Großkommentare der Praxis

Hachenburg

Gesetz

betreffend die

Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)

Großkommentar

8., neubearbeitete Auflage

herausgegeben von

Peter Ulmer

Dritter Band

§§ 53–85; Register

1997

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Erscheinungsdaten der Lieferungen:

§§ 53–64 (5. Lieferung)	November 1991
§§ 65–85 (7. Lieferung)	August 1994
Register (8. Lieferung)	Dezember 1996

Zitiervorschlag z. B.: Hachenburg/*Ulmer* GmbHG § 1 Rdn 18

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) : Grosskommentar / Hachenburg. Hrsg. von Peter Ulmer. – Berlin ; New York : de Gruyter.
(Grosskommentare der Praxis)
Teilw. verf. von Carl Hans Barz ... Georg Hohner ... – 6. Aufl. u. d. T.: Hachenburg, Max: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

NE: Hachenburg, Max; Barz, Hans Carl; Hohner, Georg; Ulmer, Peter [Hrsg.]

Bd. 3. §§ 53–85; Register. – 8., neubearb. Aufl. / Bearb.: Peter Behrens ... – 1997
Abschlussaufnahme von Bd. 3.
ISBN 3-11-015598-2

NE: Behrens, Peter [Bearb.]

© Copyright 1996 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz und Druck: Arthur Collignon GmbH, Berlin
Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, Berlin

Bearbeiter der 8. Auflage:

Professor Dr. *Peter Behrens*, Hamburg

Dr. Dr. h. c. *Reinhard Goerdeler* (†), Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwalt, Frankfurt/M.

Dr. *Irmgard Heinrich*, Notarin, Hamburg

Dr. *Georg Hohner*, Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt/M.
(unter Mitarbeit von Dr. *Rainer Bommert*, Rechtsanwalt, Frankfurt/M.)

Professor Dr. *Uwe Hüffer*, Bochum

Professor Dr. *Günter Kohlmann*, Köln

Professor Dr. *Hans-Joachim Mertens*, Frankfurt/M.

Dr. *Welf Müller*, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt und Steuerberater, Frankfurt/M.

Professor Dr. *Thomas Raiser*, Berlin

Professor Dr. *Ursula Stein*, Dresden

Professor Dr. Dr. h. c. *Peter Ulmer*, Heidelberg

Dr. *Jürg Zutt*, Rechtsanwalt, Mannheim
(unter Mitarbeit von Dr. *Martin Winter*, Rechtsanwalt, Mannheim)

Inhaltsübersicht

		Bearbeiter
Vierter Abschnitt		
Abänderungen des Gesellschaftsvertrages		
§ 53	Form der Satzungsänderung	Ulmer
§ 54	Anmeldung und Eintragung	
§ 55	Erhöhung des Stammkapitals	
§ 56	Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen	
§ 56 a	Leistungen auf das neue Stammkapital	
§ 57	Anmeldung der Erhöhung	
§ 57 a	Ablehnung der Eintragung	
§ 57 b	Bekanntmachung der Eintragung der Kapitalerhöhung	
	Anhang: Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	
§ 58	Herabsetzung des Stammkapitals	
§ 59	Zweigniederlassung	
Fünfter Abschnitt		
Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft		
§ 60	Auflösungsgründe	
	Anhang: Auflösung nach dem Gesetz über die Aufhebung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften	
§ 61	Auflösung durch Urteil	
§ 62	Auflösung durch Verwaltungsbehörde	
§ 63	Konkursverfahren	
§ 64	Konkursantragspflicht	
§ 65	Anmeldung der Auflösung	Hohner
§ 66	Liquidatoren	
§ 67	Anmeldung der Liquidatoren	
§ 68	Zeichnung der Liquidatoren	
§ 69	Rechtsverhältnisse von Gesellschaft und Gesellschaftern	
§ 70	Aufgaben der Liquidatoren	
§ 71	Bilanz; Rechte und Pflichten	
§ 72	Vermögensverteilung	
§ 73	Sperrjahr	
§ 74	Schluß der Liquidation	
§ 75	Nichtigkeitsklage	
§ 76	Mängelheilung durch Gesellschafterbeschluß	
§ 77	Wirkung der Nichtigkeit	
	Anhang: GmbH-Konzernrecht	Ulmer
Sechster Abschnitt		
Schlußbestimmungen		
§ 78	Anmeldungspflichtige	Ulmer
§ 79	Zwangsgelder	Kohlmann
§ 80	(aufgehoben)	

§ 81a (aufgehoben)
Vorbemerkungen vor § 82
§ 82 Falsche Angaben
§ 83 (aufgehoben)
§ 84 Pflichtverletzung bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung
§ 85 Verletzung der Geheimhaltungspflicht

Vierter Abschnitt

Abänderungen des Gesellschaftsvertrages

§ 53

Eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages kann nur durch Beschluß der Gesellschafter erfolgen.

Der Beschluß muß notariell beurkundet werden, derselbe bedarf einer Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen. Der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen.

Eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen kann nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden.

Übersicht

	Rdn
I. Einführung	
1. Regelungsinhalt	1
2. Zwingende Geltung	2
3. Sonderregelungen über Kapitalveränderungen	5
4. Reform	6
II. Die Satzung und ihre Änderung (Abs. 1)	
1. Gesellschaftsvertrag und Satzung	
a) Gesellschaftsgrundlage	7
b) Satzung im materiellen und im formellen Sinn	8
c) Bedeutung der Unterscheidung	10
2. Bestimmung der Satzung im materiellen Sinn	
a) Beurteilungsmaßstab	12
b) Notwendig materielle Satzungsbestandteile	13
c) Zwingend nichtkorporative Regelungen	17
d) Gestaltungswahlrecht im übrigen	19
3. Die Satzungsänderung	
a) Allgemeines	23
b) Gegenstände	26
c) Änderungen im Liquidationsstadium	29
4. Satzungsdurchbrechungen	
a) Kennzeichen	30
b) Anfechtbarkeit	32
c) Nichtigkeit	35
d) Unwirksamkeit	36
5. Satzungsänderung und Vertretungsmacht der Geschäftsführer	37
III. Der Änderungsbeschluß (Abs. 2 S. 1)	
1. Die Beschlußfassung	
a) Grundsatz	39
b) Beschlußfassung im schriftlichen Verfahren	40
c) Beschluß und Zustimmung	41
2. Notarielle Beurkundung	
a) Allgemeines	42
b) Die Erfordernisse der Urkunde	44
c) Beurkundung im Ausland	46
d) Stellvertretung	48
3. Mehrheiten und Berechnung	
a) Dreiviertelmehrheit der Stimmen	49
b) Stimmhindernisse	53
c) Verbot des Selbstkontrahierens	54
4. Schranken der Mehrheitsherrschaft	
a) Grundsatz	56
b) Mehrheitsfester Bereich (starre Schranken)	57
c) Materielle Beschlußkontrolle (bewegliche Schranken)	
aa) Rechtlicher Ansatz	62
bb) Gleichbehandlungsgrundsatz	64
cc) Treupflicht und sachliche Rechtfertigung	
α) Meinungsstand	67
β) Stellungnahme	69
5. Mitwirkungs- (Zustimmungs-)pflichten der Gesellschafter	70
6. Aufhebung des Änderungsbeschlusses	73
IV. Qualifizierte Änderungsbeschlüsse	
1. Vermehrung von Leistungen (Abs. 3)	
a) Schutzzweck	74
b) Anwendungsbereich	75
c) Beschluß und Zustimmung	
α) Grundsatz	78
β) Form und Frist	79
d) Rechtsfolgen nicht erteilter Zustimmung	81

