach diesem Zeitpunkt fortgeführt, haben die Gründer für sämtliche Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft einzustehen (§ 721 S. 1 BGB oder § 126 HGB). Mit der aufgegebenen Eintragungsabsicht entfällt der einzige Grund, den Gläubigern der Vorgesellschaft zu versagen, die Gründer persönlich in Anspruch zu nehmen, der darin liegt, dass eine Kapitalgesellschaft notwendig ein Vorstadium durchlaufen muss und deren Gläubiger berechtigterweise darauf vertrauen, sich wegen ihrer Ansprüche an eine alsbald entstehende GmbH mit einem gesetzlich kontrollierten und garantierten Haftungsfonds halten zu können.

Beispiel: A und B schließen sich zusammen, um die „YourRight GmbH“ zu gründen. Sie führen sofort erste Anschaffungen durch (Computer, Server etc.). Nach Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages mieten sie Büroräume an und erstellen Werbematerialien. Sodann zerstreiten sich A und B; sie geben die Eintragungsabsicht auf. Gleichwohl setzen sie Geschäftsaktivitäten fort, indem sie die Homepage zu „YourRight“ online schalten und auf erste Kundenanfragen reagieren, bevor sie schließlich wegen des Zerwürfnisses endgültig jegliche Aktivität einstellen.<sup>345</sup>

---

<sup>342</sup> Den Gläubigern steht die Möglichkeit offen, im Wege der Pfändung den Verlustdeckungsanspruch der Vorgesellschaft gegen die Gründer zu verwerten; vgl. BGHZ 134, 333, 339 = NJW 1997, 1507, 1508.

<sup>343</sup> Siehe dazu Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 58.

<sup>344</sup> BGHZ 152, 290 = NJW 2003, 429.

<sup>345</sup> Beachte: Eine bloße (unerhebliche) Verzögerung der Liquidation macht die aufgelöste Vorgesellschaft nicht zur fehlerhaften Vorgesellschaft; vgl. OLG Celle BeckRS 1996, 8512.

– **Weitere Beispiele** für eine ausnahmsweise bestehende Außenhaftung sind die Einpersonengründungen, die vermögenslose Vorgesellschaft, die Masselosigkeit in der Insolvenz und die Gesellschaft, die nur einen Gläubiger hat.<sup>346</sup>

**cc)** Allein auf den Wortlaut geschaut, könnte man annehmen, dass im Gründungsstadium eine Handelndenhaftung gemäß **§ 11 Abs. 2 GmbHG** greifen kann. „Handelnder“ ist derjenige, der als Geschäftsführer handelt oder wie ein vertretungsberechtigtes Organ auftritt.<sup>347</sup> Allerdings gilt es zu beachten, dass nach mittlerweile hM **für die Handelndenhaftung keine Notwendigkeit** mehr besteht, weil die Vorschrift aus einer Zeit stammt, als die Vor-GmbH und die „fertige“ GmbH noch nicht als identische Rechtsträger anerkannt waren.<sup>348</sup> Nunmehr schließt das Handeln der Geschäftsführer im Namen der GmbH das Handeln im Namen der Vor-GmbH mit ein (**unternehmensbezogenes Geschäft**), und die handelnden Geschäftsführer haften im Innenverhältnis nach den Grundsätzen der Verlustdeckungshaftung (ab Eintragung: Unterbilanzhaftung).

Diese Belastung der Vor-GmbH bzw. der GmbH sowie der Geschäftsführer über die Innenhaftung tritt allerdings nur ein, wenn diese mit Vertretungsmacht handeln. Fehlt es an der Vertretungsmacht, so greifen die skizzierten Haftungsgrundsätze nicht ein und insoweit besteht ein Bedürfnis für die Sicherungsfunktion der Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG. Die Handelndenhaftung des § 11 Abs. 2 GmbHG greift somit in den Fällen, in denen **ein Handeln ohne Vertretungsmacht** vorliegt. Der Vorteil des § 11 Abs. 2 GmbHG im Vergleich zu § 179 BGB besteht hierbei darin, dass die dortigen Einschränkungen (Absatz 2 und 3) bei der Handelndenhaftung nicht existieren.

### III. Der Gesellschaftsvertrag

Körperschaftlich bedarf die GmbH für ihre Errichtung einer **Satzung**, die im GmbH-Recht indes als **Gesellschaftsvertrag** bezeichnet ist (§ 2 GmbHG). Es handelt sich auch hier um einen Organisationsvertrag, der allerdings schuldrechtliche Bestandteile aufweisen kann.<sup>349</sup>

Wie gesehen, ist der Gesellschaftsvertrag formbedürftig; er muss also gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG **notariell beurkundet** werden.

Für die Gründung kann in einem sog. **vereinfachten Verfahren** gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG das Musterprotokoll aus der Anlage 1 GmbHG verwendet werden,<sup>350</sup> wenn die Gesellschaft höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat sowie ferner, wenn nur Bareinlagen vorgesehen sind. Zweck dieser Vorschrift ist die Schaffung eines leichteren Zugangs zur GmbH, insbesondere im Wettbewerb zu der *private limited company*.<sup>351</sup>

---

<sup>346</sup> Saenger, GesR, Rn. 746.

<sup>347</sup> BGHZ 47, 25 = NJW 1967, 828.

<sup>348</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 68.

<sup>349</sup> Windbichler/Bachmann, GesR, § 23 Rn. 3.

<sup>350</sup> Zum Erfordernis der inhaltlichen Kongruenz s. OLG München ZIP 2022, 2066.

<sup>351</sup> Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 17 f. mit Kritik an der Ausgestaltung der Musterprotokolle.

Eine Beurkundung ist gemäß § 2 Abs. 3 GmbHG auch ohne persönliche Anwesenheit der Gründer mittels Videokommunikation möglich (**Online-Gründung**). Dafür steht das Musterprotokoll der Anlage 2 GmbHG zur Verfügung.

## 1. Mindestinhalt

Den unverzichtbaren Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrages regelt § 3 Abs. 1 GmbHG: Firma und Sitz der Gesellschaft (Nr. 1), Gegenstand des Unternehmens (Nr. 2), Betrag des Stammkapitals (Nr. 3) sowie Zahl und Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage übernimmt (Nr. 4).

– Die **Firma** der GmbH muss die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder die Abkürzung „GmbH“ enthalten (§ 4 GmbHG). Dadurch soll die gesellschaftsrechtlich existierende Haftungsbeschränkung (§ 13 Abs. 2 GmbHG) für den Rechtsverkehr, also für die Gläubiger sichtbar werden. Wird dieser Rechtsformzusatz bei der Firmierung weggelassen, so hat dies für den im Namen der GmbH auftretenden Gesellschafter – idR jedenfalls Vertreter nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts – erhebliche Konsequenzen: Ihn trifft nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen eine Rechtsscheinhaftung, weil er zurechenbar im Rechtsverkehr den Eindruck einer unbegrenzten persönlichen Haftung – idR als Einzelkaufmann – erweckt hat.<sup>352</sup>

– Mit **Sitz** der Gesellschaft ist der im Gesellschaftsvertrag bezeichnete, im Inland befindliche **Satzungssitz** iSd § 4a GmbHG gemeint. Von diesem Satzungssitz zu unterscheiden ist der Verwaltungssitz der GmbH, der auch im Ausland liegen kann.

– **Gegenstand des Unternehmens** betrifft Art und Bereich der Gesellschaftstätigkeit und kann zB auf „Betrieb von Gaststätten“ lauten. Vom Unternehmensgegenstand zu trennen ist der weitergehende Begriff des Gesellschaftszwecks (zB: Gewinnerzielung), der in § 1 GmbHG angesprochen ist. Die Unterscheidung zwischen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck ist für etwaige Änderungen wichtig.<sup>353</sup> Denn der Unternehmensgegenstand ist Satzungsbestandteil und kann mit einer ¾-Mehrheit geändert werden (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG), wohingegen für eine Zweckänderung die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig ist; insoweit gilt § 33 Abs. 1 S. 2 BGB analog.

– Das **Stammkapital** der GmbH muss gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG mindestens 25.000 EUR betragen. Es ist auf der Passivseite der Bilanz zu buchen. Es dient dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger und fungiert als Seriositätsschwelle. Im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeiten kann das Stammkapital aufgezehrt werden; es weist aber gleichwohl eine Garantiefunktion auf, weil es gegen Ausschüttungen an die Gesellschafter geschützt ist.

– Der Nennbetrag eines **Geschäftsanteils** muss gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG auf volle Euro lauten. Die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile kann verschieden bestimmt sein

---

<sup>352</sup> BGH NZG 2007, 426; BGH NJW 2012, 2871 Rn. 9 ff.; jeweils gestützt auf § 179 BGB analog.

<sup>353</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 13.

(§ 5 Abs. 3 S. 1 GmbHG). Dies ist letztlich u.a. Ausdruck des Umstandes, dass die Geschäftsanteile der GmbH nicht verbrieft und nicht gattungsmäßig untereinander austauschbar sein müssen, mithin kein Bedarf nach Fungibilität besteht. In der Summe müssen allerdings die Nennbeträge aller Geschäftsanteile dem Betrag des Stammkapitals entsprechen (§ 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG). Gemäß § 14 S. 2 GmbHG richtet sich die Höhe der zu leistenden Einlage nach dem bei der Errichtung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Nennbetrag des Geschäftsanteils. Einem Gesellschafter ist es bei der Errichtung der Gesellschaft unbenommen, mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen (vgl. § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG).

Beispiel:<sup>354</sup> „Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 100.000 EUR. Hiervon übernehmen (i) Herr A vier Geschäftsanteile zu jeweils 20.000 EUR und (ii) Herr B einen Geschäftsanteil zu 20.000 EUR.“

Der Geschäftsanteil ist **Ausdruck der Mitgliedschaft** in der GmbH und bündelt alle aus ihr folgenden Rechte und Pflichten. Folglich ist der Geschäftsanteil zB für das Stimmrecht (§ 47 Abs. 2 GmbHG), für die Gewinnverteilung (§ 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG) sowie für den Liquidationserlös (§ 72 GmbHG) maßgeblich. Zwar ist er frei veräußerlich und vererblich, doch ist die Übertragung durch das Erfordernis der notariellen Beurkundung deutlich erschwert (vgl. § 15 Abs. 3, 4 GmbHG). Ein liquider Handel mit Geschäftsanteilen soll und kann dementsprechend nicht stattfinden. In der Konsequenz ist auch eine Verbriefung der Geschäftsanteile ausgeschlossen.

## 2. Fakultativer Inhalt

Die Gesellschafter können über den Mindestinhalt hinaus eine Vielzahl von Regelungen im Gesellschaftsvertrag treffen. Da die GmbH nicht auf eine Funktion als Kapitalsammelbecken angelegt ist, insbesondere eine Beteiligung an eine GmbH nur nach notariell beurkundetem Erwerb der Geschäftsanteile möglich ist, gilt – anders als bei der AG – der Grundsatz der Satzungsstrenge nicht. Es ist nämlich bei der GmbH anzunehmen, dass sich der Erwerber mit dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages auseinandersetzen wird. Die Gesellschafter können folglich im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich von den Vorgaben des Gesetzes abweichen und Regelungen treffen, die ihren Zielen und Bedürfnissen am besten entsprechen. Dementsprechend ist das GmbH-Recht in weiten Teilen **dispositiv**.

Sofern die GmbH-Bestimmungen ausnahmsweise zwingend sind, dann liegt der Grund hierfür im **Gläubigerschutz** und im **Schutz von Anteilseignern mit Minderheitsbeteiligung**. So ist es offensichtlich nicht zulässig, von § 30 GmbHG und dem dort niedergelegten Grundsatz der Kapitalerhaltung abzurücken, weil diese Regel als Ausgleich für die Haftungsbeschränkung dem Gläubigerschutz dient.

## 3. Vertragsänderung sowie formelle und materielle Bestimmungen

Die Änderung des Gesellschaftsvertrags richtet sich nach Maßgabe der §§ 53 ff. GmbHG (**Form der Satzungsänderung**). Erforderlich ist ein Beschluss der Gesellschafter, der – soweit nichts

---

<sup>354</sup> Nach Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 16.

anderes bestimmt – mit einer Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen gefasst und sodann notariell beurkundet werden muss (§ 53 Abs. 1–3 GmbHG). Die Änderung des Gesellschaftsvertrages ist gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; wirksam wird die Änderung erst mit dieser Eintragung (§ 54 Abs. 3 GmbHG).

Ähnlich wie bei der AG kann auch bei der Satzung einer GmbH zwischen formellen und materiellen Satzungsbestimmungen unterschieden werden. Während materielle Satzungsbestimmungen nur nach Maßgabe der §§ 53 ff. GmbHG geändert werden können, ipso iure für jeden Nachfolger des Anteilsinhabers gelten und sie objektiv ausgelegt werden, gelten schuldrechtliche Abreden ohne abweichende Vereinbarung nur inter partes; sie können durch formloses Rechtsgeschäft geändert werden und sie sind nach dem Willen der Vertragsteile auszulegen.<sup>355</sup>

#### IV. Organisationsverfassung der GmbH

Wie es bei allen juristischen Personen der Fall ist, ist die GmbH nicht selbst handlungsfähig, sondern sie benötigt zur Willensbildung und zur Teilnahme im Rechtsverkehr entsprechende Organe. Das GmbH-Recht sieht für den Regelfall zwei **Organe** vor, nämlich den **Geschäftsführer** (§§ 6, 35 GmbHG) und die **Gesellschafterversammlung** (§§ 45 ff. GmbHG). Ein Aufsichtsrat ist – anders als bei der AG – nicht zwingend (§ 52 AktG); anders ist dies bei sog. mitbestimmten Gesellschaften und soweit eine branchenspezifische Regulierung besteht (vgl. § 18 Abs. 2 KAGB).

Ein weiterer und wichtiger Unterschied zu der AG ist, dass zwischen den Organen der GmbH nicht der Grundsatz der Machtbalance, sondern eine **Hierarchie** gilt:<sup>356</sup> Oberstes Organ der GmbH ist die Gesellschafterversammlung. Sie hat nicht nur umfassende Zuständigkeiten wie etwa § 46 GmbHG zeigt; insbesondere stehen ihr auch Geschäftsführungsangelegenheiten zu, sie kann also der Geschäftsführung Weisungen erteilen. Demnach leiten die Geschäftsführer – anders als bei der AG – die Gesellschaft nicht selbständig. Sie sind vielmehr gemäß **§ 37 GmbHG** der „Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind“. Sie ergreift zudem Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG. Das Entscheidungsinstrument der Gesellschafterversammlung ist der **Beschluss** gemäß § 47 Abs. 1 GmbHG, der prinzipiell nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (einfache Mehrheit) gefasst wird. In der Regel werden ausweislich § 48 Abs. 1 S. 1 GmbHG die Beschlüsse in Versammlungen gefasst. Dies ist aber nicht unbedingt immer opportun, insbesondere nicht in Geschäftsführungsangelegenheiten, die zeitkritisch sind. Deshalb ermöglicht § 48 Abs. 2 GmbHG auch die Beschlussfassung im Umlaufverfahren.

---

<sup>355</sup> Vgl. Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 19 f.; vgl. auch Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 17, 23.

<sup>356</sup> C. Schäfer, GesR, § 34 Rn. 3.

## 1. Rechtsstellung der Gesellschafter

Ähnlich wie bei der AG haben die Gesellschafter einer GmbH eine eigentümerähnliche Stellung. Die Geschäftsanteile sind Ausdruck ihrer Mitgliedschaft in der GmbH und fassen verschiedene Rechte und Pflichten zusammen.