	Rdn
2. Zusätzliche Satzungserfordernisse (Abs. 2 S. 2)	
a) Grundlagen	82
b) Folgen der Nichteinhaltung	86
c) Änderung der Zusatzerfordernisse	87
V. Beschlußmängel	
1. Allgemeines	88
2. Arten der Mängel	
a) Nichterreichen der erforderlichen Mehrheit	89
b) Fehlen der erforderlichen Zustimmung	91
c) Formelle Mängel	92
d) Inhaltliche Mängel	94
e) Willensmängel	95
3. Teilnichtigkeit	97
VI. Einzelne Satzungsänderungen	
1. Firma und Sitz	98
2. Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck	101
3. Stammkapital und Stammeinlagen	104
4. Gesellschaftsdauer, Auflösung	108
5. Geschäftsjahr und Jahresabschluß	110
6. Gewinnverwendung und Gewinnverteilung	112
7. Geschäftsführung und Vertretung	116
8. Sonderrechte und -pflichten	119
9. Anteilsübertragung und -vererbung; Vorkaufsrechte	123
10. Einziehung, Ausschließung, Austritt	127
11. Gesellschafterbeschlüsse	132
12. Aufsichtsrat, Beirat	133
VII. Sonstige Grundlagenbeschlüsse	
1. Besonderheiten	136
2. Unternehmensverträge	
a) Überblick	137
b) Rechtsnatur	139
c) Abschlußvoraussetzungen	
α) Bei der abhängigen Gesellschaft	140
β) Beim herrschenden Unternehmen	148
d) Satzungsklauseln	149
e) Änderung und Beendigung	153
f) Fehlerhafter Vertragsabschluß	158
g) Sonstige Unternehmensverträge	160
3. Umwandlung, Verschmelzung	162
4. Vermögensübertragung, Betriebsaufspaltung	164

Schrifttum

Vgl. die Angaben vor den einzelnen (Unter-)Abschnitten.

I. Einführung

1. Regelungsinhalt

1 § 53 enthält die zentrale Vorschrift des Vierten Abschnitts über die Änderung des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) der eingetragenen GmbH (zur Vertragsänderung *vor* Eintragung der GmbH vgl. § 2, 19 ff). Er stellt klar, daß der Gesellschaftsvertrag geändert werden kann, und legt die gesetzlichen **Mindestvoraussetzungen** („nur durch Beschluß", „noch andere Erfordernisse" nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags; dazu Rdn 82 ff) für die Änderung fest (Abs. 1 und 2). Für Änderungsbeschlüsse, die auf eine Vermehrung der Leistungspflichten der Gesellschafter gerichtet sind, bedarf es nach Abs. 3 zusätzlich zur Dreiviertelmehrheit des Abs. 2 der Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter (Rdn 74 ff). Zur **Wirksamkeit** der Satzungsänderung ist neben der Beschlußfassung nach Maßgabe von § 53 sowie der Anmeldung zum Handelsregister durch die Geschäftsführer (§§ 54 Abs. 1, 78) weiter auch die Eintragung im Handelsregister erforderlich (§ 54 Abs. 3).

2. Zwingende Geltung

2 Die Vorschrift des **Abs. 1** enthält für *materielle* Satzungsbestandteile (dazu Rdn 8 ff) zwingendes, einer Änderung durch Satzung oder Gesellschafterbeschluß nicht zugängliches Recht (einhM; zur Änderung *formeller* Satzungsbestandteile und zur Möglichkeit der Kompetenzeinräumung an andere Gesellschaftsorgane oder Dritte vgl. Rdn 27 f). Die **Abänderbarkeit** der Satzung kann durch Satzungsbestimmung nicht ausgeschlossen werden (Rdn 82). Ebenso kann die den Gesellschaftern zugewiesene **Änderungskompe-**

tenz weder auf ein anderes Gesellschaftsorgan oder auf Dritte übertragen werden, noch kann die Wirksamkeit von Änderungsbeschlüssen von der Zustimmung eines Nichtgesellschafters abhängig gemacht werden (vgl. Rdn 84). Die Gesellschafter können die Beschlußfassung über eine Satzungsänderung jedoch mit einer Weisung an den Geschäftsführer verbinden, den Beschluß erst bei Eintritt eines bestimmten Umstandes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; dabei kann es sich auch um die Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans, etwa eines Beirats, oder eines außenstehenden Dritten handeln (zur befristeten Satzungsänderung und zur Abhängigkeit einer Satzungsänderung vom Eintritt einer Rechtsbedingung vgl. näher Rdn 24). Die Änderungskompetenz der Gesellschafter wird auch nicht dadurch berührt, daß die Gesellschaft eine unter bestimmten Voraussetzungen wirksame Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Satzungsänderung eingegangen ist (dazu Rdn 37; zur hiervon zu unterscheidenden Problematik von Stimmbindungsverträgen, gerichtet auf die Stimmabgabe einzelner Gesellschafter bei Satzungsänderungen, vgl. Rdn 39, 43).

Zwingender Natur sind auch die in **Abs. 2 S. 1 geregelten Mindesterfordernisse** eines satzungsändernden Beschlusses, d. h. die notarielle Beurkundung sowie die Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen. Das ergibt sich aus einem Umkehrschluß zu Abs. 2 S. 2, der nur *zusätzliche* – d. h. über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende – Erfordernisse im Gesellschaftsvertrag zuläßt (vgl. näher Rdn 82 ff). Der für das Innenverhältnis der GmbH geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 45, 1) findet insoweit eine starre Schranke zum Schutz der Minderheit. Da es nicht auf die Kapital-, sondern auf die Stimmenmehrheit ankommt (Rdn 49), kann sie freilich durch vertragliche Abweichungen von der gesetzlichen Stimmverteilung in § 47 Abs. 2 (dazu § 47, 89) mittelbar gelockert werden. Zu den daneben zu beachtenden beweglichen Schranken der Mehrheitsherrschaft vgl. Rdn 56 ff. **3**

Nach hM ist auch das **Zustimmungserfordernis** des **Abs. 3** für die Fälle einer Vermehrung von Leistungspflichten insofern zwingender Natur, als die Satzung die Regelung nicht generell abbedingen kann[1]. Hiervon zu sondern ist die Vorwegnahme der Zustimmung iSv. Abs. 3 in einer Satzungsklausel, die Leistungsvermehrungen durch einen Mehrheitsbeschluß in bestimmten, im Gesellschaftsvertrag festgelegten Grenzen zuläßt (dazu näher Rdn 74). **4**

3. Sonderregelungen über Kapitalveränderungen

Neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 53, 54 über Satzungsänderungen enthält der Vierte Abschnitt in **§§ 55 bis 58** noch eine Reihe von Sondervorschriften über Kapitalerhöhung und -herabsetzung. Sie verdrängen nicht etwa die Grundvorschriften der §§ 53, 54, sondern stellen lediglich **zusätzliche Erfordernisse** für die Vornahme der Kapitalveränderungen und die Anmeldung der entsprechenden Beschlüsse zum Handelsregister auf. Hierauf wird verwiesen. **5**

4. Reform

§ 53 ist durch die GmbH-Novelle 1980 **nicht geändert** worden. Die in der Novelle erfolgten Änderungen des *Gründungsrechts* haben sich nur auf die auf Kapitalveränderungen bezogenen Vorschriften (Rdn 5) ausgewirkt. **6**

---

[1] Vgl. Scholz/*Priester* 50; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 17.