### a) Rechte der Gesellschafter

aa) Den Gesellschaftern stehen zum einen **Mitverwaltungsrechte** zu. Hierzu zählt insbesondere das Recht, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen und dort abzustimmen (§§ 45 ff. GmbHG). Weiterhin hierher gehören die Auskunfts- und Einsichtsrechte (§ 51a GmbHG), oder allgemeiner: die Informationsrechte. Zweck dieser Rechte ist es, den Gesellschafter in den Stand zu setzen, seine Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschafterversammlung verantwortungsbewusst und sachgerecht auszuüben und zugleich seine Individualinteressen zu wahren.<sup>357</sup> Trägerin der Informationspflichten ist die Gesellschaft selbst.<sup>358</sup> Das *Auskunftsrecht* bezieht sich auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft. Das *Einsichtsrecht* flankiert das Recht auf Auskunft und umfasst – unter Einschluss der technischen Substrate (EDV)<sup>359</sup> – alle Bücher, Schriften, Geschäftsunterlagen, Korrespondenzdokumente, Buchungsbelege etc.

Der Begriff über die *Angelegenheiten der Gesellschaft* ist wie im Aktienrecht weit auszulegen.<sup>360</sup> Gegenstand des Auskunftsrechts ist alles, was mit der Geschäftsführung, den wirtschaftlichen Verhältnissen, den Beziehungen zu Dritten und den innergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zusammenhängt;<sup>361</sup> es kann jederzeit geltend gemacht werden. Gemäß § 51a Abs. 2 GmbHG können Auskunft und Einsicht nur ausnahmsweise verweigert werden („nicht unerhebliche Nachteile“ zu besorgen); die hierfür angeführten Gründe müssen durch Tatsachen untermauert sein.<sup>362</sup>

Beispiel:<sup>363</sup> A ist Gesellschafterin einer GmbH, die Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG ist. Mit ihrem Auskunftsbegehren verlangt A Informationen über bestimmte Vorkommnisse (Vertragsabschlüsse) und Unterlagen (Verträge, Korrespondenz) bei der KG.

Lösungshinweise: Das OLG Düsseldorf hat dem Begehren mit der Begründung stattgegeben, zu den Angelegenheiten der GmbH iSd § 51a Abs. 1 GmbHG seien in solchen Fällen – also bei einer GmbH & Co. KG – auch die Angelegenheiten der KG zu zählen.<sup>364</sup> Denn das unternehmerische Geschehen in einer GmbH & Co. KG, wenn die GmbH – wie hier – keinen eigenen Geschäftsbetrieb hat, sondern nur der Geschäftsführung und Verwaltung der KG dient, spiele sich allein in der KG ab. Zudem werde die Komplementär-GmbH wegen ihrer unbeschränkten Haftung unmittelbar von allen Angelegenheiten der KG maßgeblich berührt. Die von der

<sup>357</sup> BGH NJW 1997, 1985, 1986 (sub B. 2.).

<sup>358</sup> BGH NJW 1997, 1985, 1986 (sub B. 1.).

<sup>359</sup> BGH NJW 1997, 1985, 1986 (sub B. 2.); LG Essen BeckRS 2014, 17679.

<sup>360</sup> OLG Düsseldorf ZIP 1990, 1346, 1347; Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 120.

<sup>361</sup> LG Essen BeckRS 2014, 17679.

<sup>362</sup> OLG Düsseldorf ZIP 1990, 1346, 1347.

<sup>363</sup> OLG Düsseldorf ZIP 1990, 1346.

<sup>364</sup> OLG Düsseldorf ZIP 1990, 1346, 1347 u.a. mit Verweis auf BGH NJW 1989, 225, 226 und OLG Hamburg GbmbHR 1985, 120, 121.

GmbHG vorgetragenen Befürchtungen, das Informationsrecht werde zu missbräuchlichen Zwecken geltend gemacht, waren von der Antragsgegnerin nicht durch Tatsachen belegt worden und somit unbeachtlich.

Von § 51a GmbHG kann gemäß Absatz 3 im Gesellschaftsvertrag nicht zum Nachteil der Gesellschafter abgewichen werden. Es ist aber zulässig, Regeln für die Informationserteilung vorzusehen. Diese dürfen jedoch das Informationsrecht in seinem materiellen Bestand nicht beschneiden.

Beispiel: Die Beschränkung des Informationsrechts auf eine Stunde pro Monat ist ein erheblicher Einschnitt in das Informationsrecht, der sich insbesondere in Krisensituationen bemerkbar macht, und somit keine reine Verfahrensregelung.<sup>365</sup>

**bb)** Darüber hinaus kommen den Gesellschaftern **Vermögensrechte** zu, insbesondere in Form der Beteiligung am Liquidationserlös (§ 72 GmbHG) und des Anspruchs auf den Jahresüberschuss, also auf Teilhabe am Bilanzgewinn (§ 29 GmbHG). Damit dieses Recht zum Anspruch auf Auszahlung des Gewinns konkretisiert ist, ist die Aufstellung des Jahresabschlusses durch die Geschäftsführer und die Vorlage an die Gesellschafter (§ 42a GmbHG), die Feststellung des Jahresabschlusses durch die Gesellschafterversammlung sowie die Fassung eines entsprechenden Ergebnisverwendungsbeschluss gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG vorausgesetzt.

**cc)** Den Gesellschaftern steht es zudem zu, Beschlussmängeln durch ein entsprechendes **Anfechtungsrecht** entgegenzutreten. Anders als im Aktienrecht weist das GmbH-Recht keine umfassende Regelung auf. Die hM ist sich bisher einig gewesen, dass auf das Beschlussmängelrecht der AG zurückgegriffen werden kann, das aber zwangsläufig Modifikationen ausgesetzt ist, um den Besonderheiten der GmbH Rechnung zu tragen.<sup>366</sup> Nunmehr hat durch das MoPeG zum 1.1.2024 das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften grundlegende Änderungen erfahren, und die entsprechenden Regelungen werden nach Einschätzung des Gesetzgebers eine Ausstrahlungswirkung auf das GmbH-Recht haben.<sup>367</sup> Wie sich die unterschiedlichen Rechtskreise zueinander verhalten, ist noch offen. Ob in Zukunft das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften oder eher des Aktienrechts prägend sein wird, kann letztlich als Fragestellung dahingestellt bleiben, denn iE wird die Rechtsprechung weiterhin die GmbH-spezifischen Besonderheiten in den Fokus rücken.<sup>368</sup>

### **b) Pflichten der Gesellschafter**

Die wichtigste Pflicht der Gesellschafter besteht in der **Erbringung** der auf den Geschäftsanteil anfallenden **Stammeinlage** gemäß § 14 S. 1 GmbHG. Weitere sog. Nebenpflichten können gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG aus dem Gesellschaftsvertrag folgen, etwa die Zahlung eines vertraglich vorgesehene Aufgelds (Agio).<sup>369</sup>

Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt sein, dass die Gesellschafter über die Nennbeträge der Geschäftsanteile hinaus die Einforderung von weiteren Einzahlungen (**Nachschuss**) beschließen

<sup>365</sup> BayObLG NJW-RR 1989, 350 (1. Leitsatz).

<sup>366</sup> Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § 43 Rn. 72; Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 109.

<sup>367</sup> Vgl. BT-Drs. 19/27635, S. 228.

<sup>368</sup> So überzeugend Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 109.

<sup>369</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 88.

können (§ 26 GmbHG). Diese Nachschusspflicht kann sogar gemäß § 27 GmbHG unbeschränkt sein, was aus Gesellschaftersicht eine erhebliche Belastung darstellt. Von einer solchen unbeschränkten Nachschusspflicht kann sich der Gesellschafter, der seine Stammeinlage bereits vollständig erbracht hat, befreien, indem er sich fristgebunden zur Aufgabe des Geschäftsanteils entschließt (§ 27 Abs. 1 GmbHG).

Die Gesellschafter unterliegen weiterhin **Treuepflichten**.<sup>370</sup> Im Vergleich zu der AG sind diese hier tendenziell stärker ausgeprägt, weil die GmbH – wie erwähnt – in der Regel stärker personalistisch ausgestaltet ist.<sup>371</sup> Aus den Treuepflichten kann zB das Verbot folgen, die Gesellschaft und die Mitgesellschafter (öffentlich) zu schädigen. Auch kann sich das Gebot ergeben, für etwaige Anpassungen im Gesellschaftsvertrag zu stimmen, die angesichts geänderter Umstände geboten erscheinen. Auch hierher gehört die Pflicht der Mehrheitsgesellschafter, bei Abstimmungen die Interessen der Minderheit zu berücksichtigen. Zu dieser Fallgruppe zählt die Pflicht, bei der Entscheidung über eine Thesaurierung von Gewinnen (§ 29 Abs. 2 GmbHG), ein „Aushungern“ der Minderheitsgesellschafter durch gezieltes Vorenthalten einer Dividende über einen längeren Zeitraum zu unterlassen.<sup>372</sup>

### *c) Änderungen des Gesellschafterbestands*

Die Geschäftsanteile einer GmbH sind gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG „veräußerlich und vererblich“. Sie können also entweder durch (dingliches) Rechtsgeschäft oder durch Erbgang übertragen werden.

**aa) Ein Wechsel** im Gesellschafterbestand durch Rechtsgeschäft vollzieht sich über die Abtretung des Geschäftsanteils gemäß §§ 413, 398 BGB. Dieser Anteil kann einem Dritten, einem anderen Gesellschafter oder – unter den Voraussetzungen des § 33 GmbHG – an die Gesellschaft selbst übertragen werden (Erwerb eigener Anteile). Die Abtretung des Geschäftsanteils, also das **dingliche Geschäft**, ist nur wirksam, wenn sie in einem **notariellen Vertrag** erfolgt (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Gemäß § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG unterliegt auch das entsprechende **Verpflichtungsgeschäft** der notariellen Beurkundung. Der **Zweck** hinter der Formvorschrift ist es, den leichten und spekulativen Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen auszuschließen.<sup>373</sup> Hintergrund ist zum einen die typischerweise personalistische Struktur der GmbH. Zum anderen wird der Erwerber vor voreiligen Dispositionen geschützt. Dieser Schutz erscheint notwendig, weil im relativ stark dispositiven GmbH-Recht ohne detaillierte Prüfung der Erwerbsunterlagen nicht sicher ist, welche genaue Rechtsposition erworben wird.<sup>374</sup>

Der § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG regelt die **Heilung**: Danach wird der Formmangel beseitigt und die Verpflichtung wirksam – und eine Kondiktion ist somit ausgeschlossen –, wenn die dingliche

<sup>370</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 89.

<sup>371</sup> Im Überblick Bitter ZGR 2010, 147, 172 ff.

<sup>372</sup> Näher C. Schäfer, GesR, § 36 Rn. 4.

<sup>373</sup> BGHZ 13, 49, 51 f. = NJW 1954, 1157; BGH NJW 1999, 2594, 2595; Saenger, GesR, Rn. 757.

<sup>374</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 179.

Verfügung formgerecht bewirkt, also die Abtretung notariell beurkundet stattgefunden hat. Wichtig ist, dass der Erwerber *im Verhältnis zur Gesellschaft* erst dann als Inhaber des Geschäftsanteils und somit als Gesellschafter gilt, wenn er nach der Abtretung in die neu erstellte Gesellschafterliste (vgl. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG) eingetragen und diese ins Handelsregister aufgenommen worden ist (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Auf diese Weise wird verhindert, dass die Gesellschaft es versäumt, einen ihr unbekanntem Gesellschafter zur Gesellschafterversammlung einzuladen und Beschlüsse aus diesem Grunde rechtswidrig und somit anfechtbar sind.<sup>375</sup>

Weitere Erschwernisse hinsichtlich der Übertragbarkeit können durch eine **Vinkulierung** bestehen, also durch das Erfordernis, dass die Abtretung der Geschäftsanteile gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG von der Genehmigung (§§ 182 ff. BGB) der Gesellschaft abhängig ist. In der Praxis ist eine solcher Vinkulierung häufig, insbesondere bei Familienunternehmen. Die Vinkulierung verhindert nämlich effektiv ein Eindringen fremder Gesellschafter. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Abtretung zugestimmt wird, regelt der Gesellschaftsvertrag.<sup>376</sup>

Ein **gutgläubiger Erwerb** von – existierenden – Geschäftsanteilen ermöglicht § 16 Abs. 3 GmbHG. Damit weicht das GmbH-Recht von den Grundregeln des BGB ab, die ausschließlich einen gutgläubigen Erwerb von Mobilien- oder Immobiliensachen kennen. Für § 16 Abs. 3 GmbHG maßgeblicher Rechtsscheinträger ist die Gesellschafterliste. Zusätzliche Voraussetzung ist, dass die Gesellschafterliste mind. drei Jahre lang unrichtig ist. Da Gesellschafterlisten online einsehbar sind, hat der berechtigte Gesellschafter in den drei Jahren ausreichend Zeit, die Gesellschafterliste zu überprüfen und auf diese Weise seine Rechte und Interessen zu wahren. Vor Ablauf der drei Jahre ist ein gutgläubiger Erwerb ebenfalls möglich, wenn die Unrichtigkeit dem Berechtigten zuzurechnen ist.

Beispiel: Ein Scheinerbe ist in die Gesellschafterliste eingetragen worden, während der wahre Erbe sich nicht um die Einreichung einer berechtigten Liste zum Handelsregister bemüht.

Die Geschäftsanteile der GmbH sind schließlich **vererblich**. Für die Erbengemeinschaft gilt § 18 GmbHG. Aus Sicht der (Alt-)Gesellschafter besteht im Erbfall die Gefahr, dass sie es mit unliebsamen oder gar geschäftsungeeigneten (Neu-)Gesellschaftern zu tun bekommen. Ihnen stehen deshalb verschiedene Schutzinstrumentarien zur Hand.<sup>377</sup> Zu diesen gehört es, eine Abtretungspflicht der Erben oder eine Einziehung unter den Voraussetzungen des § 34 GmbHG im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Auch hier zeigt sich wieder: Das GmbH-Recht eröffnet den Gesellschaftern verschiedene Gestaltungsoptionen.

**bb) Eine Ausschließung aus der Gesellschaft** ist anerkanntermaßen möglich, wenn in der Person des Gesellschaftern ein **wichtiger Grund** vorliegt, der eine Fortsetzung der Gesellschaft unter

---

<sup>375</sup> Saenger, GesR, Rn. 757.

<sup>376</sup> Näher MHLS/Ebbing GmbHG § 15 Rn. 153 ff.

<sup>377</sup> Saenger, GesR, Rn. 761.

seiner Beteiligung als untragbar erscheinen lässt. Einer Ausschließungsklausel im Gesellschaftsvertrag bedarf es dafür nicht.<sup>378</sup> Die Ausschließung ist die im Vergleich zur Auflösung der Gesellschaft weniger tiefgreifende Maßnahme; ihre Zulässigkeit ist somit schon deshalb sinnvoll.

Beispiele: Ein wichtiger Grund kann zB in einem geschäftsschädigenden Verhalten liegen, etwa dann, wenn ein Gesellschafter medienwirksam an einem konspirativen Treffen teilnimmt, welches das Ziel hat, die freiheitlich-demokratische Grundordnung des Landes zu beseitigen.<sup>379</sup> Auch schwere Verstöße gegenüber Mitgesellschaftern oder Eigenschaften des Gesellschafters können einen wichtigen Grund darstellen.

Wie schon mehrfach betont, ist die GmbH in der Regel personalistisch geprägt, so dass sich die Ausschließung nach den Regeln für Personengesellschaften analog § 727 BGB, § 134 HGB (§ 737 BGB aF, § 140 HGB aF) richtet.<sup>380</sup> Es gelten hohe Anforderungen. Die Ausschließung ist das **äußerste Mittel**, das nur in Frage kommt, wenn andere gangbare Wege zur Beseitigung des Missstandes nicht bestehen.<sup>381</sup> Dies folgt u.a. aus den Treuepflichten der Gesellschafter.<sup>382</sup> Der wichtige Grund für die Ausschließung muss nicht allein in der Rolle des Betroffenen als Gesellschafter liegen, sondern kann insgesamt etwas mit seinem Verhalten zu tun haben – auch als Geschäftsführer, wenn es sich um einen Geschäftsführer-Gesellschafter handelt.

Voraussetzung ist ein **Gesellschafterbeschluss**, der nach der Rspr. der qualifizierten Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen bedarf,<sup>383</sup> während nach manchen Stimmen im Schrifttum eine einfache Mehrheit genügt,<sup>384</sup> weil der Beschluss einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen und somit der Betroffene ausreichend geschützt sei. Der betroffene Gesellschafter hat nach § 47 Abs. 4 GmbHG in dieser eigenen Angelegenheit kein Stimmrecht.<sup>385</sup>

Zur Durchsetzung des Beschlusses ist, wie angedeutet, analog § 134 HGB eine **Ausschließungsklage** notwendig. Klägerin ist die GmbH; vertreten wird sie durch die Geschäftsführerin.<sup>386</sup> Bei einem stattgebenden Urteil ist der Gesellschafter nicht automatisch ausgeschieden, sondern es ist ein **Vollzug** erforderlich. Dieser Vollzug erfolgt – nach Wahl der Gesellschaft – entweder durch eine Einziehung des Geschäftsanteils oder durch eine (Zwangs-)Abtretung des Geschäftsanteils an die Gesellschaft, an einen anderen Gesellschafter oder an einen Dritter. Das Gestaltungsurteil des Gerichts enthält die hierfür erforderliche Ermächtigung der GmbH.<sup>387</sup> Zudem wird angeordnet, dass die Mitgliedschaftsrechte bis zur Durchführung ruhen.

Die Ausschließung setzt eine **Abfindung** für den Verlust der Mitgliedschaft **zum Verkehrswert** voraus.<sup>388</sup> Nach der bisherigen Rechtsprechung standen der im Urteil ausgesprochene Ausschluss

---

<sup>378</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 35 IV 2b.

<sup>379</sup> Vgl. für ein dahingehendes Ereignis in jüngerer Vergangenheit T. Fromm, Hans im Glück: Eine ziemlich gruselige Trennung, SZ online vom 11.1.2024.

<sup>380</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 98.

<sup>381</sup> BGHZ 16, 317 = NJW 1955, 667 (sub II. 2.).

<sup>382</sup> Saenger, GesR, Rn. 765; s. auch BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780.

<sup>383</sup> BGHZ 153, 285 = NJW 2003, 2314 (1. Leitsatz).

<sup>384</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 35 IV 2c.

<sup>385</sup> Vgl. BGHZ 153, 285 = NJW 2003, 2314 (1. Leitsatz).

<sup>386</sup> Grundlegend zur Ausschließungsklage BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780.

<sup>387</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 35 IV 2c.

<sup>388</sup> BGHZ 9, 157, 168 = NJW 1953, 780, 782; BGHZ 116, 359 = NJW 1992, 892.

und die Zwangsverfügung über den Geschäftsanteil unter der aufschiebenden Bedingung der Abfindungszahlung (sog. **Bedingungslösung**), wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthielt.<sup>389</sup> Nun hat der II. Zivilsenat des BGH diese Bedingungslösung zugunsten der sog. **Haftungslösung** aufgegeben:<sup>390</sup> Ein Verbot des Ausschlusses besteht, wenn die Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung feststeht, dass die Abfindung nicht unter Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln (§ 30 Abs. 1 GmbHG) gezahlt werden kann. Zudem hat derselbe Senat einen weiteren wichtigen Punkt klargestellt: Bei der Zwei-Personen-GmbH ist die Ausschließungsklage des einen Gesellschafters gegen den anderen *als actio pro socio* zulässig.<sup>391</sup>

**cc)** Von der Ausschließung zu trennen ist die **Einziehung des Geschäftsanteils gemäß § 34 GmbHG**.<sup>392</sup> Sie beendet ebenfalls die Mitgliedschaft. Die Einziehung ist zulässig, wenn sie der Gesellschaftsvertrag vorsieht (§ 34 Abs. 1 GmbHG). Der Zweck der Einziehung besteht u.a. darin, die Sanierung unrentabler Unternehmen und das einverständliche Ausscheiden von Gesellschaftern zu erleichtern.<sup>393</sup>

Beispiel:<sup>394</sup> A war mit den Gesellschaftern B, C und D Gründer einer GmbH, die ein Kino betrieb. Alle Gesellschafter waren mit jeweils 25 % an der GmbH beteiligt und alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer. Jeder Gesellschafter hatte bestimmte Leistungen als Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu erbringen. Zum Aufgabenbereich des A gehörte die Betreuung der Auszubildenden und die Übernahme einzelner Wochenenddienste. Nachdem die persönliche Beziehung des A mit der Mitgesellschafterin B gescheitert war, kam es zu Spannungen zwischen den Gesellschaftern. Dem A wurde die Verletzung seiner Pflichten als Geschäftsführer und Gesellschafter vorgeworfen. Unter anderem habe er seine Wochenenddienste wiederholt mit halbstündiger Verspätung angetreten und seine Aufgabe, die Auszubildenden zu betreuen, nicht erfüllt. Zudem habe er Kundenreservierungen für eine Kinovorstellung storniert, um so für sich selbst Plätze zur Verfügung zu haben. A wurde daraufhin drei Mal wegen der Vernachlässigung seiner Geschäftsführerpflichten anwaltlich abgemahnt. In einer Gesellschafterversammlung einigten sich die Gesellschafter schließlich darauf, dass A bis auf Weiteres bezahlten Urlaub nehme und sich während dieser Zeit jedweder Geschäftsführertätigkeit enthalten solle. A hielt sich aber nicht dran. Er betrat mehrfach die Geschäftsräume, erteilte Anweisungen an das Personal und führte Gespräche mit Filmverleihern. Konfrontiert mit seinem Verhalten, griff A mehrfach seine Mitgesellschafter persönlich an und beleidigte sie. Die Gesellschafter B–D entschlossen daraufhin in einer Gesellschafterversammlung, den Geschäftsanteil des A aus wichtigem Grund einzuziehen. Der Gesellschaftsvertrag sah diese Option explizit vor.<sup>395</sup>

Lösungshinweise: Die Einziehung eines Geschäftsanteils gemäß § 34 GmbHG bedarf – ebenso wie die Ausschließung eines Gesellschafters – einer umfassenden Prüfung aller Umstände des Einzelfalls und einer Gesamtabwägung der beteiligten Interessen sowie des Verhaltens der übrigen Gesellschafter.<sup>396</sup> Ist „ein sinnvolles Zusammenwirken der Gesellschafter nicht mehr zu erwarten“, „weil es an der für das Funktionieren einer personalistisch ausgestalteten

---

<sup>389</sup> BGHZ 9, 157, 174 = NJW 1953, 780, 782, 783; skeptisch schon Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 101 mit Verweis auf BGHZ 192, 236 Rn. 16 = NZG 2012, 259.

<sup>390</sup> BGH NZG 2023, 1555 mAnm Karsten Schmidt JuS 2024, 78 und Imhof DB 2023, 2621.

<sup>391</sup> BGH NZG 2023, 1555 Rn. 14.

<sup>392</sup> Das Parallelinstitut im Aktienrecht ist in den §§ 237 ff. AktG geregelt.

<sup>393</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 35 III 1.

<sup>394</sup> Nach BGH NZG 2013, 1344; s. hierzu auch Kindler, GK Handels- u. GesellsR, § 15 Rn. 29.

<sup>395</sup> Eine solche Satzungsbestimmung kann lauten: „Der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedarf es nicht, wenn in seiner Person ein anderer wichtiger Grund, der seine Ausschließung aus der Gesellschaft rechtfertigt, gegeben ist. Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn ein weiteres Verbleiben des betroffenen Gesellschafters in der Gesellschaft für diese untragbar ist. Das ist insbesondere der Fall, wenn (...)“

<sup>396</sup> BGH NZG 2013, 1344 Rn. 15.

GmbH erforderlichen ersprießlichen Zusammenarbeit und der Achtung vor dem anderen [fehlt]“, dann kann ein entsprechender wichtiger Grund vorliegen.<sup>397</sup> Steht – wie hier – ein Zerwürfnis in Raum, dann ist Voraussetzung, dass dieses Zerwürfnis „von dem betroffenen Gesellschafter zumindest überwiegend verursacht worden ist und in der Person des oder der die Ausschließung betreibenden Gesellschafter keine Umstände vorliegen, die deren Ausschließung oder die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen“.<sup>398</sup> Da es in diesem Fall überwiegend A war, der den persönlichen Konflikt zwischen den Beteiligten verursachte, liegt ein wichtiger Grund für die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Einziehung vor.

Eine Einziehung ohne die Zustimmung des Gesellschafters (**Zwangseinziehung**) ist nur möglich, wenn die Einziehungsvoraussetzungen bereits vor dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren (vgl. § 34 Abs. 2 GmbHG). Nachträglich eingeführte Einziehungsklauseln wirken hingegen nur gegen denjenigen Gesellschafter, der für eine solche Klausel gestimmt hat.<sup>399</sup>

**Zuständig** für die Einziehung ist gemäß § 46 Nr. 4 Var. 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung. Mit der Einziehung geht die Vernichtung des Geschäftsanteils einher. Das Stammkapital bleibt hiervon unberührt, denn die Beteiligungsquote und die damit verbundenen Mitgliedschaftsrechte wachsen den verbleibenden Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile an.<sup>400</sup> Allerdings müssen die Einlagen auf den eingezogenen Geschäftsanteil vollständig eingezahlt sein, weil andernfalls der gegen den Anteilsinhaber bestehende Anspruch auf die Einlage erlöschen würde, was mit § 19 Abs. 2 GmbHG unvereinbar ist.<sup>401</sup>

Dem Gesellschafter wird für den eingezogenen Geschäftsanteil eine **Abfindung** gewährt. Bei einer Zwangseinziehung ist die Abfindung in der Regel in der Einziehungsklausel geregelt. Fehlt es an einer solchen Regelung im Gesellschaftsvertrag, dann folgt aus allgemeinen Wertungen der Anspruch auf eine vollwertige Abfindung **zum Verkehrswert**.<sup>402</sup>

Beispielklausel:<sup>403</sup> § xx – Einziehung von Geschäftsanteilen

(1) Die Einziehung von Geschäftsanteilen kann beschlossen werden, wenn der betroffene Gesellschafter zustimmt oder wenn einer der folgenden Fälle vorliegt:

(a) Über sein Vermögen wird ein Insolvenzverfahren eröffnet, über einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist nicht binnen zwei Monaten entschieden oder die Eröffnung wird mangels Masse abgelehnt.

(b) Es wird eine Zwangsvollstreckung in seinen Geschäftsanteil betrieben und die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen werden nicht binnen zwei Monaten seit ihrem Beginn wieder aufgehoben.

(c) In seiner Person liegt ein wichtiger Grund vor, der die Ausschließung rechtfertigt; ein solcher Grund besteht, wenn ein Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft für diese untragbar ist, insbesondere wenn der Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder sonst durch sein Verhalten die Gesellschaftsinteressen erheblich geschädigt hat.

<sup>397</sup> BGH NZG 2013, 1344 Rn. 16.

<sup>398</sup> BGH NZG 2013, 1344 Rn. 17, u.a. mit Bezug auf BGHZ 32, 17, 31 = NJW 1960, 866.

<sup>399</sup> BGH NJW 1977, 2316.

<sup>400</sup> Saenger, GesR, Rn. 763; Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 193.

<sup>401</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 193.

<sup>402</sup> Näher Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 97; Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 193 f., insbesondere zur gläubigerschützenden Regelung in § 34 Abs. 3 iVm § 30 GmbHG.

<sup>403</sup> Näher Pfisterer et al., Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 66. Edition 2023, Stand: 01.03.2021, 7.8.1.1.1 GmbH Gründungsurkunde und Satzung.

(...)

(4) Die Beschlussfassung erfolgt mit einer 3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Der betroffene Gesellschafter hat hierbei kein Stimmrecht.

(5) Der ausscheidende Gesellschafter erhält eine Abfindung entsprechend § xx dieses Vertrages.

**dd)** Ein freiwilliger **Austritt aus der Gesellschaft** ist möglich. Dies ist angesichts des § 15 Abs. 1 GmbHG konsequent, der die freie Veräußerbarkeit der Geschäftsanteile feststellt. Auch der Grundsatz der Privatautonomie streitet dafür.<sup>404</sup> Allerdings ist die Gesellschafterstellung ein Dauerschuldverhältnis mit besonderen Treuebindungen, und aufgrund ihres personalistischen Charakters ist die GmbH zur Erreichung des Gesellschaftszwecks auf Stabilität angewiesen. Ausfluss dieses Gedankens ist u.a. die Vinkulierungsmöglichkeit gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG, die indes entwertet wäre, würde der Gesellschafter auf die GmbH Druck ausüben können: entweder Zustimmung zur Veräußerung oder Kündigung der Gesellschafterstellung.<sup>405</sup> Ein ordentliches *gesetzliches* Kündigungsrecht besteht daher nicht.<sup>406</sup> Der Gesellschafter einer GmbH hat lediglich das Recht, **bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten** (vgl. § 314 BGB), sofern die zum Austritt führenden Umstände nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen bereinigt werden können.<sup>407</sup> Dieses Recht besteht auch, wenn es im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehen ist; es kann dort auch nicht wirksam ausgeschlossen werden.<sup>408</sup> Der Gesellschaft steht es frei, einen ohne wichtigen Grund erklärten Gesellschafts Austritt anzunehmen.<sup>409</sup>

Der Austritt aus wichtigem Grund erfolgt durch eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**. Hinsichtlich des Vollzugs des Austritts ist wiederum die Einziehung oder die Abtretung des Geschäftsanteils erforderlich.<sup>410</sup>

## 2. Der Geschäftsführer

Das **Handlungsorgan** der GmbH ist der Geschäftsführer. Im Innenverhältnis führt er die Geschäfte der GmbH, im Außenverhältnis vertritt er sie gerichtlich und außergerichtlich (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so sind sie zur **Gesamtvertretung** berechtigt, es sei denn, die Satzung sieht anderes vor (§ 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Für die Passivvertretung gilt nach § 35 Abs. 2 S. 2 GmbHG die Einzelvertretung. Gegen Dritte, also im Außenverhältnis, kann die Vertretungsmacht nicht beschränkt werden (§ 37 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Die Grenzen nach den Regeln des Missbrauchs der Vertretungsmacht bleiben freilich bestehen.<sup>411</sup>

### a) Befugnisse

Die **Geschäftsführungsbefugnisse** des Innenverhältnisses sind nur rudimentär geregelt. Zu nennen sind etwa die Einreichung der Gesellschafterliste, die Buchführung und die Aufstellung des

<sup>404</sup> Kindler, GK Handels- u. GesR, § 15 Rn. 32.