II. Die Satzung und ihre Änderung (Abs. 1)

Schrifttum

Boesebeck „Satzungsdurchbrechung" im Recht der AG und GmbH, NJW 1960, 2265; *Demmewolf* Die Rückwirkung von Satzungsänderungen aktienrechtlicher Gesellschaften, NJW 1958, 1212; *Eckardt* Satzungsänderungen auf Grund des neuen Aktiengesetzes, NJW 1967, 369; *Flick* Schuldrechtliche Verpflichtungen einer GmbH im Entscheidungsbereich der Gesellschafter, ZGR 1988, 104; *Ganßmüller* Unechte Satzungsbestandteile, GmbH-Rdsch. 1963, 85; *Jung-Senssfeller* Die Erforderlichkeit einer Gesellschaftsvertragsänderung gemäß § 53 GmbHG, Diss. Köln 1970; *Mertens* Sozialakt und Vertretung AG 1981, 216; *ders.* Unternehmensgegenstand und Mitgliedschaftsrecht, AG 1978, 309; *Priester* Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, DB 1979, 681; *ders.* Satzungsänderung und Satzungsdurchbrechung, ZHR 151 (1987) 40; *Ulmer* Begründung von Rechten Dritter in der Satzung einer GmbH?, Festschrift Werner (1984) S. 911; *Winkler* Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen, DNotZ 1969, 394; *Zilias* Rückwirkende Satzungsänderung bei Kapitalgesellschaften, JZ 1959, 50; *Zöllner* Das Teilnahmerecht der Aufsichtsratsmitglieder an Beschlußfassungen der Gesellschafter bei der mitbestimmten GmbH, Festschrift Rob. Fischer (1979) S. 905 ff.

1. Gesellschaftsvertrag und Satzung

7 a) **Gesellschaftsgrundlage.** Im Unterschied zum Aktienrecht (§ 23 AktG u. a.) spricht das GmbHG durchgängig (§§ 2, 3, 53 u. a.) von **Gesellschaftsvertrag** und nicht von Satzung. Ein sachlicher Unterschied ist mit dieser terminologischen Abweichung *nicht* verbunden. Wie die Satzung der Aktiengesellschaft bildet auch der Gesellschaftsvertrag der GmbH die **Grundlage**, das Statut der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu den Gesellschaftern. Sein Bestand wird durch einen Wechsel der Mitglieder oder durch die Vereinigung aller Anteile in einer Hand nicht berührt. Nach § 2 Abs. 1 nF kann der Vertrag sogar von einem einzigen Gesellschafter „geschlossen" werden (vgl. § 1; zur Einmanngründung vgl. näher § 1, 40 ff, § 11, 13 ff). Auch sind Vertragsänderungen ebenso wie im Aktienrecht grundsätzlich mit Dreiviertelmehrheit möglich (Abs. 2 S. 1), sobald die GmbH eingetragen ist (zum Erfordernis einstimmiger Vertragsänderung bei der Vorgesellschaft vgl. § 2, 20). Wegen dieser für Kapitalgesellschaften typischen, von den Personen der Gesellschafter gelösten *organisationsrechtlichen Natur des Gesellschaftsvertrags* (§ 2, 5) hat sich allgemein auch im GmbH-Recht die Bezeichnung „Satzung" durchgesetzt. Sie wird auch der folgenden Kommentierung zugrundegelegt. – Zu der vom allgemeinen Vertragsrecht (§§ 133, 157 BGB) abweichenden Auslegung der GmbH-Satzung vgl. § 2, 87 und 138 ff.

8 b) **Satzung im materiellen und im formellen Sinn.** Die zwingenden Vorschriften der §§ 53 ff über die Änderung des Gesellschaftsvertrags beziehen sich nur auf die Satzung im **materiellen** Sinn als die Gesamtheit derjenigen Abreden, die nach Maßgabe der gesetzlichen Mindestanforderungen in § 3 Abs. 1 oder in Ergänzung oder Änderung des gesetzlichen Organisationsrechts die *Grundlagen der Gesellschaft, ihre Beziehungen zu den Gesellschaftern sowie die Rechtsstellung ihrer Organe* regeln. Hierzu gehörende Bestandteile erlangen nur dann Wirksamkeit, wenn sie entweder unter Beachtung des § 2 vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister Eingang in die ursprüngliche Satzung gefunden haben (zur Geltung von § 2 schon vor Eintragung vgl. § 2, 19 f) oder unter Einhaltung der für die Änderung des Gesellschaftsvertrags geltenden Beschlußfassungs- und Formvorschriften in die Satzung aufgenommen werden und die Eintragung nach § 54 Abs. 3 erfolgt. Die Aufnahme in die Satzung unter Beachtung der hierfür geltenden Vorschriften ist für *materielle Satzungsbestandteile* also **konstitutiv**[2].

[2] Zutr. zur Satzungsförmigkeit als Geltungsvoraussetzung für die Satzung im materiellen Sinn *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 8; vgl. auch Baumbach/Hueck/*Zöllner* 3; Rowedder/*Zimmermann* 7.

Von den materiellen Satzungsbestandteilen zu sondern sind sonstige in der Satzungsurkunde enthaltene Angaben, die lediglich in dieser *verlautbart* werden, ihren Geltungsgrund jedoch außerhalb der Satzung haben und demgemäß inhaltlich auch ohne Einhaltung der §§ 53, 54 geändert werden können. Sie werden als **formelle** oder – ohne Abweichung in der Sache – als unechte[3] bzw. nichtkorporative[4] Satzungsbestimmungen bezeichnet. Neben Angaben über die Inhaberschaft an Geschäftsanteilen oder über die Bestellung von Geschäftsführern gehören dazu auch in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene, jedoch nur als *schuldrechtliche* gewollte Nebenabreden zwischen allen oder einzelnen Gesellschaftern, die grundsätzlich formlos getroffen werden können; das gilt auch dann, wenn darin der Gesellschaft im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter ein eigener Anspruch eingeräumt wird[5] (eingeh. zu Bestimmung, möglichem Inhalt und Durchsetzung schuldrechtlicher Nebenabreden vgl. § 3, 116 ff). Daß die Satzung im materiellen Sinne nicht notwendig deckungsgleich ist mit dem in der Satzungsurkunde verlautbarten Text, sondern dieser zusätzliche Regelungen enthalten kann, ist in Rechtsprechung und Schrifttum mit Recht einhellig anerkannt[6] (zum Gestaltungswahlrecht der Gesellschafter vgl. noch Rdn 19). Das folgt schon daraus, daß es den Gesellschaftern im Rahmen ihrer Vertragsautonomie einerseits unbenommen ist, das Gesellschaftsverhältnis betreffende Angelegenheiten zum Gegenstand bloßer schuldrechtlicher, untereinander getroffener Abreden zu machen, während andererseits dem Gesetz nichts entnommen werden kann, was einer Verlautbarung solcher Abreden in der Satzungsurkunde selbst entgegenstünde[7]. Hieran kann im Gegenteil sogar ein Interesse des Rechtsverkehrs bestehen, falls nicht die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag den Anschein einer materiellen Satzungsregelung erweckt und dadurch irreführend wirkt; im letzteren Fall muß der Registerrichter die Eintragung ablehnen (dazu § 54, 44). **9**

c) **Bedeutung der Unterscheidung.** Die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Satzungsbestandteilen und die Entscheidung über die jeweilige Rechtsnatur der in der Satzungsurkunde enthaltenen Regelungen kann unter mehreren Aspekten von Bedeutung sein. Das gilt zunächst für Voraussetzungen und Wirksamwerden einer **Änderung** dieser Regelungen. Dem für die wirksame Begründung materieller Satzungsbestandteile einschlägigen Erfordernis der Satzungsförmlichkeit (Rdn 8) entspricht es, daß auch ihre Änderung sich nach den Beschluß- und Formerfordernissen der §§ 53, 54 richtet. Demgegenüber bestimmt sich die Änderung formeller Satzungsbestandteile nach dem jeweiligen Gegenstand der in der Satzungsurkunde verlautbarten Regelung. Sie kann auch außerhalb der Satzung erfolgen, was dazu führt, daß dann die materielle Rechtslage mit der in der Satzung verlautbarten nicht mehr übereinstimmt (zur Gesellschafterkompetenz für die Aufnahme oder Streichung formeller Satzungsbestandteile vgl. Rdn 27 f). Soweit es um das erforderliche Beschlußquorum **10**

---

[3] Vgl. BGHZ 38, 155, 161 = NJW 1963, 203; BGH WM 1970, 246, 247; BGH ZIP 1981, 1205, 1206; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 9.