<sup>405</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 35 IV 3a.

<sup>406</sup> Flume, Juristische Person, § 8 III.

<sup>407</sup> BGH NZG 2014, 541 Rn. 12.

<sup>408</sup> BGHZ 116, 359, 369 = NJW 1992, 892; bestätigend BGH NZG 2014, 541 Rn. 12.

<sup>409</sup> Vgl. BGH NZG 2014, 541.

<sup>410</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 102.

<sup>411</sup> Dazu Saenger, GesR, Rn. 775.

Jahresabschlusses (§§ 40 ff. GmbHG). Im Übrigen entscheidet der Gesellschaftsvertrag. Maßgeblich für das rechtliche Dürfen des Geschäftsführers ist demnach primär der Wille der Gesellschafter.<sup>412</sup> Fehlt es im Gesellschaftsvertrag und im Gesetz an Regelungen für die betreffende Maßnahme, so gilt der Grundsatz, dass die Geschäftsführung zu sämtlichen Maßnahmen befugt ist, die zur Unternehmensleitung zählen.<sup>413</sup> Ihr obliegt es also, Maßnahmen zu treffen und zu verfolgen, die unter dem bestmöglichen Einsatz der vorhandenen Mittel der Realisierung des im Gesellschaftsvertrag festgelegten Zwecks dienen. Auch haben die Geschäftsführer für geeignete Organisations- und Risikomanagementmaßnahmen zu sorgen, die drohende Nachteile von der Gesellschaft abwenden.

### **b) Bestellung, Anstellung und Abberufung**

Die Geschäftsführung kann gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. In § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG wird geregelt, welche Personen von der Bestellung als Geschäftsführer ausgeschlossen sind (**Inhabilität**): das sind jene, die einem Einwilligungsvorbehalt eines Betreuers (Nr. 1) oder einem Berufsverbot im Geschäftszweig der GmbH unterliegen (Nr. 2) oder die wegen bestimmter Straftaten verurteilt wurden (Nr. 3).

**Bestellt** werden die Geschäftsführer gemäß § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Die Bestellung ist ein körperschaftlicher Akt und bedarf der Annahme. Da bei der GmbH als Körperschaft der Grundsatz der Fremddorganschaft gilt, muss die Geschäftsführung nicht zugleich dem Kreis der Gesellschafter angehören.<sup>414</sup>

Von der Bestellung zu trennen ist die **schuldrechtliche Anstellung** durch Vertrag. Die Unterscheidung wird in § 38 Abs. 1 GmbHG angedeutet. Es handelt sich dabei um einen Dienstvertrag, der nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zu behandeln ist. Aus der rechtlichen Trennung von Organ- und Anstellungsverhältnis folgt grundsätzlich, dass beide Rechtsverhältnisse rechtlich selbstständig nebeneinander stehen und demgemäß rechtlich unabhängig voneinander nach den jeweiligen dafür geltenden Vorschriften beendet werden können.<sup>415</sup> Beendet wird die Anstellung bei unbefristeten Dienstverträgen durch eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung, bei befristeten Anstellungen nur durch außerordentliche Kündigung (§§ 620 ff. BGB).<sup>416</sup>

Die **Abberufung** und somit Entlassung des Geschäftsführers ist gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit möglich. Das ist ein wesentlicher Unterschied zu der AG. Im Gesellschaftsvertrag ist häufig abweichend die Abberufung auf einen wichtigen Grund beschränkt. Diese Möglichkeit eröffnet § 38 Abs. 2 GmbHG, die vor allem bei Bestellung von Gesellschafter-Geschäftsführer genutzt wird. Ein wichtiger Grund setzt kein schuldhaftes Verhalten des Geschäftsführers voraus.<sup>417</sup> Der

---

<sup>412</sup> Sanders/Bühring GmbHR 2026, 113, 115.

<sup>413</sup> Koch, GesR, § 34 Rn. 8; Sanders/Bühring GmbHR 2026, 113, 115.

<sup>414</sup> Gehört der Geschäftsführer dem Gesellschafterkreis an, so ist vom Gesellschafter-Geschäftsführer die Rede.

<sup>415</sup> BGH NJW 2003, 351.

<sup>416</sup> Mock, GesR, § 13 Rn. 602.

<sup>417</sup> BGH NJW-RR 1992, 993, 994.

Geschäftsführer muss demnach nicht schuldhaft eine Pflicht verletzt haben (zB Tötlichkeiten gegenüber Mitgesellschaftern, Veruntreuung von Geldern etc.), sondern auch Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung kann ausreichen.<sup>418</sup>

Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer sind gemäß §§ 10 Abs. 1 S. 1, 39 Abs. 1 GmbHG **in das Handelsregister einzutragen**. Die Eintragung wirkt deklaratorisch. Auf den Geschäftsbriefen sind die Geschäftsführer anzugeben (§ 35a Abs. 1 S. 1 GmbHG).

### **c) Haftung**

Den Geschäftsführer kann aus verschiedenen Gründen eine Haftung treffen.

**aa)** Begeht er eine **Pflichtverletzung** gegenüber der Gesellschaft, indem er nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters agiert, dann greift **§ 43 Abs. 2 GmbHG** ein (**Innenhaftung**). Es handelt sich hierbei um eine Sonderregelung zu § 280 Abs. 1 BGB, die vorrangig ist, wenn eine Pflichtverletzung mit spezifischem Bezug zur Organstellung vorliegt.<sup>419</sup> Wichtig wird der Haftungstatbestand gemäß **§ 43 Abs. 3 GmbHG** insbesondere, wenn zuwider § 30 GmbHG Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen oder zuwider § 33 GmbHG Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind.

Da § 43 Abs. 2 GmbHG den Anspruch nicht im Detail regelt, ist auf die aus § 93 AktG bekannten Grundsätze zurückzugreifen. Insbesondere die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG ist entsprechend einschlägig.

**bb)** Weiterhin kann den Geschäftsführer eine Schadensersatzpflicht aus **§ 40 Abs. 3 GmbHG** treffen, wenn er schuldhaft die in § 40 Abs. 1 GmbHG aufgestellte Pflicht, bei Veränderungen im Gesellschafterbestand unverzüglich zum Handelsregister eine neue Gesellschafterliste einzureichen, verletzt hat.

**cc)** Ein **Ersatzanspruch der Gesellschaft** kann auch gegenüber dem Geschäftsführer gemäß **§ 9a Abs. 1 GmbHG** entstehen, wenn er zum Zwecke der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht hat.

**dd)** **Gegenüber den Gesellschaftern** kann eine Haftung aus **§ 31 Abs. 6 GmbHG** folgen, wenn vorschriftswidrige Zahlungen vorgenommen wurden, die eine Ausfallhaftung der Gesellschafter gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG ausgelöst haben.

**ee)** Des Weiteren kann ein durch die **Insolvenzverschleppung** geschädigter Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß **§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO** geltend machen, soweit sein Verlust in der Insolvenz der GmbH bei einer rechtzeitigen Antragstellung nicht eingetreten wäre.<sup>420</sup> Differenziert wird dabei zwischen Neugläubigern und Altgläubigern:

– **Neugläubiger** sind diejenigen Gläubiger, die erst nach Eintritt der Insolvenzreife in geschäftlichen Kontakt zur Gesellschaft getreten sind oder die nach diesem Zeitpunkt eine Vorleistung an

<sup>418</sup> Saenger, GesR, Rn. 773.

<sup>419</sup> Vgl. das **Beispiel** oben bei Fn. 158.

<sup>420</sup> Näher Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 150.

die Gesellschaft erbracht haben. Sie haben einen Anspruch auf Ersatz des ganzen Schadens, denn bei rechtzeitiger Antragstellung hätten sie den Vertrag nicht geschlossen bzw. ihre Vorleistung nicht erbracht.

– **Altgläubiger** haben hingegen ihre Vermögensdisposition zum Zeitpunkt, zu dem der Geschäftsführer den Insolvenzantrag hätte stellen müssen, bereits getroffen. Ihnen ist derjenige Schaden zu ersetzen, der sich aus einem Vergleich der Quote bei rechtzeitig eingeleitetem Insolvenzverfahren und der niedrigeren Quote, die im Falle der Insolvenzverschleppung erzielt wird (sog. Quotenschaden), ergibt. Diesen Quotenschaden zu beziffern ist in der Regel schwierig.

**ff)** Bis zum 31.12.2020 war die **Erstattungspflicht des Geschäftsführers** einer GmbH wegen zurechenbar veranlasster, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht im Einklang stehenden Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) in § 64 GmbHG aF geregelt. Seit dem 1.1.2021 ist nun **§ 15b InsO** einschlägig. Eine Haftung trifft den Geschäftsführer gemäß **§ 15b Abs. 4 InsO** gerichtet auf Erstattung an die Gesellschaft, wenn er entgegen § 15b Abs. 1 S. 1 InsO nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung Zahlungen vornimmt. Eine Ausnahme sieht § 15b Abs. 1 S. 2 InsO für Zahlungen vor, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. **Zweck** des § 15b InsO ist es zu verhindern, dass das Vermögen der Gesellschaft in der Zeit ab dem Eintritt der Insolvenz den Interessen der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger zuwider geschmälert wird.<sup>421</sup>

**gg)** Eine Haftung des Geschäftsführers im Außenverhältnis ist ebenfalls möglich. Einstandspflichten können aus unerlaubter Handlung (insbes. §§ 823, 826 BGB<sup>422</sup>), aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB oder aus § 179 BGB folgen.<sup>423</sup> Zu beachten ist, dass analog § 31 BGB eine Zurechnung zulasten der Gesellschaft stattfindet; Folge ist eine gesamtschuldnerische Einstandspflicht (§§ 421 ff. BGB).

### 3. Die Gesellschafterversammlung

In der Gesellschafterversammlung erfolgt die **Willensbildung** der Gesellschafter (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Sie ist das oberste Organ der Gesellschaft.

#### **a) Kompetenzen**

Hinsichtlich der Kompetenzen ist zu unterscheiden:

– Grundlagenentscheidungen sind zwingend der Gesellschafterversammlung zugewiesen. Dazu zählen zB die Einforderung von Nachschüssen (§ 26 Abs. 1 GmbHG), die Satzungsänderung

---

<sup>421</sup> Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 21. Aufl. 2023, § 15b InsO; im Detail und mit Blick auf die verschiedenen Positionen Bitter in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2022 ff., § 64 GmbHG Rn. 16 ff.

<sup>422</sup> Für ein Beispiel zu § 826 BGB (auch nach Ausscheiden) s. BGH BeckRS 2025, 35232 wegen Unterstützung eines von der Gesellschaft betriebenen **betrügerischen Anlagesystems**.

<sup>423</sup> Saenger, GesR, Rn. 778.

(§ 53 Abs. 1 GmbHG), Kapitalmaßnahmen (§§ 55 ff. GmbHG) und die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.

– Im Übrigen regelt der Gesellschaftsvertrag, welche Rechte den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen (§ 45 Abs. 1 GmbHG); in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gilt gemäß § 45 Abs. 2 GmbHG der in § 46 GmbHG ausbuchstabierte Aufgabenkreis. Die Aufzählung in § 46 GmbHG ist allerdings nicht abschließend.<sup>424</sup> Sie kann insbesondere grundsätzlich sämtliche Angelegenheiten an sich ziehen und der Geschäftsführung – wie oben gesehen – Weisungen erteilen (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Zudem kann sie Gremien einrichten und diese mit Kompetenzen ausstatten.

### ***b) Einberufung***

Einberufen wird die Gesellschafterversammlung gemäß § 49 Abs. 1 GmbHG von den Geschäftsführern. Über die Minderheitsrechte steht es auch Gesellschaftern unter den Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 GmbHG zu, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu verlangen; weigert sich die Geschäftsführung, kann diese Minderheit von 10 % des Stammkapitals gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterversammlung selbst einberufen.

Gemäß § 49 Abs. 2 GmbHG besteht eine **Pflicht zur Einberufung** in den ausdrücklich bestimmten Fällen.<sup>425</sup> Dies kann aus dem Gesellschaftsvertrag folgen oder aus Gesetz, etwa nach § 49 Abs. 3 GmbHG im Falle, dass sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist.

Die Einberufung erfolgt gemäß § 51 Abs. 1 GmbHG durch **Einladung** der Gesellschafter mittels eingeschriebener Briefe; die Ladungsfrist beträgt mind. eine Woche. Die Frist bestimmt sich nicht ab Abgabe des Einschreibens, sondern unter Berücksichtigung der üblichen postalischen Beförderung, da andernfalls die „Dispositionsfrist“ des § 51 GmbHG durch den Postlauf vollständig konsumiert wäre.<sup>426</sup> Die Einladung sollte eine Tagesordnung enthalten (§ 51 Abs. 2 GmbHG: Zweck der Versammlung ankündigen); im Übrigen gilt § 51 Abs. 4 GmbHG. Sind die Vorschriften über die Einberufung nicht eingehalten, so sind Gesellschafterbeschlüsse nicht per se ausgeschlossen, sondern sie können gemäß § 51 Abs. 3 GmbHG nur gefasst werden, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend sind.

### ***c) Beschlussfassung***

Das Instrument der Willensbildung der Gesellschafterversammlung ist der **Beschluss**. Zu qualifizieren ist dieser als mehrseitiges Rechtsgeschäft,<sup>427</sup> das bedingungsfeindlich ist.<sup>428</sup> Regeln zu der Beschlussfähigkeit enthält in der Regel der Gesellschaftsvertrag, die zwingend angezeigt sind.

---

<sup>424</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 107.

<sup>425</sup> Sanders/Bühning GmbHR 2026, 113, 115.

<sup>426</sup> BGHZ 100, 264, 268 f. = NJW 1987, 2580, 2581.

<sup>427</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 11.

<sup>428</sup> KG NZG 2024, 1520.

Denn das Gesetz sieht, bis auf die Ladung, keine Beschlussfähigkeitsmehrheiten vor, wodurch theoretisch sogar ein allein anwesender Gesellschafter einen Beschluss fassen könnte.<sup>429</sup>

Beschlüsse müssen nicht zwingend in einer Versammlung mit physischer Anwesenheit getroffen werden. Versammlungen können gemäß § 48 Abs. 1 S. 2 GmbHG auch fernmündlich oder mittels Videokommunikation abgehalten werden, wenn sämtliche Gesellschafter sich damit in Textform (§ 126b BGB) einverstanden erklären. Auch die Beschlussfassung im Umlaufverfahren ist gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG möglich.

Die **Abstimmung** erfolgt nach Geschäftsanteilen: jeder Euro eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme (§ 47 Abs. 2 GmbHG). Es genügt eine **einfache Kapitalmehrheit** der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 GmbHG), es sei denn, es ist etwas anderes bestimmt. Die abweichende Bestimmung kann aus dem Gesellschaftsvertrag oder, wie § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG zeigt, aus dem Gesetz folgen: für eine Änderung des Gesellschaftsvertrags bedarf der Beschluss ausnahmsweise einer qualifizierten  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. Selbiges gilt gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG für den Auflösungsbeschluss.

Eine **Stimmrechtsübertragung** ist **nicht möglich**, während die **Bevollmächtigung** zur Stimmrechtsausübung in Textform **zulässig** ist, wie § 47 Abs. 3 GmbHG deutlich macht.<sup>430</sup>

Von einem Gesellschafter kann mit Blick auf seine **Treuepflichten** eine Abstimmung in einem bestimmten Sinne oder eine Stimmenthaltung zu erwarten sein. Ein treuwidriges Abstimmungsverhalten ist im Innenverhältnis zur Gesellschaft schadensersatzbewehrt;<sup>431</sup> die treuwidrige Stimmabgabe bleibt wegen Nichtigkeit ungezählt.<sup>432</sup> Angesichts dieser massiven Folgen ist Zurückhaltung geboten. Die Ausübung des Stimmrechts ist von der Privatautonomie gedeckt, so dass die Pflicht, das Stimmrecht in bestimmter Weise auszuüben, die „krasse Ausnahme“ bleibt.<sup>433</sup> Es findet insbesondere keine Sachlichkeits- oder Zweckmäßigkeitkontrolle durch die Gerichte statt.<sup>434</sup> Eine sachwidrige oder nicht nachvollziehbare Stimmabgabe ist zur Einschränkung der Autonomie des Gesellschafters nicht ausreichend. So heißt es in der gefestigten Rspr.:

„Aufgrund der Treuepflicht muss (...) nur dann in einem bestimmten Sinn abgestimmt werden, wenn die zu beschließende Maßnahme zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist, also wenn der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft gerade diese Maßnahme zwingend gebieten und der Gesellschafter seine Zustimmung ohne vertretbaren Grund verweigert“.<sup>435</sup>

---

<sup>429</sup> Saenger, GesR, Rn. 782.

<sup>430</sup> Saenger, GesR, Rn. 782 mwN.

<sup>431</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 103 f.

<sup>432</sup> Näher MüKoGmbHG/Drescher GmbHG § 47 Rn. 264 mwN.

<sup>433</sup> Altmeppen GmbHG § 47 Rn. 81.

<sup>434</sup> BGH NJW 2016, 2739 Rn. 19 – Media/Saturn.

<sup>435</sup> Vgl. BGH NJW 2016, 2739 Rn. 13 – Media/Saturn und die dort zahlreichen Nachw.

**Beispiel:**<sup>436</sup> In einer Gesellschafterversammlung steht die Frage zur Abstimmung, ob neue Betriebsstandorte errichtet werden sollen. Der Mehrheitsgesellschafter hält Standortöffnungen für richtig, ist aber der Meinung, diese Maßnahme bedürfe nicht der Zustimmung der Gesellschafter. – Der BGH nahm hier an, das Abstimmungsverhalten möge unverständlich erscheinen, sei aber hinzunehmen.

Besteht das Ziel der Stimmabgabe des Gesellschafters ausschließlich darin, für sich Sondervorteile zu erzielen, dann ist die Schranke der Stimmausübungsautonomie (ausnahmsweise) erreicht.<sup>437</sup>

Ausnahmsweise kann ein Gesellschafter zur Vermeidung von Interessenkonflikten gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG einem **Stimmverbot** unterliegen. Ein solcher Interessenkonflikt droht, wenn eine Abstimmung aufgrund des Beschlussgegenstandes auch die eigenen (persönlichen) Interessen des Gesellschafters berührt.<sup>438</sup> Wie die Rechtsprechung deutlich macht, ist in § 47 Abs. 4 GmbHG vor allem der Rechtsgedanke niedergelegt, **niemand solle als Richter in eigener Sache** tätig sein.<sup>439</sup> Voraussetzung für ein Stimmverbot sei es deshalb, „dass auf Grund eines bestimmten Interessenkonflikts typischerweise damit zu rechnen ist, der Gesellschafter werde sich bei der Abstimmung von seinen eigenen Interessen leiten lassen und die Interessen der Gesellschaft (...) hintanstellen“.<sup>440</sup> Wichtig ist hierbei zu berücksichtigen, dass nicht Gläubigerschutz bezweckt ist, sondern eine Willensbildung zum Nachteil der Gesamtheit der Gesellschafter vermieden werden soll.

**Beispiel:**<sup>441</sup> A ist an einer GmbH mit 60 %, B bis E sind jeweils mit 10 % beteiligt. In der Gesellschafterversammlung ist darüber abzustimmen, ob die GmbH ein Gebäude, das dem A gehört, für den Geschäftsbetrieb anmieten soll. Bei einer solchen Abstimmung ist A – soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält – mit einem Stimmverbot belegt. Ist dies unberücksichtigt geblieben und bei der Feststellung des Beschlusses die Stimme des A mitgezählt worden, steht der Weg der Anfechtungsklage offen.

#### **d) Beschlussmängel**

Das Beschlussmängelrecht der GmbH befindet sich, wie oben schon gesehen, insoweit in Bewegung, als dass angesichts der Reformen im Recht der Personengesellschaften etwaige Neuakzentuierungen nicht ausgeschlossen erscheinen.<sup>442</sup> Auf diese Details soll es hier allerdings nicht ankommen, da – wie ebenfalls schon angesprochen – ohnehin jede Vorschrift des Beschlussmängelrechts aus dem Aktienrecht oder aus dem Personengesellschaftsrecht dahingehend zu überprüfen ist, ob sie mit der Struktur der GmbH vereinbar ist.<sup>443</sup> Nachfolgend sei von der Grundregel ausgegangen, dass die §§ 241 ff. AktG prinzipiell analog auf die GmbH unter Berücksichtigung der typspezifischen Besonderheiten anzuwenden sind.

<sup>436</sup> BGH NJW 2016, 2739 – Media/Saturn.

<sup>437</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 10.

<sup>438</sup> Näher Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 116 ff.

<sup>439</sup> BGH NZG 2010, 1022 Tz. 16.

<sup>440</sup> BGH NZG 2010, 1022 Tz. 16.

<sup>441</sup> Nach Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 121.

<sup>442</sup> Ausführlich dazu Kaulbach ZHR 186 (2022), 729 ff.

<sup>443</sup> Saenger, GesR, Rn. 787 mwN.

**Beispiel:** Die Monatsfrist des § 246 AktG sei uU im Einzelfall zu kurz, so dass stattdessen eine Klage „binnen angemessener Frist“ zu erheben sei.<sup>444</sup> Teilweise ist jüngst vertreten worden, es sei auf die Anfechtungsfrist von drei Monaten des § 112 HGB abzustellen.<sup>445</sup>

Wie bei der Aktiengesellschaft sind auch hier nichtige und bloß anfechtbare Beschlüsse zu unterscheiden. Nichtig sind die Beschlüsse selten; in der Regel sind sie anfechtbar.

**aa)** Ein Beschluss ist analog § 241 AktG **nichtig**, wenn er unter einem besonders schweren Mangel leidet. Ein Beispiel ist es, wenn Gesellschafter nicht zu der Versammlung geladen und deshalb nicht an der Beschlussfassung beteiligt wurden (§ 241 Nr. 1 AktG analog).<sup>446</sup> Entsprechendes gilt analog §§ 121 Abs. 2, 241 Nr. 1 AktG, wenn die Versammlung von einer hierzu nicht berechtigten Person einberufen wurde.<sup>447</sup> Auch der seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstoßende Beschluss ist analog § 241 Nr. 4 AktG nichtig, da es sich dabei um einen verallgemeinerungsfähigen Grundsatz handelt. Ebenso verhält es sich mit Beschlüssen, die gegen gläubigerschützende Vorschriften verstoßen (vgl. § 110 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HGB bzw. § 241 Nr. 3 AktG); hierzu zählen u.a. die Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung.<sup>448</sup>

**bb)** **Anfechtbar** ist ein Beschluss bei Verstoß gegen die Satzung oder gegen gesetzliche Vorschriften analog § 243 Abs. 1 AktG. Relevant sind insbesondere Inhaltsmängel wie Verstöße gegen die Treuepflichten oder gegen das Gleichbehandlungsgebot.<sup>449</sup> Anfechtungsbefugt ist jeder Gesellschafter, der dem Beschluss nicht zugestimmt hat. § 245 Nr. 1 AktG ist nicht anwendbar.

#### 4. Der Aufsichtsrat und sonstige Organe

Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein **fakultativer Aufsichtsrat** zu bestellen, so sind gemäß § 52 GmbHG eine Reihe von aktienrechtlichen Vorschriften anwendbar, sofern die Satzung keine abweichende Regelung enthält. Daher liegt die Ausgestaltung der Organisation und Arbeitsweise des Aufsichtsrates primär bei den Gesellschaftern.<sup>450</sup> Die Funktion eines solchen Aufsichtsrats bestünde darin, kontrollierend und beratend der Geschäftsführung an die Seite gestellt zu werden.<sup>451</sup> Ein Gremium, das zur Überwachung der Geschäftsführung eingerichtet ist, ist als Aufsichtsrat einzuordnen und § 52 GmbHG ist anwendbar unbeschrieben der Bezeichnung, die für das Gremium im Gesellschaftsvertrag gewählt wurde (zB Beirat).<sup>452</sup>

Ein **obligatorischer Aufsichtsrat** ergibt sich aus den Regeln der Unternehmensmitbestimmung. Die für die GmbH wichtigsten Regeln zur Mitbestimmung folgen aus dem MitbestG und dem Drit-

---

<sup>444</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 125; beachte aber BGH ZIP 2009, 1880: Monatsfrist grundsätzlich einzuhalten.

<sup>445</sup> Kaulbach ZHR 186 (2022), 729, 758 ff.

<sup>446</sup> Saenger, GesR, Rn. 787.

<sup>447</sup> BGH ZIP 2024, 567 Rn. 17 mwN.

<sup>448</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 110.

<sup>449</sup> Näher Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 112.

<sup>450</sup> Sanders/Bühning GmbHR 2026, 113, 124.

<sup>451</sup> Sanders/Bühning GmbHR 2026, 113, 124.

<sup>452</sup> Saenger, GesR, Rn. 788.

telbG. Beide Gesetze regeln und gewährleisten die Aufnahme Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats wird dann von § 7 MitbestG bzw. § 4 DrittelbG bestimmt.

Bestimmte Kompetenzen mögen beim obligatorischen Aufsichtsrat zwingend diesem Organ zugewiesen sein, es bleibt aber auch in der mitbestimmten GmbH dabei, dass die Gesellschafterversammlung das oberste Organ und gegenüber den Geschäftsführern weisungsbefugt ist.<sup>453</sup>

Den Gesellschaftern ist es freigestellt, weitere freiwillige Organe wie einen Beirat oder einen Gesellschafterausschuss vorzusehen.<sup>454</sup> Ein Beirat ist nicht nach § 52 GmbHG zu behandeln, wenn er tatsächlich rein beratend tätig ist; kommt ihm eine Überwachungsfunktion zu, so ist – wie gesehen – § 52 GmbHG einschlägig.

## V. Finanzverfassung der GmbH

Wie bereits angesprochen, muss die GmbH als Ausgleich für die Haftungsbeschränkung (§ 13 Abs. 2 GmbHG) über eine Garantiekapital verfügen. Das Stammkapital wird im Gesellschaftsvertrag festgelegt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) und bei der Gründung durch die Gesellschafter entweder in Form von Bar- oder von Sacheinlagen aufgebracht. Es darf gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG nicht unter 25.000 EUR liegen, es sei denn, es handelt sich um eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) iSd § 5a GmbHG. Es gelten Regeln der Kapitalaufbringung (sub 1.) und Kapitalerhaltung (sub 2.). Darüber hinaus werden die Kapitalerhöhung und die Kapitalherabsetzung (sub 3.) geregelt.

### 1. Kapitalaufbringung

Es gilt der Grundsatz der **realen Kapitalaufbringung**. Von der Pflicht zur Leistung der Einlagen können die Gesellschafter dementsprechend gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG nicht befreit werden; die Aufrechnung ist grundsätzlich unzulässig (vgl. § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG darf die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister erst erfolgen, wenn auf jeden einzelnen Geschäftsanteil ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist (**Mindesteinzahlung**). Sacheinlagen muss der Gesellschafter hingegen vor der Anmeldung so bewirken, dass sie vollständig und endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers stehen (§ 7 Abs. 3 GmbHG). § 5 Abs. 2, 4 GmbHG zeigt, dass das GmbH-Recht vom Grundsatz der Bargründung ausgeht. **Unterpari-Emissionen sind unzulässig.**<sup>455</sup>

#### *a) Bestimmung der Mindesteinzahlung und Zahlung der Resteinlage*

Nach § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG ist ein Gesamtbetrag zu leisten, der mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht – also 12.500 EUR. Hier bei dieser starren Regelung stehenzubleiben, wäre indes fehlerhaft. Denn gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG muss vor

<sup>453</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 157.

<sup>454</sup> Saenger, GesR, Rn. 790.

<sup>455</sup> BGHZ 68, 191, 195 = NJW 1977, 1196.

Anmeldung der Gesellschaft mindestens ein Viertel des Nennbetrags des Geschäftsanteils eingezahlt sein.

**Beispiel.**<sup>456</sup> Eine Gesellschaft mit drei Gesellschaftern hat ein Stammkapital von 180.000 EUR zu jeweils gleichen Anteilen (60.000 EUR). Die Hälfte des gesetzlichen Mindestkapitals beträgt 12.500 EUR, während aber nach § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG mindestens 45.000 EUR einzuzahlen sind (3\*15.000 EUR).

Hinsichtlich der nach § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG verbleibenden Resteinlage hat die Gesellschaft eine entsprechende Forderung gegen den Gesellschafter und die Fälligkeit bestimmt sich grundsätzlich nach der im Gesellschaftsvertrag bestimmten Regelung.<sup>457</sup> Fehlt eine solche Regelung, so ist nicht sofortige Fälligkeit anzunehmen, sondern es ist ein hinsichtlich der Einforderung nach § 46 Nr. 2 GmbHG ein Gesellschafterbeschluss zu fassen.<sup>458</sup> Der betroffene Gesellschafter ist stimmberechtigt – § 47 Abs. 4 GmbHG ist also nicht einschlägig –, weil es sich insoweit um einen körperchaftlichen **Sozialakt**<sup>459</sup> handelt.<sup>460</sup> Den entsprechenden Beschluss setzt sodann der Geschäftsführer um.

Für rückständige Einlagenverpflichtungen haften Erwerber des Geschäftsanteils gemäß **§ 16 Abs. 2 GmbHG** neben dem Veräußerer.

#### **b) Kaduzierung**

Kommt ein Gesellschafter seiner Einlagepflicht nach erneuter Aufforderung zur Zahlung unter Androhung seines Ausschlusses binnen angemessen gesetzter Nachfrist (mind. ein Monat) nicht nach, erfolgt die sog. Kaduzierung seines Geschäftsanteils gemäß § 21 GmbHG: Der Geschäftsanteil des säumigen Gesellschafters wird zugunsten der Gesellschaft verlustig erklärt mittels eingeschriebenen Briefes (Absatz 2). Es erfolgt also der Ausschluss aus der Gesellschaft. Der säumige Gesellschafter haftet aber gemäß § 21 Abs. 3 GmbHG weiterhin. Im Unterschied zur Einziehung gemäß § 34 GmbHG bleibt der Geschäftsanteil bei der Kaduzierung existent.<sup>461</sup> Eine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter droht aus § 24 GmbHG.

#### **c) Bareinlage**

Eine Geldeinlage ist mangels abweichender Vereinbarung von jedem Gesellschafter mit dem gleichen prozentualen Anteil des übernommenen Geschäftsanteils einzufordern.<sup>462</sup> Die Pflicht zur Einlage erlischt gemäß § 362 Abs. 1 BGB, wenn der Gesellschafter den geschuldeten Betrag in Geld – sei es Bargeld, sei es Buchgeld – an die Gesellschaft zahlt und wenn dieses Geld zur **freien**

---

<sup>456</sup> Siehe auch Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 165.