[4] So Scholz/*Priester* 6 und *Priester* DB 1979, 681.

[5] Zutr. Scholz/*Priester* 7.

[6] Vgl. zum Ganzen eingeh. insbes *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 7 ff; Scholz/*Priester* 5 ff; *Ulmer* Festschrift Werner (1984) S. 911 ff; *Priester* DB 1979, 681; jew. m. weit. Nachw.

[7] Zu eng noch Voraufl. 9 und *Priester* DB 1979, 684, die die Zulässigkeit der Aufnahme formeller Bestandteile in die Satzung mit der früher hM allein aus § 6 Abs. 3 S. 2 (1. Alt.) betr. die Geschäftsführerbestellung „im Gesellschaftsvertrag" ableiteten. Auch könnte dieser Interpretation entgegengehalten werden, daß es insoweit nur um die Geschäftsführerbestellung als materieller Satzungsbestandteil (im Unterschied zur Bestellung „nach Maßgabe des 3. Abschnitts", so die 2. Alt.) gehen sollte (in diesem Sinne ließe sich die amtl. Begründung zu § 6 verstehen, in der ausdrücklich von einer „anderen Art der Bestellung" gegenüber derjenigen mittels Gesellschafterbeschlusses die Rede ist, vgl. Verhandl. des Reichstags, Aktenst. 660 S. 3735).

geht, kann sich gegenüber der echten Satzungsänderung je nach Art des formellen Satzungsbestandteils sowohl eine Erschwerung als auch eine Erleichterung ergeben. Während die Änderung schuldrechtlicher Nebenabreden allgemeinem Vertragsrecht folgt und demgemäß die Zustimmung aller an der Abrede Beteiligter erfordert, kann etwa die Abberufung eines Geschäftsführers, dessen Bestellung in der Satzung lediglich verlautbart ist, ihrerseits durch einfachen Mehrheitsbeschluß erfolgen.

11 Weitere Unterschiede ergeben sich daraus, daß bei materiellen Satzungsbestandteilen im Unterschied zu lediglich formellen die Geltendmachung von **Beschlußmängeln** nach Eintragung nur in engen Grenzen möglich ist (dazu § 54, 32). Aus dem organisationsrechtlichen Charakter materieller Satzungsregelungen folgt auch, daß sie ausschließlich **objektiver Auslegung** zugänglich sind (vgl. eingeh. § 3, 138 ff, 142 ff). Desweiteren haben nur die organisationsrechtlichen Satzungsregelungen unmittelbare **Bindungswirkung** für die Gesellschaftsorgane und weisen über den Kreis der Gründergesellschafter bzw. der an der Satzungsänderung Beteiligten hinaus: nur satzungsrechtlich begründete Verpflichtungen sind untrennbar mit dem Geschäftsanteil verbunden und gehen auf den Anteilserwerber kraft Gesetzes über. Die Bindungswirkung schuldrechtlicher Nebenabreden beschränkt sich demgegenüber trotz ihrer Verlautbarung in der Satzung auf die an ihr Beteiligten und deren Gesamtrechtsnachfolger; auf einen Anteilserwerber können sie nur im Wege der Schuldübernahme bzw., wenn sich aus der Nebenabrede eine (Innen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts ergibt, im Wege des Beitritts zu dieser übergehen. Schließlich ist die Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Satzungsbestandteilen maßgeblich für die **Rechtsfolgen** und deren Verletzung. Insbes. eröffnet nur die Verletzung von Satzungsrecht im materiellen Sinne die Anfechtungsklage (dazu Anh. § 47, 135 ff, 140 ff; zur Satzungsdurchbrechung vgl. Rdn 30 ff; zur Durchsetzung schuldrechtlicher Nebenabreden § 3, 125). Zur Bedeutung der Bestimmung der Satzung im materiellen Sinne für den Inhalt des bei Anmeldung einer Satzungsänderung beizufügenden vollständigen Wortlauts des Gesellschaftsvertrags vgl. Rdn 27 und § 54, 17 f.

2. Bestimmung der Satzung im materiellen Sinn

12 a) **Beurteilungsmaßstab.** Die in Rdn 10 f genannten unterschiedlichen Rechtsfolgen hängen von der **tatbestandlichen Einordnung** einer Satzungsregelung als organisationsrechtliche (materielle) oder lediglich individualrechtliche (formelle) ab. Daher kann die Bestimmung der Satzung im materiellen Sinn nicht ausschließlich oder in erster Linie unter Rückgriff auf die Rechtsfolgenseite erfolgen[8]. Soweit sich jedoch der organisationsrechtliche Charakter des Satzungsbestandteils weder notwendig aus dessen sachlichem Regelungsgehalt ableiten läßt (Rdn 13 ff) noch dieser nach seinem Gegenstand von vornherein als materieller Satzungsbestandteil ausscheidet (Rdn 17 f) und demzufolge ein Wahlrecht der Gesellschafter in Bezug auf die Entscheidung besteht, ob sie das fragliche Rechtsverhältnis organisationsrechtlich ausgestalten wollen (dazu Rdn 19), ist zur Abgrenzung zwischen materiellen und formellen Satzungsbestandteilen auf den **Rechtsfolgewillen** der Beteiligten abzustellen; das gilt angesichts der das GmbH-Recht prägenden, weitreichenden Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter für einen großen Teil denkbarer Satzungsregelungen. Die Aufnahme der Regelung in den Satzungstext stellt dabei regelmäßig ein *Indiz* für eine als organisationsrechtlich

[8] Gegenüber der tatbestandlichen Eingrenzung, Satzungsbestandteile im materiellen Sinne seien nur diejenigen Bestimmungen, für deren Wirksamkeit die Aufnahme in die Satzung konstitutiv sei (so Rowedder/*Zimmermann* 7), mit Recht krit. deshalb *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 20.

gewollte Regelung dar[9] (Rdn 8). Ist demgegenüber lediglich eine nichtorganisationsrechtliche Vereinbarung gewollt, so muß sich dies wegen der rein objektiven Satzungsauslegung (§ 2, 138 ff) aus der Satzung selbst oder aus den sonstigen beim Handelsregister befindlichen Unterlagen ergeben (vgl. § 3, 145)[10]. Zur Ausnahme bei der Benennung des Geschäftsführers in der Satzung vgl. Rdn 116.

13 b) **Notwendig materielle Satzungsbestandteile.** Zu diesen zählen alle organisationsrechtlich ausgestalteten Regelungen betreffend die Grundlagen der Gesellschaft, ihre Beziehungen zu den Gesellschaftern sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane[11]. Dazu gehören zwingend zunächst alle diejenigen Satzungsbestandteile, die die **gesetzlichen Mindestanforderungen** an den Satzungsinhalt in **§ 3 Abs. 1** erfüllen und dem Gesellschaftsvertrag unter Festlegung der *Identitätsausstattung* der Gesellschaft den Charakter eines GmbH-Statuts verleihen, also die Bestimmungen über Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand und Stammkapital der Gesellschaft. Hiervon umfaßt ist auch die Begründung der für die Eintragung der Gesellschaft unabdingbaren Einlageverpflichtungen[12]; sie kann nur durch Bestimmung im Gesellschaftsvertrag (§ 3 Abs. 1 Nr. 4) erfolgen und ist einer Änderung allein in der qualifizierten Form der Kapitalherabsetzung gem. § 58 zugänglich. Notwendiger Bestandteil der materiellen Satzung sind auch etwaige Abreden über Sacheinlagen oder Sachübernahmen, weil sie den Inhalt der Einlageverpflichtung modifizieren (vgl. auch § 56, 29)[13]. Hiervon unberührt bleibt die Zulässigkeit der Streichung der Angaben über die von den einzelnen Gesellschaftern übernommenen Stammeinlagepflichten, sobald diese durch Erfüllung erloschen sind oder die Gesellschafter im Zuge einer Kapitalherabsetzung Befreiung erlangt haben; hierin liegt lediglich eine die materielle Rechtslage unberührt lassende Anpassung des in der Satzung Verlautbarten an die mit dem Wegfall der Einlageverbindlichkeit tatsächlich veränderten Verhältnisse[14]. Zur Begründung der Einlageverbindlichkeit aus einer Kapitalerhöhung vgl. § 55, 76; zur satzungsgleichen Wirkung von Unternehmensverträgen vgl. Rdn 139.