<sup>457</sup> Vgl. BGH WM 1961, 855.

<sup>458</sup> BGH WM 1961, 855 (juris-Rn. 9).

<sup>459</sup> Gemeint ist, dass es sich um einen die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft betreffenden Beschluss handelt, bei dem der Gesellschafter in erster Linie seine Mitgliedschaftsrechte ausübt und insoweit der Gesellschafter nicht wie ein außenstehender Dritter gegenüberstehen kann.

<sup>460</sup> Siehe BGH NJW 1991, 172, 173.

<sup>461</sup> Altmeppen GmbHG § 21 Rn. 2.

<sup>462</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 175.

**Verfügung des Geschäftsführers** der Gesellschaft steht (vgl. § 8 Abs. 2 GmbHG);<sup>463</sup> es handelt sich also bei dem letztgenannten Merkmal um eine **materielle Erfüllungsvoraussetzung**.<sup>464</sup>

**Beispiel:** Gesellschafter A zahlt seine Einlage auf ein debitorisches Konto der GmbH ein. Bewirkt ist die Pflicht zur Einlage, wenn die Geschäftsführung infolge der Einzahlung in die Lage versetzt wird, erneut Kredit in Höhe des eingezahlten Betrages in Anspruch zu nehmen und sie insoweit über die Einlagezahlung disponieren kann – mag dies, so die Rechtsprechung, auch nur auf eine stillschweigende Gestattung der Bank zurückzuführen sein.<sup>465</sup>

Praktisch stellt sich die wichtige Frage, inwieweit durch eine **Tilgung von Gesellschaftsschulden** (§ 267 BGB) die Einlagenpflicht erfüllt werden kann.<sup>466</sup> Dabei ist wie folgt zu differenzieren: Ohne Ermächtigung des Gesellschafters durch die Gesellschaft kann die Zahlung an einen Dritten keine Erfüllungswirkung im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter haben; dies folgt schon aus §§ 362 Abs. 2, 185 BGB. Erfolgt die Zahlung des Gesellschafters eigenmächtig an den Dritten, so kann auch nicht von einer freien Verfügung des Geschäftsführers (§ 8 Abs. 2 GmbHG) die Rede sein – offensichtlich ist das Gegenteil der Fall. Fordert der Geschäftsführer den Gesellschafter hingegen auf, an den Dritten zu zahlen und stimmt er insoweit der Tilgung der Gesellschaftsschulden zu, dann sind zwar die Voraussetzungen der §§ 362 Abs. 2, 185 BGB erfüllt. Dies bedeutet aber nicht, dass zugleich auch der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung gewahrt ist. Vielmehr gilt es zu unterscheiden:<sup>467</sup> Hinsichtlich der **Mindesteinzahlung** kann die Tilgung der Gesellschaftsschulden keine Befreiungswirkung aufweisen, weil aus dem Begriff „eingezahlt“ des § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG die Zahlung *an die Gesellschaft* abzuleiten ist. Anders ist dies bei der **Resteinlage**: hier ist auch die Tilgung einer Gesellschaftsschuld möglich.

#### **d) Sachgründung**

Gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG können auch Sacheinlagen aufgebracht werden (Sachgründung). *Jede* Einlage, die nicht Geldeinlage ist, ist eine Sacheinlage. **Einlagefähig** sind – aus Gläubigerschutzgründen<sup>468</sup> – Vermögensgegenstände mit feststellbarem Wert, die auf eine Weise aufgebracht werden, dass sie wenigstens ihrem Wert nach dauerhaft im Vermögen der Gesellschaft verfügbar sind und einem Vollstreckungszugriff der Gesellschaftsgläubiger unterliegen können.<sup>469</sup> Dementsprechend sind körperliche Sachen an die Gesellschaft zu übereignen, Forderungs- und Lizenzrechte etc. werden abgetreten usw.<sup>470</sup> Dienstleistungen können auch hier, analog § 27 Abs. 2 AktG, nicht eingebracht werden.

<sup>463</sup> Für weitere Details siehe Altmeppen GmbHG § 7 Rn. 23 ff.; Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 177 ff.

<sup>464</sup> C. Schäfer, GesR, § 35 Rn. 7.

<sup>465</sup> Vgl. BGHZ 150, 197 = DNotZ 2002, 808; BGH DNotZ 2002, 808, 809.

<sup>466</sup> Vgl. für ein Beispiel mit Lösungsskizze C. Schäfer, GesR, § 35 Rn. 9.

<sup>467</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 182 f.

<sup>468</sup> Mock, GesR, § 12 Rn. 564.

<sup>469</sup> C. Schäfer, GesR, § 35 Rn. 14.

<sup>470</sup> Windbichler/Bachmann, GesR, § 25 Rn. 20; Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 47.

Wie dies schon aus dem Recht der Aktiengesellschaft bekannt ist, besteht auch bei der GmbH der Bedarf, Überbewertungen der Sacheinlage durch entsprechende **Förmlichkeiten** zu verhindern.<sup>471</sup> Gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG muss der **Gesellschaftsvertrag** den Gegenstand der Sacheinlage und den Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, festsetzen; auch die Person des Leistenden ist zu nennen. Die Gesellschafter haben in einem **Sachgründungsbericht** die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen wesentlichen Umstände darzulegen. Dieser Bericht ist zusammen mit den der Sachgründung unterliegenden Unterlagen gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 4 f. GmbHG der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen. Ohne diese Unterlagen hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen (§ 9 GmbHG). Falsche Angaben zum Zwecke der Eintragung sind gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG strafbar; zudem greift eine Haftung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 9a GmbHG.

Der Gesellschafter unterliegt darüber hinaus gemäß § 9 Abs. 1 GmbHG einer **Differenzhaftung**: Erreicht der Wert einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils, hat der Gesellschafter in Höhe des Fehlbetrags eine Geldeinlage zu leisten. Diese Bestimmung ist zwingend.<sup>472</sup>

#### *d) Verdeckte Sacheinlage*

Wie schon im Aktienrecht gesehen, können Gesellschafter versucht sein, das Verfahren zur Verhinderung einer Überbewertung von Sacheinlagen durch ein Umgehungsgeschäft<sup>473</sup> zu vermeiden. Ist im Gesellschaftsvertrag eine Geldeinlage des Gesellschafters vereinbart, die bei **wirtschaftlicher Betrachtung** und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu bewerten, so liegt nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG eine sog. **verdeckte Sacheinlage** vor. Wie bei der AG kommen für eine verdeckte Sacheinlage nur jene Gegenstände in Betracht, die sacheinlagefähig sind, also insbesondere nicht Dienstleistungen<sup>474</sup> oder Forderungen gegen den Gesellschafter.<sup>475</sup>

Eine Einlage iSd § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG befreit den Gesellschafter – unabhängig von einer Umgehungsabsicht<sup>476</sup> – nicht von seiner Geldeinlageverpflichtung. Die Verträge über die verdeckte Sacheinlage und die Durchführungsgeschäfte sind seit der Neuregelung durch das MoMiG wirksam (§ 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters wird der Wert des Vermögensgegenstandes im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oder im Zeitpunkt seiner Überlassung an die Gesellschaft, falls

---

<sup>471</sup> Siehe Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 45 ff.

<sup>472</sup> Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 48.

<sup>473</sup> Zum Vorwurf der Umgehung BGHZ 180, 38 Rn. 11 = NZG 2009, 463 – Qivive.

<sup>474</sup> BGHZ 180, 38 Rn. 11 f. = NZG 2009, 463 – Qivive.

<sup>475</sup> BGHZ 165, 113 Rn. 8 = NJW 2006, 509 mwN.

<sup>476</sup> Kindler, GK Handels- u. GesR, § 14 Rn. 49.

diese später erfolgt, gemäß § 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG angerechnet. Die Haftung des Gesellschafters verbleibt somit in Höhe eines etwaigen **Differenzbetrags** bestehen.

Die **Beweislast** für die Werthaltigkeit des Vermögensgegenstandes trägt gemäß § 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG der Gesellschafter. Durch diese ausdifferenzierte Regelung wird verhindert, dass die Gesellschafter die Einlage wertmäßig mehrfach zahlen müssen.

### *e) Hin- und Herzahlen*

Von einem Hin- und Herzahlen ist die Rede, wenn keine verdeckte Sacheinlage besteht und die – zunächst erbrachte – Geldeinlage des Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung auf Grund vorheriger Absprache – insbesondere als Darlehen – wieder unmittelbar oder mittelbar zurückfließt. Wirtschaftlich entspricht dies einer Einlagenrückgewähr. Früher ging der BGH davon aus, das Verfügbarkeitskriterium des § 8 Abs. 2 GmbHG sei nicht beachtet und die Pflicht zur Geldeinlage nicht erfüllt.<sup>477</sup> Nunmehr ist abweichend dazu in § 19 Abs. 5 GmbHG eine **bilanzielle Betrachtung**<sup>478</sup> statuiert: Die erbrachte Geldzahlung befreit den Gesellschafter nur dann, wenn die Zahlung der Gesellschaft an den Gesellschafter durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, welcher fällig ist oder jedenfalls durch fristlose Kündigung seitens der Gesellschaft jederzeit fällig gestellt werden kann (§ 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG). Wenn es an diesen Erfüllungsvoraussetzungen fehlt, ergibt sich schon aus § 19 Abs. 5 GmbHG der Fortbestand der Geldeinlagepflicht; auf § 8 Abs. 2 GmbHG kommt es nicht an. Bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister (§ 8 GmbHG) ist gemäß § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG eine solche Leistung oder die Vereinbarung einer solchen Leistung anzugeben.

Hauptfall des Rückgewähranspruchs, den § 19 Abs. 5 GmbHG im Blick hat, ist der Anspruch auf Darlehensrückzahlung gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Anspruch auf Rückgewähr fehlt, wenn der Zuwendung ein formwirksamer Schenkungsvertrag unterliegt (§§ 516 ff. BGB) oder rechtsgrundlos eine Leistung in Kenntnis der Nichtschuld erbracht wurde gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1, Fall, 814 BGB.<sup>479</sup>

## **2. Kapitalerhaltung**

Auch das GmbH-Recht kennt ein Ausschüttungsverbot, welches die Gesellschafter daran hindert, der Gesellschaft das für den Gläubigerschutz benötigte Kapital zu entziehen (Kehrseite des § 13 Abs. 2 GmbHG).<sup>480</sup> Vor geschäftliche Verluste wird indes niemand gewahrt.

### *a) Ausschüttungsverbot und Folgeansprüche*

Im Zentrum des Kapitalerhaltungsrechts steht § 30 GmbHG. Die Funktion der Vorschrift ist ähnlich wie jene des § 57 Abs. 1 S. 1 AktG, aber es existiert ein wesentlicher Unterschied:<sup>481</sup> In § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG heißt es, das „zur Erhaltung des Stammkapitals (!) erforderliche Vermögen

<sup>477</sup> BGHZ 165, 113 = NJW 2006, 509.

<sup>478</sup> Windbichler/Bachmann, GesR, § 25 Rn. 19.

<sup>479</sup> Vgl. Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 196 f.

<sup>480</sup> In diesem Sinne Windbichler/Bachmann, GesR, § 25 Rn. 25.

<sup>481</sup> Instrukativ Koch, GesR, § 36 Rn. 2 ff.

der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden“. Eine **Vermögensbindung** besteht also, anders als bei der AG (vgl. § 57 Abs. 3 AktG), nur hinsichtlich des **satzungsmäßig ausgewiesenen Garantiekapitals**, nicht hinsichtlich des gesamten Gesellschaftsvermögens. Hintergrund dieses Unterschieds ist, dass bei der kapitalistisch geprägten Aktiengesellschaft *auch* der Schutz der (Minderheits-)Aktionäre erforderlich ist. Die GmbH ist mit ihrer personalistischen Struktur nicht so sehr auf einen standardisierten Schutzmechanismus zwischen den Gesellschaftern untereinander angewiesen. Es überwiegt der Gläubigerschutz; diese Funktion kommt dem Garantiekapital zu.

Von § 30 Abs. 1 GmbHG erfasst sind **alle Leistungen an einen Gesellschafter**, die zu einer Beeinträchtigung des Garantiekapitals führen.<sup>482</sup> Gewinnausschüttungen, Abfindungen für einen Gesellschaftsausschluss, Geschäfte ohne marktübliche Gegenleistung (verdeckte Gewinnausschüttung), Darlehen bei bestehender Unterbilanz etc.

Bei Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG müssen die verbotswidrig weggegebenen Vermögensgegenstände von den Gesellschaftern **gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG erstattet** werden (**Erstattungsanspruch**) – es ist also nicht bloß Wertersatz geschuldet.<sup>483</sup> Die Aufrechnung hiergegen ist unzulässig (§ 19 Abs. 2 GmbHG). Der Anspruch kann gemäß § 31 Abs. 4 GmbHG nicht erlassen werden.

Tritt nach der Weggabe eine Wertminderung des Gegenstandes ein, hat der Gesellschafter neben der Rückgabe des Vermögensgegenstands grundsätzlich die **Wertminderung in Geld auszugleichen**.<sup>484</sup> Etwas anderes gilt aber, wenn dieselbe Wertminderung auch dann eingetreten wäre, wäre der Vermögensgegenstand nicht an den Gesellschafter gegeben, sondern bei der Gesellschaft verblieben.<sup>485</sup> Eine abweichende Lösung würde nach Ansicht des *BGH* eine durch die Kapitalschutzvorschriften nicht gerechtfertigten Bereicherung der Gesellschaft bedeuten; dies widerspräche „der Systematik der §§ 30, 31 GmbHG, nach denen grundsätzlich nur der zu Lasten der Stammkapitalziffer erhaltene Vermögensgegenstand zurückzugewähren ist und die Pflicht zum Wertersatz in Geld nur ergänzend hinzutritt“.<sup>486</sup> Hinsichtlich dieses Einwandes beweislaster ist der Gesellschafter.

Subsidiär greift gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG eine **Ausfallhaftung** der übrigen Gesellschafter ein, wenn die Erstattung von dem Empfänger nicht zu erlangen ist. Darüber hinaus haftet gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG auch der Geschäftsführer: gegenüber der Gesellschaft und den nach § 31 Abs. 3 GmbHG in Anspruch genommenen Gesellschaftern.

## **b) Ausnahmen**

Das Verbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt nicht ausnahmslos.

---

<sup>482</sup> Näher Saenger, GesR, Rn. 798.

<sup>483</sup> BGHZ 176, 62 = NJW 2008, 2118 (1. Leitsatz); Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 135.

<sup>484</sup> BGHZ 176, 62 = NJW 2008, 2118 (2. Leitsatz).

<sup>485</sup> BGHZ 176, 62 = NJW 2008, 2118 (3. Leitsatz).

<sup>486</sup> BGHZ 176, 62, 66 = NJW 2008, 2118, 2119.

Nicht einschlägig ist das Zahlungsverbot gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG, wenn die Leistung bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG) erbracht wird.