14 Notwendig organisationsrechtlich sind desweiteren alle Bestimmungen, die auf eine **Änderung des dispositiven gesetzlichen Normalstatuts** der Gesellschaft zielen oder dieses in Ausfüllung gesetzlicher Gestaltungsspielräume ergänzen[15]. Hierunter fallen Bestimmungen über Stimm- und Kontrollrechte der Gesellschafter, über die Verteilung des Gewinns und des Liquidationserlöses[16] und über Einschränkungen der Anteilsübertragung, ferner solche über die Teilung, Zusammenlegung und Einziehung von Geschäftsanteilen[17]. Soll einem Gesellschafter ein Sonderrecht, etwa auf Geschäftsführung, eingeräumt werden, bedarf auch dieses der Begründung durch Satzungsregelung

---

[9] Vgl. Scholz/*Priester* 16; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 8; Rowedder/*Zimmermann* 9.

[10] Im Ergebnis ebenso *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 53. Der verbreiteten Feststellung, über die Einordnung in concreto entschieden der Parteiwille und die Umstände des einzelnen Falles (so etwa BGHZ 38, 155, 161 = NJW 1963, 203; BayObLG BB 1980, 1442; Rowedder/*Zimmermann* 9; *Priester* DB 1979, 683) ist deshalb nur unter dem Vorbehalt ausschließlich objektiver Auslegung zuzustimmen. Kein hinreichendes Abgrenzungskriterium ist auch, ob die in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene Regelung auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags wirksam hätte getroffen werden können; so aber etwa BGHZ 18, 205, 207 = NJW 1955, 1716 und Rowedder/*Zimmermann* 8.

[11] Vgl. auch *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 23.

[12] Im Ansatz abw. aber BGH WM 1988, 1335, 1337; Scholz/*Priester* 23.

[13] Ebenso Scholz/*Priester* 10; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 3; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179; 35; im Ergebnis auch Rowedder/*Zimmermann* 12; Nachw. zu abw. Ansichten vgl. Voraufl. 20.

[14] Vgl. dazu § 3, 48 und BGH WM 1988, 1335.

[15] Ebenso Scholz/*Priester* 9; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 12, 14.

[16] Vgl. auch *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 33.

[17] Ebenso Scholz/*Priester* 10; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 22.

im materiellen Sinn. Entsprechendes gilt für Regelungen über Nachschußpflichten (§§ 26 – 28). Nebenleistungspflichten sind dann, wenn sie mitgliedschaftlich ausgestaltet werden sollen, nach § 3 Abs. 2 in die Satzung aufzunehmen. Sie können statt dessen auch auf schuldrechtlicher Basis begründet werden, wirken dann aber nur zu Lasten des jeweils Verpflichteten (dazu eingeh. § 3, 65 ff, 121 f m. umf. Nachw.).

15 **Sonstige notwendige Bestandteile** des materiellen Satzungsrechts sind Bestimmungen über den Lauf und die Dauer des Geschäftsjahres[18] (Rdn 110), über die Befristung der Gesellschaft (§ 3 Abs. 2) sowie über die Benennung weiterer Auflösungsgründe (§ 60 Abs. 2). Nur in der Satzung kann ferner die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats nach § 52 Abs. 1, eines Gesellschafterausschusses oder eines Beirats[19] sowie die Ausgestaltung der Rechtsstellung der Gesellschaftsorgane und ihrer Funktionen erfolgen. Dazu gehören auch statutarische Abweichungen von den Formalien zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 51 (dazu § 51, 33 f), die Befreiung des Geschäftsführers vom Wettbewerbsverbot (Erläut. zu § 43), Änderungen der Vorschriften über die Vertretung der Gesellschaft einschl. der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (dazu Rdn 116 f) u. ä. Soweit es demgegenüber um Regelungen über Zahl und persönliche Auswahlkriterien der Geschäftsführer, über die Zusammensetzung eines Beirats oder über Art und Umfang der Vergütung von Geschäftsführern und Beiratsmitgliedern geht, wird die Abgrenzung zu lediglich formellen Satzungsbestandteilen fließend: sie können auch mit nur schuldrechtlich bindender Wirkung getroffen werden[20]. Welche Art von Regelung gewollt ist, richtet sich nach den in Rdn 12 genannten Abgrenzungskriterien.

16 Zwingend organisationsrechtlich sind auch **Verpflichtungen der Gesellschaft** gegenüber den Inhabern bestimmter Anteile (zu Vorzugsgeschäftsanteilen vgl. näher § 5, 160 ff). Das folgt daraus, daß die Gesellschafter die Gesellschaft im Grundsatz nur in der Satzung verpflichten können (vgl. § 3, 123). Ausnahmen hiervon gelten insoweit, als der Gesellschafterversammlung eine originäre Vertretungskompetenz eingeräumt ist, wie das namentlich bei Begründung von Vergütungsansprüchen der Geschäftsführer als Annex zu § 46 Nr. 5 allgemein anerkannt ist; für Vergütungsansprüche von Beiratsmitgliedern ist entsprechendes anzunehmen[21]. Aus derartigen Beschlüssen folgt freilich jeweils nur ein obligatorischer Anspruch des jeweiligen Begünstigten gegen die Gesellschaft, während eine mitgliedschaftliche, mit dem jeweiligen Anteil verbundene Forderungsposition nur in der Satzung selbst begründet werden kann.

17 c) **Zwingend nichtkorporative Regelungen.** Nicht zu den Bestandteilen des materiellen Satzungsrechts gehört die **Begründung von Rechten Dritter**[22]. Während die Begründung von *Mitgliedschaftsrechten oder sonstigen satzungsrechtlichen Organbefugnissen* zugunsten von Nichtgesellschaftern (Anspruch auf Geschäftsführung oder Eintritt in einen Beirat, Entsendungsrechte in Gesellschaftsgremien oder Vetorechte gegen Entscheidungen von Gesellschaftsorganen, Stimmrechte u. a.) in der Satzung schon wegen deren auf die Rechtsverhältnisse von Gesellschaft und Gesellschaftern beschränkten Inhalts ausscheidet[23], können *obligatorische* Verpflichtungen der Gesell-

---

[18] Ebenso Scholz/*Priester* 9; *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 34.

[19] Zutr. *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 18.

[20] Für die Aufstellung von persönlichen Voraussetzungen für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern abw. – nur durch Satzung – *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 18; das trifft indessen nur für die AG zu, weil dort die Bestellungskompetenz nicht bei der Hauptversammlung liegt.

[21] BGH ZIP 1981, 1046, 1047.

[22] So auch Scholz/*Priester* 11; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 15; *Zöllner*-KölnKommAktG § 179, 39; eingeh. *Ulmer* Festschrift Werner (1984), S. 911 ff; weit. Nachw. oben § 3, 56 f.

[23] Zust. *Zöllner*-KölnKommAktG § 179, 40 f; eingeh. *Ulmer* Festschrift Werner (1984) S. 911.

schaft im Außenverhältnis im Regelfall nicht durch die Gesellschafterversammlung, sondern nur durch wirksames Handeln des Vertretungsorgans, also regelmäßig des Geschäftsführers, begründet werden[24]. Selbst in den Fällen, in denen ausnahmsweise die Gesellschafterversammlung die Gesellschaft unmittelbar verpflichten kann (vgl. § 46 Nr. 5, dazu § 46, 41 f, 51), bewendet es bei einem obligatorischen Anspruch des Dritten, auch wenn der Satzungstext die Rechtsbeziehung verlautbart. Mitgliedschaftliche Rechte Dritter werden auch nicht dadurch begründet, daß in die Satzung im materiellen Sinne entsprechend § 26 Abs. 2 AktG der Gründungsaufwand aufgenommen wird (dazu § 5, 185 f). Hierdurch allein entsteht noch kein Anspruch des Dritten; die Bestimmung ist vielmehr nur organisationsrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung für die außerhalb der Satzung zu begründende Verpflichtung der Gesellschaft[25]. Auch Vorkaufs- und Übernahmerechte Dritter sowie Stimmbindungen gegenüber Nichtgesellschaftern sind immer nur als individualrechtliche Verpflichtungen der Gesellschafter denkbar (zu in der Satzung verlautbarten Stimmbindungen zwischen Gesellschaftern vgl. § 47, 70). Von dem Vorstehenden zu unterscheiden sind sachliche Vorgaben der Satzung an die Ausgestaltung von Drittbeziehungen; sie können im Innenverhältnis als unmittelbare Bindung für das Geschäftsführerhandeln materielle Satzungsbestandteile bilden[26].

Auch die nach zutreffender neuerer Ansicht zulässige **Benennung** der jeweiligen **Anteilsinhaber in der Satzung**[27] ist nicht als Satzungsbestimmung im materiellen Sinne zu verstehen. Als formeller Satzungsbestandteil bringt sie nur zum Ausdruck, daß sich die Gesellschafter zum Zeitpunkt der Beschlußfassung gegenseitig als solche anerkennen, macht aber nicht etwa die Anteilsübertragung von einer Satzungsänderung abhängig[28]. Entsprechendes gilt für die Beziehungen einzelner Gesellschafter untereinander; sie können selbst dann, wenn sie sich auf das Gesellschaftsverhältnis beziehen, nicht Gegenstand materieller Satzungsregelungen sein[29]. Daher wird auch eine auf individualrechtliche Streitigkeiten bezogene *Schiedsgerichtsklausel* nicht bereits nach § 1048 ZPO verbindlich, sondern bedarf der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO[30]. **18**

d) **Gestaltungswahlrecht im übrigen.** Vorbehaltlich der in Rdn 13 ff genannten zwingenden Vorgaben können die Gesellschafter auf das Gesellschaftsverhältnis bezogene Regelungen in einem weiten Rahmen entweder korporationsrechtlich oder auf schuldrechtlicher Ebene statuieren. Ein dahingehendes Gestaltungswahlrecht ist in Rechtsprechung und Schrifttum heute nahezu einhellig anerkannt[31]. **19**

Nebenleistungspflichten etwa können entweder organisationsrechtlich ausgestaltet sein, oder nur als schuldrechtliche Verpflichtung der jeweils betroffenen Gesellschafter begründet werden (vgl. § 3, 67). Das gilt auch für eine **Verlustübernahmeverpflichtung**[32]. Wird sie als schuldrechtliche Nebenabrede unter den Gesellschaftern begründet, **20**

---

[24] Für das Gründungsstadium offenbar aA *Zöllner*-KölnKommAktG § 179, 39 (Berechtigung eines Dritten durch zwischen den Gründergesellschaftern in der Satzung (?) geschlossenen Vertrag zugunsten Dritter), freilich ohne die Vertretungsmacht der Gesellschafter zu problematisieren.

[25] So im Ansatz auch *Zöllner*-KölnKommAktG § 179, 39.

[26] Vgl. auch *Zöllner*-KölnKommAktG § 179, 35.

[27] Vgl. § 3, 49 m. Nachw.; außerdem Scholz/*Priester* 11, 25.

[28] Zutr. *Priester* DB 1979, 682.

[29] Vgl. auch *Zöllner*-KölnKommAktG § 179, 43.

[30] BGHZ 38, 155, 166 = NJW 1963, 203; vgl. auch § 13, 18 ff m. weit. Nachw.

[31] Vgl. BGHZ 38, 155, 161 = NJW 1963, 203; BGH NJW 1961, 507; DB 1968, 2166; WM 1981, 438, 439; BayObLG BB 1980, 1442; Scholz/*Priester* 10; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 5; Rowedder/*Zimmermann* 9; *Priester* DB 1979, 65; einschr. nur *Ullrich* ZGR 1985, 235, 246, 252 für Nebenleistungspflichten, die für den unternehmerischen Zweck der Gesellschaft „konstitutiv" (?) sind.

[32] Zutr. Scholz/*Priester* 11; Rowedder/*Zimmermann* 11; *Gasteyer* BB 1983, 934 ff; einschr. noch Vorauf. 21 im Anschluß an OLG Nürnberg BB 1981, 1293 und OLG Hamm GmbH-Rdsch. 1978, 271 f.

kommt gleichwohl ein eigener Verlustdeckungsanspruch der Gesellschaft nach § 328 BGB in Betracht[33].

21 Regelmäßig nur formeller Satzungsbestandteil ist die **Benennung eines Geschäftsführers** in der Satzung. Sie stellt nur die Verlautbarung seiner Bestellung durch schlichten Gesellschafterbeschluß dar, bedeutet jedoch weder die Bindung der Abberufung an eine Satzungsänderung (dazu und zum Widerruf aus wichtigem Grund vgl. Erläut. zu § 38) noch die Begründung eines Sonderrechts auf Geschäftsführung zugunsten des zum Geschäftsführer Bestellten[34]. Entsprechendes gilt für die in die Satzung aufgenommene Regelung der **Geschäftsführerbezüge**; sie kann mit Verpflichtungswirkung für die Gesellschaft grundsätzlich nur im Anstellungsvertrag, nicht aber in der Satzung erfolgen[35]. Anderes kommt dann in Betracht, wenn einem Gesellschafter-Geschäftsführer ein die Gewinnverteilung modifizierender Sondervorteil eingeräumt werden soll[36].

22 Soll in den in Rdn 21 genannten Fällen eine *materielle* Satzungsregelung angenommen werden, müssen zusätzlich zur Aufnahme in den Satzungstext weitere für die Auslegung berücksichtigungsfähige Umstände (Rdn 12) hinzukommen. Sie müssen auf den Willen der Gesellschafter schließen lassen, diese Abreden der satzungsrechtlichen Bindung und ihre Abänderung der Mehrheitskompetenz der Gesellschafterversammlung zu unterstellen. Von diesen Sonderfällen abgesehen stellt die Aufnahme der fraglichen Abrede in den Satzungstext immerhin ein **Indiz** dafür dar, daß die Regelung als materieller Satzungsbestandteil gewollt ist[37].

3. Die Satzungsänderung

23 a) **Allgemeines.** Die Satzungsänderung unterliegt der ausschließlichen **Kompetenz der Gesellschafter**; sie kann auch durch Satzungsbestimmung nicht an die Zustimmung Dritter gebunden werden (Rdn 84). Die Beschlußfassung hierüber erfolgt im Regelfall in einer Gesellschafterversammlung (Rdn 39 f). Sie erfordert nach gesetzlicher Regel Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen (Rdn 49). Einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB (vgl. dazu § 2, 73) bedarf die Satzungsänderung trotz Beteiligung eines nicht voll Geschäftsfähigen nicht[37a]; anderes gilt für die Übernahmeerklärung (§ 55, 51). Die **Auslegung** satzungsändernder Beschlüsse und ihre Nachprüfung in der Revisionsinstanz richtet sich nach den allgemein für die GmbH-Satzung geltenden Grundsätzen (vgl. § 2, 138 ff, 150, dazu BGH WM 1966, 1262).