Weiterhin ist das Zahlungsverbot des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht einschlägig, wenn die Leistung durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt ist (§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG). Der *BGH* sah dies früher anders:<sup>487</sup> Kreditgewährungen an Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgten, sollten grundsätzlich auch dann als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen zu bewerten sein, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter im Einzelfall vollwertig sein sollte. Hiergegen konnte man einwenden, dass das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen nicht (bilanziell gesehen) unangetastet war, weil dem Mittelabfluss aus dem gebundenen Vermögen (Darlehensauszahlung) ein Vermögenszufluss in Form eines vollwertigen Rückzahlungsanspruchs in Höhe der Auszahlung gegenüberstand; die Auszahlung war also vollständig kompensiert und es fand ein bloßer Aktivtausch statt (Bargeld gegen vollwertige Forderung).<sup>488</sup> Der Gesetzgeber ist mit dem nun gültigen § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG zu diesem bilanziellen Denken zurückgekehrt.<sup>489</sup> Es dürfe nur das „erforderliche Vermögen“ nicht ausgezahlt werden und man müsse beachten, dass das Stammkapital eine *bilanzielle* Ausschüttungssperre sei. Bei späteren und nicht vorhersehbaren negativen Entwicklungen der Forderung gegen den Gesellschafter entstehe keine „nachträgliche verbotene Auszahlung“.<sup>490</sup> Es kann aber eine nach § 43 Abs. 2 GmbHG relevante Sorgfaltpflichtverletzung des Geschäftsführers bestehen, wenn er die Forderung stehen lässt, obwohl er sie hätte einfordern können.

§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GmbHG will es nach dem Willen des Gesetzgebers den Gesellschaften erleichtern, mit ihren Gesellschaftern – vor allem im Konzern – alltägliche und wirtschaftlich sinnvolle Leistungsbeziehungen zu unterhalten und abzuwickeln.<sup>491</sup> Deswegen ist die Norm über etwaige Kreditgewährungen hinaus bei Austauschgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter von Bedeutung.

**Beispiel:** Die Gesellschaft verkauft und übereignet dem Gesellschafter einen Gegenstand. Die Übereignung ist keine verbotene Auszahlung, wenn der Kaufpreisanspruch der Gesellschaft vollwertig ist und den Verlust des Gegenstandes wertmäßig – nach Marktwerten und nicht nach Abschreibungswerten! – komplett „deckt“ (**Vollwertigkeits- und Deckungsgebot**).<sup>492</sup>

### *c) Erwerb eigener Anteile*

<sup>487</sup> BGHZ 157, 72 = NJW 2004, 1111.

<sup>488</sup> Dazu Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 242 mwN.

<sup>489</sup> Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 41 (re. Sp.).

<sup>490</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 41 (re. Sp.).

<sup>491</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 41 (re. Sp.).

<sup>492</sup> Siehe auch BT-Drs. 16/6140, S. 41 (re. Sp.).

Wirtschaftlich entspricht der Erwerb eigener Geschäftsanteile einer Einlagenrückgewähr. Deshalb ist der Erwerb eigener Anteile gemäß § 33 GmbHG nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig: (i) Die Einlage auf den Geschäftsanteil muss voll eingezahlt sein (§ 33 Abs. 1 GmbHG). (ii) Den Erwerb des Anteils muss die Gesellschaft aus dem freien Vermögen bewirken können, sie darf also mit dem Kauf das Stammkapital nicht beeinträchtigen (§ 33 Abs. 2 GmbHG). Der erworbene eigene Anteil bleibt zwar in den Händen der GmbH ein vollwertiger Geschäftsanteil, aus diesem kann allerdings die Gesellschaft keine mitgliedschaftlichen Rechte herleiten.<sup>493</sup>

### 3. Kapitalmaßnahmen

Auch das GmbH-Recht enthält Regeln zu der Kapitalerhöhung und zu der Kapitalherabsetzung; zu unterscheiden ist auch hier zwischen nomineller und effektiver Kapitalmaßnahme.<sup>494</sup>

#### a) Kapitalerhöhung

Eine **effektive Kapitalerhöhung** erfolgt nach den §§ 55 ff. GmbHG **gegen Einlagen**; der Gesellschaft fließt also effektiv Kapital zu. Hierbei können entweder bestehende Geschäftsanteile im Nennwert heraufgesetzt oder zusätzliche Geschäftsanteile geschaffen werden.<sup>495</sup> Der Kapitalerhöhungsbeschluss beinhaltet eine Satzungsänderung und bedarf der  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit sowie der notariellen Beurkundung (§§ 53 Abs. 2, 3, 55 Abs. 1 GmbHG). Die Eintragung der Satzungsänderung wirkt gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG konstitutiv. Die Übernahme jedes Geschäftsanteils an dem erhöhten Kapital bedarf einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers (§ 55 Abs. 1 S. 1 GmbHG).<sup>496</sup> Entsprechend § 186 AktG ist den Altgesellschaftern ein **Bezugsrecht** einzuräumen, weil auch hier der Gedanke gilt, dass die Altgesellschafter vor einer Verwässerung ihrer Beteiligungsquote zu schützen sind.<sup>497</sup> Ein Ausschluss des Bezugsrechts ohne sachliche Rechtfertigung ist rechtswidrig.<sup>498</sup>

Bei einer **nominellen Kapitalerhöhung** werden nach Maßgabe der §§ 57c ff. GmbHG vorhandene Rücklagen in Grundkapital umgewandelt („bilanzielle Umschichtung“).<sup>499</sup> Die Kapitalerhöhung kann auch hier, vorbehaltlich des § 57l Abs. 2 GmbHG, durch Bildung neuer Geschäftsanteile oder durch Erhöhung des Nennbetrags der Geschäftsanteile ausgeführt werden (§ 57h Abs. 1 GmbHG).

Auch bei der GmbHG ist mit **§ 55a GmbHG** die Möglichkeit geschaffen worden, den Geschäftsführer für höchstens fünf Jahre nach Eintragung der Gesellschaft zu ermächtigen, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen (**genehmigtes Kapital**). Die Bedeutung des genehmigten Kapitals ist in der GmbHG

---

<sup>493</sup> Altmeppen GmbHG § 33 Rn. 28, 31.

<sup>494</sup> Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 276 ff.

<sup>495</sup> Saenger, GesR, Rn. 802.

<sup>496</sup> Näher zum Verfahren Bitter/Heim, GesR, § 4 Rn. 279.

<sup>497</sup> Altmeppen GmbHG § 55 Rn. 27.

<sup>498</sup> Vgl. BGHZ 71, 40 = NJW 1978, 1316 – Kali und Salz (zur AG); Altmeppen GmbHG § 55 Rn. 27: Der personalistische Charakter der GmbHG spreche in noch stärkerem Maße dafür.

<sup>499</sup> Dazu Saenger, GesR, Rn. 802.

von geringerer praktischer Bedeutung als bei der AG, weil die Gesellschafterversammlung mit weniger Aufwand verbunden ist als die Hauptversammlung und ein Beschluss über Kapitalmaßnahmen gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG sogar im Umlaufverfahren gefasst werden kann.

### **b) Kapitalherabsetzung**

Bei einer **effektiven Kapitalherabsetzung** wird gemäß §§ 58 ff. GmbHG das Grundkapital durch Herabsetzung der Nennbeträge der Geschäftsanteile und Rückzahlung der Einlagen an die Gesellschafter ein tatsächlicher Mittelabfluss aus der Gesellschaft bewirkt.

In der Praxis wichtiger ist, insbesondere für Sanierungssituationen, die **nominelle Kapitalherabsetzung** als vereinfachte Kapitalherabsetzung iSd § 58a GmbHG. Das Stammkapital wird hier an das durch erlittene Verluste reduzierte Gesellschaftsvermögen angepasst,<sup>500</sup> um auf diese Weise die Gesellschaft für Neuinvestoren attraktiver zu machen.

## **VI. Beendigung und Liquidation**

Die **Auflösungsgründe** bei der GmbH ergeben sich aus § 60 Abs. 1 GmbHG und können zudem aus dem Gesellschaftsvertrag folgen (§ 60 Abs. 2 GmbHG). Grundsätzlich ist ein Beschluss mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit erforderlich (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG), ein Gestaltungsurteil (§ 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 1 GmbHG).

Die **Liquidation** der Gesellschaft wird von den §§ 66 ff. GmbHG bestimmt. Liquidatoren sind die Geschäftsführer (§ 66 Abs. 1 GmbHG), es sei denn, der Gesellschaftsvertrag oder ein Beschluss der Gesellschafter überträgt die Liquidation anderen Personen. Die Liquidatoren haben gemäß § 70 S. 1 GmbHG die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen; sie vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich.

Bei verbleibendem Vermögen erfolgt die **Vermögensverteilung** nach Maßgabe des § 72 GmbHG unter Beachtung des **Sperrjahres** (§ 73 GmbHG). Ist die Liquidation beendet und die Schlussrechnung gelegt, so haben die Liquidatoren gemäß § 74 Abs. 1 GmbHG den Schluss der Liquidation zur **Eintragung in das Handelsregister** anzumelden; die Gesellschaft ist zu **löschen**.

## **VII. Sonderformen der GmbH**

Praktisch spielen zwei Sonderformen der GmbH eine wichtige Rolle: die Einpersonen-Gesellschaft und die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).

### **1. Einpersonen-Gesellschaft**

Die **Zulässigkeit** der Einpersonen-GmbH folgt aus § 1 GmbHG. Alleingesellschafter können natürliche und juristische Personen sowie eine Personengesellschaft sein.<sup>501</sup> Eine Einpersonen-

---

<sup>500</sup> Saenger, GesR, Rn. 803.

<sup>501</sup> Scholz/Karsten Schmidt, § 11 Rn. 165.

GmbH kann auch nachträglich entstehen, nämlich wenn sich sämtliche Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters vereinigen, nachdem der vorletzte Gesellschafter aus der Gesellschaft durch Ausschluss, Austritt, Kaduzierung oder Einziehung ausgeschieden ist. Eine **Einpersonen-Vor-GmbH** ist anerkannt.<sup>502</sup>

Hinsichtlich der **Organisation** der Einpersonen-GmbH sind Besonderheiten im Detail zu beachten. So ist die „Gesellschafterversammlung“ weiterhin notwendiges Organ. Der dort gefasste Beschluss des einzigen Gesellschafters ist gemäß § 48 Abs. 3 GmbHG unverzüglich nach der Beschlussfassung zur Niederschrift aufzunehmen und zu unterschreiben. Das dient der Rechtssicherheit. Allerdings führt die Nichtbeachtung des § 48 Abs. 3 GmbHG nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses; denn andernfalls könnte ich der Alleingesellschafter der Selbstbindung beliebig entziehen.<sup>503</sup>

**Beispiel:**<sup>504</sup> Die Beschlussfassung und die Umsetzung der getroffenen Entscheidung in einem Akt fallen zusammenfallen – zB Kündigung des Anstellungsvertrages des Geschäftsführers – und der Beschluss ist durch die Umsetzung schriftlich dokumentiert (Verwendung des Firmenbogens mit Datum, Ort und Unterschrift).

**Geschäftsführung und Vertretung** richten sich weiterhin nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 GmbHG ist § 181 BGB zu beachten.

## 2. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Mit dem MoMiG wurde die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), auch UG (haftungsbeschränkt), in § 5a GmbHG eingeführt. Sie sollte angesichts des internationalen Wettbewerbs der Kapitalgesellschaften insbesondere der britischen Limited (Ltd.) etwas entgegensetzen.<sup>505</sup> Die Praxis zeigt, dass dies grundsätzlich gelungen ist.

Abweichend zu § 5 Abs. 1 GmbHG darf die UG (haftungsbeschränkt) im Vergleich zur GmbH mit einem **geringeren Stammkapital** gegründet werden; es darf also unter dem Betrag des § 5 Abs. 1 GmbHG liegen. **Mindestbetrag ist ein Euro** (vgl. § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG: „volle Euro). Ziel ist es, **Existenzgründungen** zu erleichtern.<sup>506</sup> Dementsprechend ist eine UG (haftungsbeschränkt) nur im Rahmen der Neugründung möglich, denn die Regel des § 58 Abs. 2 GmbHG bleibt unberührt (keine Kapitalherabsetzung unter den Mindestbetrag des § 5 Abs. 1 GmbHG).

Die Gesellschaft muss abweichend zu § 4 GmbHG gemäß § 5a Abs. 1 GmbHG die **Bezeichnung** „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Der Begriff „Bezeichnung“ ist absichtsvoll gewählt, denn er zeigt, dass die UG (haftungsbeschränkt) kein eigener Rechtstyp, sondern eine **Unterform der GmbH** ist. Die UG (haftungsbeschränkt) ist gemäß § 13 Abs. 1, 2 GmbHG selbst rechtsfähig und sie wird nach den Regeln des § 35 GmbHG vertreten.

---

<sup>502</sup> OLG Dresden GmbHR 1997, 215, 217; Scholz/Karsten Schmidt, § 11 Rn. 167.

<sup>503</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 97 mit Bezug auf BGH NJW 1995, 1750, 1752.

<sup>504</sup> Nach BGH NJW 1995, 1750 (vereinfacht).

<sup>505</sup> Saenger, GesR, Rn. 820.

<sup>506</sup> BT-Drs. 16/6140, S. 31.

Bei der UG (haftungsbeschränkt) darf gemäß § 5a Abs. 2 GmbHG, abweichend zu § 7 Abs. 2 GmbHG, die **Anmeldung** erst erfolgen, wenn das **Stammkapital in voller Höhe eingezahlt** ist; **Sacheinlagen sind ausgeschlossen**.

Als Ausgleich für das geringe Garantiekapital besteht bei der UG (haftungsbeschränkt) die Pflicht, gemäß § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG **gesetzliche Rücklage zu bilden**, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist (**Thesaurierungsgebot**). § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHG unterwirft die Rücklage zudem eine Zweckbindung.

Weiterhin ersetzt § 5 Abs. 4 GmbHG Pflicht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3 GmbHG, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren ist, durch den Einberufungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit.

Bei einer Erhöhung des Stammkapitals auf den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG (oder darüber hinaus) finden gemäß § 5a Abs. 5 GmbHG die Sondervorschriften für die UG (haftungsbeschränkt) keine Anwendung mehr.

## VIII. Mantel- und Vorratsgesellschaften

Ein GmbH besteht bloß als „Mantel“, wenn sie keine „durch Zweckverfolgung und Unternehmensgegenstand lebensfähige äußere Rechtsform“ (mehr) aufweist.<sup>507</sup> Solche GmbH-Mäntel zu verwerten bzw. zu reaktivieren ist wirtschaftlich sinnvoll, da sich etwaige Erwerber dadurch den Aufwand des Gründungsverfahrens und die damit verbundenen Risiken sparen können.<sup>508</sup> Entsprechend spielen GmbH-Mäntel in der Praxis eine erhebliche Rolle. Es besteht dadurch aber eine gewisse Gefahr, dass die (gläubigerschützenden) Gründungsvorschriften umgangen werden. Insofern sind Gründungsvorschriften wie die §§ 7 f., 11 Abs. 2 GmbHG analog auf die Reaktivierung des GmbH-Mantels anwendbar,<sup>509</sup> weil es sich **wirtschaftlich** um eine **Neugründung** handelt.

Bei einer Vorratsgründung ist wie folgt zu differenzieren:<sup>510</sup> Liegt eine **verdeckte Vorratsgründung** vor, indem zB bei der Gründung in der Satzung ein fiktiver Unternehmensgegenstand angegeben wird, dann ist dieses Vorgehen unzulässig (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) und – soweit vom Registergericht erkannt – die Eintragung der Gesellschaft abzulehnen. Bei einer **offenen Vorratsgründung** wird die Vorratsgründung offengelegt; eine Umgehung der Gründungsvorschriften (§§ 2 ff. GmbHG) findet nicht statt. Es erfolgt die Eintragung der Gesellschaft mit entsprechendem Unternehmensgegenstand.

<sup>507</sup> Karsten Schmidt, GesR, § 4 III 1 a (S. 71).