24 **Bedingte** Satzungsänderungen sind aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich unzulässig[38]. Das gilt auch dann, wenn der Bedingungseintritt bei Anmeldung dem Registerrichter nachgewiesen werden kann[39], weil dies an dem einzutragenden, den Bedingungsvorbehalt umfassenden Beschlußinhalt nichts ändert[40]. Zulässig ist es demgegenüber, daß die Gesellschafter den Änderungsbeschluß unter Anweisung an die Geschäftsführer fassen, die Anmeldung nur bei Eintritt einer bestimmten Bedingung

---

[33] Zutr. *Gasteyer* BB 1983, 936.

[34] Vgl. BGHZ 18, 205, 208 = NJW 1955, 1716; näher dazu § 6, 17 f m. ausführl. Nachw.

[35] Anders wohl BGH ZIP 1981, 1046, 1047, wo alternativ eine Satzungsregelung über die Beitragsvergütung oder ein Beschluß der Gesellschafterversammlung als (originäre?) Anspruchsgrundlage in Betracht gezogen wird.

[36] Vgl. *Priester* DB 1979, 685.

[37] So auch Scholz/*Priester* 16; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 8; Rowedder/*Zimmermann* 9.

[37a] Ebenso Scholz/*Priester* 99; *Lutter/Hommelhoff* 15; für die entspr. Frage bei der Personengesellschaft vgl. MünchKomm.-*Ulmer* BGB² § 705, 52, 58 f und *Ulmer*-GroßkommHGB⁴ § 105, 85 m. Nachw.

[38] HM, vgl. Scholz/*Priester* 180; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 29; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 199.

[39] Diesen Vorbehalt machen Scholz/*Priester* 180; *Priester* ZIP 1987, 285.

[40] Gegen *Priester* ZIP 1987, 285 auch *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 199.

vorzunehmen[41]. Unbedenklich sind auch sog. unechte oder *Rechtsbedingungen* wie etwa das Erfordernis der Übernahme der Stammeinlagen im Fall einer Kapitalerhöhung (§ 55, 59) oder die Abhängigkeit der Änderung der Satzung einer konzessionspflichtigen GmbH von der Genehmigung der zuständigen Behörde (§ 54, 20 f). Aufschiebend befristete Satzungsänderungen können entweder mit der Maßgabe beschlossen werden, daß die Handelsregisteranmeldung erst zu einem bestimmten Stichtag erfolgen soll (zur fehlenden Anmeldepflicht vgl. § 54, 10), oder es kann die Befristung zum Gegenstand der Satzungsänderung selbst gemacht werden; der Änderungsbeschluß kann dann bereits mit dem Inhalt, daß die Änderung erst zu einem bestimmten Zeitpunkt gelten soll, in das Handelsregister eingetragen werden[42]. Zulässig sind auch Satzungsänderungen für konkrete Ausnahmefälle[43]; auch bei ihnen muß die beschränkte Geltung im Handelsregister verlautbart werden. Eine Grenze findet die Möglichkeit von Satzungsänderungen unter Befristung oder Bedingung ferner an der zwingenden Zuweisung der Satzungsänderungskompetenz an die Gesellschafterversammlung. Ein Satzungsänderungsbeschluß mit der Maßgabe, daß seine Eintragung praktisch in das Ermessen der Geschäftsführer gestellt wird, unterliegt entsprechend § 243 Abs. 1 AktG der Anfechtungsklage[44].

Eine **Rückwirkung** der Satzungsänderung auf einen vor der Eintragung gelegenen Zeitpunkt ist *im Verhältnis zu Dritten* ausgeschlossen[45]. Das gilt auch für die Änderung des Geschäftsjahrs[46]; allerdings ist es als hinreichend anzusehen, wenn die Anmeldung vor Ablauf des durch die Änderung entstehenden Rumpfgeschäftsjahres erfolgt (dazu näher § 29, 16). Im **Innenverhältnis** sind die Gesellschafter freilich nicht gehindert, im allseitigen Einvernehmen die Satzungsänderung schon für Zeiten vor ihrem Wirksamwerden zu beachten, die Gewinne etwa schon für vorher abgeschlossene Geschäftsjahre nach dem geänderten Schlüssel zu verteilen[47] (zur Frage der Satzungsdurchbrechung vgl. Rdn 30 ff). **25**

b) **Gegenstände.** Den Gegenstand von Satzungsänderungen iS von § 53 bilden nur **materielle (organisationsrechtliche) Satzungsbestandteile;** bei ihnen wirken der Änderungsbeschluß und dessen Eintragung konstitutiv (Rdn 8). Zu einzelnen Gegenständen derartiger Satzungsänderungen vgl. Rdn 98 ff. **Keine** Satzungsänderung liegt in dem Beschluß zur Erhebung der Ausschlußklage; er bedarf nicht der notariellen Beurkundung[48]. Ebenso fehlt es an einer Satzungsänderung, wenn die Gesellschafter **26**

---

[41] Ebenso *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 195.

[42] HM, vgl. KGJ 28, 224; Scholz/*Priester* 180 und § 54, 57; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 29; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 197.

[43] Eingeh. dazu *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 92 ff (vgl. Rdn 32); mißverständlich OLG Frankfurt BB 1973, 677, wonach Satzungsänderungen nur bei Regelung der *dauernden* Grundlagen vorliegen.

[44] Im Grundsatz zutr. deshalb LG Frankfurt WM 1990, 237, 238 f zur Anfechtbarkeit des Beschlusses über eine Stimmrechtsbeschränkung, dessen Eintragung dem Vorstand für den Fall aufgegeben war, daß nach „seinem Dafürhalten" Anhaltspunkte für eine Beteiligung von mehr als 10% vorliegen; vgl. auch *Grunewald* AG 1990, 138 f; *Lutter* Festschrift Quack (1991) S. 301, 316 f.

[45] So auch KGJ 53, 101; OLG Hamburg JFG 2, 230; Scholz/*Priester* 181; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 30; Rowedder/*Zimmermann* § 54, 32; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 12; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 207; *Zilias* JZ 1959, 50, 53; zum Teil abw. *Dempewolf* NJW 1958, 1212; *Jacobs/Woeste* AG 1958, 211; vgl. auch *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 11.

[46] Ebenso OLG Karlsruhe Rpfleger 1975, 178; Scholz/*Priester* 182; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 30; Rowedder/*Zimmermann* 32; aA LG Frankfurt GmbH-Rdsch. 1978, 112 und 1979, 208.

[47] Vgl. Scholz/*Priester* 181; Rowedder/*Zimmermann* § 54, 32; weitergehend (für Möglichkeit mehrheitlicher Satzungsänderungen mit *Rückwirkung* im Innenverhältnis, wenn für überstimmte Minderheit hinreichend absehbar) Baumbach/Hueck/*Zöllner* 30 und *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 208; aA *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 12.

[48] OLG Frankfurt GmbH-Rdsch. 1980, 56; vgl. auch Anh § 34, 22.

beschließen, auf das in der Satzung geregelte, von der GmbH zu zahlende Abfindungsentgelt vorzeitig Abschlagszahlungen zu leisten[49].

27 Nach **hM** unterfallen auch die Aufnahme oder Streichung bloß **formeller, deklaratorischer** Satzungsbestandteile (dazu Rdn 9) der Kompetenz der Gesellschafterversammlung[50]. Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als Geschäftsführer oder Notar den der Anmeldung der Satzungsänderung beizufügenden vollständigen Satzungswortlaut (§ 54 Abs. 1 S. 2) nicht eigenmächtig verändern dürfen. Unzutreffend wäre es jedoch, derartige lediglich die *Fassung* der Satzung betreffende Änderungen ohne materiellrechtliche Bedeutung den erhöhten Anforderungen der §§ 53, 54 zu unterstellen. Vielmehr steht der Gesellschafterversammlung die Änderungskompetenz insoweit unabhängig von § 53 in ihrer Eigenschaft als oberstes Organ der GmbH zu; als solches ist sie auch berufen, über die jeweilige Fassung des Gesellschaftsvertrags zu entscheiden. Dementsprechend genügt für den Änderungsbeschluß **einfache Mehrheit**[51]. Er ist formlos wirksam und kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden[52]. Zur Registerkontrolle gegenüber inhaltlich überholten oder unklaren, namentlich gegen neueres zwingendes Rechts verstoßenden Satzungsregelungen vgl. § 54, 43 f.