<sup>508</sup> Zu den Verwendungsmotiven Karsten Schmidt, GesR, § 4 III 1 b (S. 71 f.).

<sup>509</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 12 Rn. 53 mwN zur Rspr.

<sup>510</sup> Dazu C. Schäfer, GesR, § 32 Rn. 20 f. mwN.

## § 5 Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)

Die KGaA ist in den §§ 278–290 AktG geregelt. Es handelt sich bei ihr um eine Kapitalgesellschaft, weil das Grundkapital in Aktien zerlegt ist, mit Elementen einer Personengesellschaft, weil gemäß § 278 Abs. 1 AktG mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (persönlich haftender Gesellschafter). Diese Verbindung personalistischer und kapitalistischer Elemente ist nicht unproblematisch und führt zu einigen Streitigkeiten hinsichtlich des bei der KGaA anzuwendenden Rechts.<sup>511</sup>

Die KGaA ist zugleich Handelsgesellschaft und Formkaufmann (§§ 278 Abs. 1, 3 AktG, § 6 HGB).<sup>512</sup> Die strukturellen Parallelen zur KG und AG treten insbesondere in der Organisationsverfassung der KGaA hervor. Wie bei der KG existieren zwei Arten von Gesellschaftern, nämlich Komplementäre und Kommanditaktionäre. Dementsprechend verweist § 278 Abs. 2 AktG für das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander, gegenüber den Kommanditaktionären sowie gegenüber Dritten auf die Vorschriften der KG. Zugleich weist sie aber typische Elemente der AG auf: Das in Aktien zerlegte Grundkapital, die Willensbildung der Aktionäre in der Hauptversammlung sowie die Existenz eines Aufsichtsrats. Daher verweist § 278 Abs. 3 AktG im Übrigen auf die Vorschriften der §§ 1–277 AktG.<sup>513</sup>

Die KGaA weist somit insgesamt drei Organe auf: Komplementäre, Hauptversammlung, Aufsichtsrat.

### I. Komplementäre

Die KGaA muss gemäß § 278 Abs. 1 AktG mindestens einen Komplementär aufweisen. Dieser haftet nach §§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 126 HGB unbeschränkt gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, führt die Geschäfte und vertritt die KGaA nach außen (§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 116, 124 HGB). Einzelne Komplementäre können von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden.

Der personalistische Charakter der KGaA zeigt sich auch hier, da der Grundsatz der Selbstorganschaft, wie von der KG bekannt, zu beachten ist. Die Komplementäre sind nach § 281 AktG in der Satzung zu benennen. Ihre Abberufung oder Bestellung ist nur durch Satzungsänderungen möglich. Ein Verfahren hierfür kann in der Satzung festgelegt werden.<sup>514</sup>

Der Einsatz einer Kapitalgesellschaft als Komplementärin (z. B. GmbH & Co. KGaA) ist wegen der damit verbundenen Haftungsbeschränkung besonders attraktiv. Nach früher herrschender Ansicht wurde diese Gestaltung jedoch als unzulässig angesehen. Der BGH verwarf diese Ansicht

---

<sup>511</sup> Saenger, GesR, § 15 Rn. 707.

<sup>512</sup> Vgl. Grunewald/Müller, GesR, § 10 Rn. 2.

<sup>513</sup> Vgl. Grunewald/Müller, GesR, § 10 Rn. 1.

<sup>514</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 10 Rn. 3.

1997 in einem Grundsatzurteil<sup>515</sup> und der Gesetzgeber bestätigte dies 1998 mit der Neufassung des § 279 Abs. 2 AktG.<sup>516</sup>

## II. Hauptversammlung

Die Willensbildung der Kommanditaktionäre erfolgt in der Hauptversammlung. Komplementäre sind nur stimmberechtigt, wenn sie zugleich Kommanditaktionäre sind (§ 285 Abs. 1 S. 1 AktG). In diesem Fall enthält § 285 Abs. 1 S. 2 AktG besondere Stimmrechtsverbote. Eine weitere Besonderheit enthält § 285 Abs. 2 S. 1 AktG: Hiernach bedürfen Beschlüsse über Angelegenheiten, für die bei der KG die Zustimmung von Kommanditisten und Komplementären erforderlich wären, zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung sämtlicher Komplementäre.<sup>517</sup> Damit zeigt sich in der Hauptversammlung die mit einer Verbindung personalistischer und kapitalistischer Elemente einhergehende Komplexität sowie die daraus resultierende Rechtsunsicherheit für die Beteiligten.

## III. Aufsichtsrat

Im Gegensatz zum Aufsichtsrat der AG ist der Aufsichtsrat der KGaA nur ein Kontroll- und Exekutivorgan, ohne repräsentative Funktion. Er kann daher auch insbesondere nicht die Bestellung oder Abberufung von Komplementären vornehmen. Die Komplementäre werden daher aufgrund ihrer Bestellung in der Satzung auch als geborene Vertretungsorgane bezeichnet.<sup>518</sup>

## IV. Wirtschaftliche Bedeutung

Mit lediglich 410 bestehenden KGaA<sup>519</sup> ist die wirtschaftliche Bedeutung dieser Rechtsform eher gering. Dies ist wohl hauptsächlich auf die schon angesprochene Rechtsunsicherheit bei einigen Einzelfragen sowie die unbeschränkte Haftung des Komplementärs zurückzuführen. Auch die Anerkennung von Kapitalgesellschaften als Komplementäre hat keine wesentliche Veränderung der wirtschaftlichen Bedeutung mit sich gebracht.<sup>520</sup>

# § 6 Societas Europae (SE)

Eine supranationale Kapitalgesellschaft<sup>521</sup> ist die Societas Europae<sup>522</sup> (SE). Sie wird durch die VO (EG) Nr. 2157/2001 (SE-VO)<sup>523</sup> ermöglicht.

---

<sup>515</sup> BGHZ 134, 392 = NJW 1997, 1923.

<sup>516</sup> MüKoAktG/Perlitt AktG § 279 Rn. 2; Saenger, GesR, § 15 Rn. 723.

<sup>517</sup> Grunewald/Müller, GesR, § 10 Rn. 7.

<sup>518</sup> Saenger, GesR § 16 Rn. 717.

<sup>519</sup> Nach Lieder/Hoffmann GmbH 2025, 785, 787 zum Stichtag 1.1.2025.

<sup>520</sup> Saenger, GesR, § 15 Rn. 708.

<sup>521</sup> Zum Teil ist auch von einer Gesellschaftsform sui generis die Rede.

<sup>522</sup> Dt.: Europäische Gesellschaft. In der Literatur wird sie teilweise auch als „Europäische Aktiengesellschaft“ bezeichnet.

<sup>523</sup> ABl. 2001 L 294, 1.

Mit derzeit 1.070<sup>524</sup> in Deutschland bestehenden Gesellschaften stellt sie die bedeutendste europäische Gesellschaftsform<sup>525</sup> dar. Die Attraktivität der Rechtsform für deutsche Unternehmen<sup>526</sup> beruht insbesondere auf zwei Gründen: Zum einen bestehen im Gegensatz zum nationalen Recht flexiblere Regelungen hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung von Arbeitnehmern, und zum anderen besteht die Möglichkeit, die Aufsichtsratsgröße zu verkleinern.<sup>527</sup>

Das Grundkapital der SE ist in Aktien zerlegt (Art. 1 Abs. 2 SE-VO) und muss mindestens 120.000 EUR (Art. 4 Abs. 1, 2 SE-VO) betragen. Art. 5 SE-VO verweist für die Regeln der Kapitalaufbringung und -erhaltung auf das nationale Recht. Ihre Rechtsfähigkeit erlangt sie durch Registereintragung (Art. 16 Abs. 1 SE-VO).<sup>528</sup> Sie ist eine Handelsgesellschaft iSd § 6 HGB.

## I. Rechtsquellen der SE

Auf die SE finden die Vorschriften der SE-VO Anwendung. Für eine SE mit Sitz in Deutschland treten als weitere Rechtsquellen das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) und das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)<sup>529</sup> hinzu. Über die Verweisung des Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO gelten subsidiär die Vorschriften über die Aktiengesellschaft. Damit ergibt sich ein mehrstufiges Regelungssystem (SE-VO, Satzung, SEAG/SEBG, AktG). Aufgrund der gesetzgeberischen Kompromisslösung auf unionsrechtlicher Ebene unterliegt die SE in bedeutendem Maße dem Recht ihres Sitzstaates. Dies hat zur Folge, dass sich beispielsweise eine SE mit Sitz in Deutschland wesentlich von einer SE mit Sitz in Frankreich unterscheidet.<sup>530</sup>

Die Intention des Verordnungsgebers, eine einheitliche europäische Gesellschaftsform zu schaffen, kann daher allenfalls als teilweise verwirklicht angesehen werden.<sup>531</sup>

## II. Gründung

Die Gründung der SE setzt die Erfüllung eines der in Art. 2 SE-VO abschließend normierten Gründungstatbestände voraus (numerus clausus). Die Gründungstatbestände weisen zwei Besonderheiten auf: Zum einen kommen ausschließlich bereits bestehende Gesellschaften und keine natürlichen Personen als Gründer in Betracht. Zum anderen ist grundsätzlich<sup>532</sup> ein Mehrstaatenbezug (auch Mehrstaatlichkeitserfordernis genannt) erforderlich.<sup>533</sup>

---

<sup>524</sup> Nach Lieder/Hoffmann GmbHR 2025, 785, 787 zum Stichtag 1.1.2025.

<sup>525</sup> Weitere europäische Gesellschaftsformen sind die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und die Europäische Genossenschaft (SCE).

<sup>526</sup> Prominente Beispiele sind u. a. die Allianz SE, BASF SE und Porsche Automobil Holding SE.

<sup>527</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 239.

<sup>528</sup> Vgl. Saenger, GesR, § 18 Rn. 835.

<sup>529</sup> Umsetzung der Richtlinie 2001/86/EG (ABl. 2001 L 294, 22–42).

<sup>530</sup> C. Schäfer, GEsR, § 52 Rn. 1.

<sup>531</sup> Bitter/Heim, GesR, § 3 Rn. 238.

<sup>532</sup> Einzige Ausnahme ist nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 SE-VO die sekundäre Gründung einer Tochter SE durch eine bereits bestehende SE.

<sup>533</sup> C. Schäfer, GesR, § 53 Rn. 1.

Der Sitz der SE muss nach Art. 7 SE-VO in dem Staat der Gemeinschaft liegen, in welchem sich seine Hauptverwaltung befindet.

Nach Art. 15 SE-VO richtet sich der Gründungsvorgang ergänzend nach dem Recht des Sitzstaates. Je nach Gründungstatbestand kann daher auch eine Vor-SE<sup>534</sup> entstehen. Die Grundsätze der Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung<sup>535</sup> finden Anwendung. Wenn bereits vor der notwendigen Registereintragung im Namen der SE gehandelt wird, besteht eine Handelndenhaftung<sup>536</sup> nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO.<sup>537</sup>

### III. Organisationsverfassung

Die Willensbildung der Aktionäre erfolgt in der Hauptversammlung. Deren Beschlusskompetenzen ergeben sich aus Art. 51 SE-VO und entsprechen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, denen der Hauptversammlung einer AG.

Nach Art. 38 SE-VO besteht ein Wahlrecht, ob die SE dem dualistischen oder monistischen System folgt. Das dualistische System ist von der deutschen AG bekannt. Das monistische System ist ua im angloamerikanischen Recht prägend.

Beim dualistischen System existiert – wie auch bei der AG – ein Aufsichtsorgan, dessen Mitglieder durch die Hauptversammlung gewählt werden und das seinerseits die Mitglieder des Leitungsorgans bestellt. Dieses Leitungsorgan führt die Geschäfte in eigener Verantwortung. Im monistischen System existiert demgegenüber nur ein einheitliches Leitungs- und Überwachungsorgan (= Verwaltungsrat). Der Verwaltungsrat wird von der Hauptversammlung bestellt (Art. 43 Abs. 3 SE-VO) und beruft einen oder mehrere ihm gegenüber weisungsabhängige (§ 44 Abs. 2 SEAG) geschäftsführende Direktoren (§ 40 Abs. 1 S. 1 SEAG). Diese haben eine ähnliche Stellung wie die Geschäftsführer einer GmbH.<sup>538</sup>

---

<sup>534</sup> Siehe hierzu die Ausführungen zur Vor-GmbH oben § 4 II. 2.

<sup>535</sup> Zur Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung s. § 4 II. 4. b) aa) und bb).

<sup>536</sup> Diese ist vergleichbar mit der Handelndenhaftung bei der GmbH, s. § 4 II. 4. b) cc).

<sup>537</sup> C. Schäfer, GesR, § 53 Rn. 2.

<sup>538</sup> Saenger, GesR, § 18 Rn. 835.

## Abgekürzt zitierte Literatur

Altmeppen GmbHG	Altmeppen, GmbHG 11. Auflage 2023
Altenhofen Übungen im Kapitalgesellschaftsrecht	Altenhofen, Übungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Auflage 2022
BeckOK BGB	Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 76. Edition Stand: 01.11.2025
BeckOGK BGB	Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Gesamthrg), BeckOGK, Band BGB, Stand: 01.08.2025
BeckOGK AktG	Henssler (Gesamthrg), BeckOGK, Band AktG, Stand: 01.10.2025
Bitter/Heim GesR	Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 7. Auflage 2024
Bitter/Röder BGB AT	Bitter/Röder, BGB Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2024
Drygala/Staake/Szalai KapitalgesR, Grigoleit AktG	Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012 Grigoleit (Hrsg.) Aktiengesetz, 3. Auflage 2025
Großkomm. AktG	Hirte/Mülbert/Roth (Hrsg.), Großkommentar AktG, 5. Auflage 2016
Grunewald/Müller GesR	Grunewald/Müller, Gesellschaftsrecht, 12. Auflage 2023
Henssler/Strohn AktG	Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2024
Hirte KapitalgesR	Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 9. Auflage 2023
Karsten Schmidt GesR	K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002
K. Schmidt InsO	K. Schmidt (Hrsg.), Insolvenzordnung, 20. Auflage 2023
K. Schmidt/Lutter AktG	K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), AktG, 5. Auflage 2024.
Kindler GK Handels- u. GesR	Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 10. Auflage 2024
Koch AktG	Koch, Aktiengesetz, 19. Auflage 2025
Koch GesR	Koch, Gesellschaftsrecht, 14. Auflage 2025
MHdB GesR, Band IV	Hoffmann-Becking/Austmann (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band IV 6. Auflage 2024
Mock GesR	Mock, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2019
MüKoAktG	Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 6. Auflage 2024 Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 6. Auflage 2023

MüKoBGB	Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 10. Auflage 2025
	Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg/Schubert (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 9. Auflage 2024
MüKoGmbHG	Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 2, 5. Auflage 2026
Nazari-Khanachayi, Die Haftung im Kapitalges- und KonzernR	Nazari-Khanachayi, Die Haftung im Kapitalgesell- schafts- und Konzernrecht, 1. Auflage 2021
Raiser/Veil Recht der Kapitalgesellschaften	Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage 2015
Saenger GesR	Saenger, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2023
Schäfer GesR	Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2023
Scholz GmbH	Scholz (Hrsg.), GmbHG, Band I, 13. Auflage 2022 Scholz (Hrsg.), GmbHG, Band III, 12. Auflage 2022
Wilhelm KapitalgesR	Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Auflage 2020
Windbichler/Bachmann GesR	Windbichler/Bachmann, Gesellschaftsrecht, 25. Auflage 2024