28 Entsprechend den in Rdn 27 entwickelten Grundsätzen über die Unanwendbarkeit von §§ 53, 54 auf die Änderungen von Satzungsbestandteilen ohne materiellrechtlichen Gehalt ist es den Gesellschaftern auch unbenommen, rein **redaktionelle Änderungen den Geschäftsführern oder dem beurkundenden Notar zu übertragen.** Das gilt etwa für die *Streichung inhaltlich überholter Satzungsbestandteile* (Angaben über die Übernehmer der Stammeinlagen, vgl. § 3, 48, oder über erbrachte Sacheinlagen, vgl. § 5, 114, oder die Namen ehemaliger Gesellschafter, vgl. § 3, 49), für die neue Durchnumerierung der Satzung als Folge von Änderungsbeschlüssen oder für die Überarbeitung des Wortlauts von Satzungsänderungen, deren Inhalt von den Gesellschaftern zweifelsfrei festgelegt worden ist[53]. Das Fehlen einer Vorschrift nach Art von § 179 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach der Aufsichtsrat einer AG von der Hauptversammlung zur Vornahme redaktioneller Änderungen ermächtigt werden kann, berechtigt angesichts des wesentlich flexibleren, gesetzlich auf einen Kernbestand an organisatorischen Regelungen beschränkten Charakters des GmbH-Rechts nicht etwa dazu, der Gesellschafterversammlung der GmbH im Wege des Umkehrschlusses eine derartige Delegationsmöglichkeit zu versagen[54]. Wollte man entgegen der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich auch auf formelle Satzungsänderungen die Vorschriften der §§ 53, 54 anwenden, so würde deren zwingende Geltung (Rdn 2 ff) einer derartigen Ermächtigung doch nicht entgegenstehen. Denn ihrem auf Minderheitenschutz gerichteten Zweck entsprechend betrifft die zwingende Geltung nur materielle Satzungsänderungen; die Regelung soll den Gesellschaftern nicht etwa die Möglichkeit nehmen, durch Mehrheitsbeschluß ein anderes Gesellschaftsorgan oder den Notar zur Vornahme bloß formeller Fassungsänderungen ohne materiellrechtliche Auswirkungen zu ermächtigen. Auch etwaige Ab-

---

[49] OLG Hamm GmbH-Rdsch. 1979, 59.

[50] Vgl. OLG Celle GmbH-Rdsch. 1959, 113; BayObLG DB 1971, 1612; Scholz/*Priester* 19; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 10; *Lutter/Hommelhoff* 31; Rowedder/*Zimmermann* 15; *Gustavus* DNotZ 1971, 229 f; *Priester* ZHR 151 (1987) 41 f; MünchKomm.-*Reuter* BGB[2] § 33, 1; aA KG JW 1938, 2754; OLG Köln Rpfleger 1972, 257, 258; *Röll* DNotZ 1970, 337, 339 ff. Für das Aktienrecht differenzierend *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 82 ff.

[51] So auch *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 84, 87.

[52] AA LG Dortmund GmbH-Rdsch. 1978, 325; auch *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 85; vgl. außerdem die Nachw. in Fn 50.

[53] Zu Art und Gegenständen derartiger Fassungsänderungen vgl. näher *Wiedemann*-GroßkommAktG § 179, 10; *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 146 ff.

[54] AA Scholz/*Priester* 19, 60; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 26; *Lutter/Hommelhoff* 5; Rowedder/*Zimmermann* 15; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 5.

grenzungsprobleme gegenüber materiellen Änderungen sind kein durchschlagender Einwand; das belegt § 179 Abs. 1 S. 2 AktG.

c) **Änderungen im Liquidationsstadium.** Die Bestimmungen der §§ 53 bis 59 gelten **29** auch für das Liquidationsstadium (zur Nichtgeltung vor Eintragung der Gesellschaft vgl. § 2, 19 ff). Soweit sich aus § 69 Abs. 1 ein Vorbehalt zugunsten der Vorschriften über Auflösung und Nichtigkeit sowie zugunsten des Wesens der Liquidation ergibt, steht dieser einer Satzungsänderung doch grundsätzlich nicht entgegen[55]. In Betracht kommen namentlich Änderungen hinsichtlich der Firma oder der Bestimmungen über die Durchführung der Liquidation, aber auch Beschlüsse über die Verlegung des Sitzes, über Kapitalveränderungen (vgl. §§ 55, 27; 58, 41) und über die Änderung des Unternehmensgegenstands[56]. Zur grundsätzlichen Kompetenz der Gesellschafterversammlung für Satzungsänderungen nach Konkurseröffnung vgl. § 63, 95.

4. Satzungsdurchbrechungen

a) **Kennzeichen.** Eine Satzungsdurchbrechung liegt vor, wenn die Gesellschafter **30** unter grundsätzlichem Festhalten am Satzungsinhalt für einen Sonderfall einen damit in Widerspruch stehenden Beschluß fassen, ohne für diesen Fall die förmliche Satzungsänderung nach Maßgabe von §§ 53, 54 zu betreiben, insbesondere den Änderungs- oder Durchbrechungsbeschluß nach § 54 Abs. 3 eintragen zu lassen. Die Satzungsdurchbrechung kann sich einerseits unmittelbar auf den **Satzungsinhalt** beziehen, indem sie etwa das Gewinn- oder Stimmrecht einzelner Gesellschafter für eine beschränkte Zeit modifiziert. Sie begegnet andererseits auch bei der Beschlußfassung über **laufende** Angelegenheiten, so bei der Bestellung von Geschäftsführern oder der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern unter Abweichung von den hierfür in der Satzung vorgesehenen Auswahlkriterien[57]. An einer Satzungsdurchbrechung fehlt es, wenn sich im Auslegungswege aufgrund entsprechender Anhaltspunkte in der Satzung ergibt, daß die Satzungsvorschrift, deren Durchbrechung in Frage steht, die Möglichkeit von Ausnahmen im Einzelfall zuläßt oder die Satzung einen ausdrücklichen Ausnahmevorbehalt für abweichende Gesellschafterbeschlüsse enthält[58]. Bei Abweichungen von *formellen* Satzungsbestandteilen, die nur der Verlautbarung anderweit geregelter, nur die jeweils Beteiligten bindender Rechtsverhältnisse dienen (Rdn 9), ist für die Annahme einer Satzungsdurchbrechung mit der Konsequenz einer Anfechtungsklage zur Beseitigung der Wirksamkeit des abweichenden Rechtsaktes durch rechtsgestaltendes Urteil im Grundsatz ohnehin kein Raum[59].

Einen nach altem Recht bedeutsamen Fall der Satzungsdurchbrechung bildete die **31** **Einstellung eines Teils des Jahresgewinns in Rücklagen** ohne entsprechende, von § 29 Abs. 1 aF abweichende satzungsrechtliche Gewinnverwendungsregelung. Sie machte den Beschluß wegen Gesetzesverletzung auch dann anfechtbar, wenn er mit Dreiviertel-

---

[55] OLG Frankfurt NJW 1974, 463; ebenso für das Aktienrecht BGHZ 24, 279, 286 = NJW 1957, 1279; zum ganzen näher Erläut. zu § 69.

[56] Letzteres gilt entgegen OLG München HRR 1938 Nr. 1547 jedenfalls dann, wenn die Änderung mit einem Beschluß über die Fortsetzung der Gesellschaft verbunden wird (dazu näher § 60, 78 ff).

[57] *Fleck* ZGR 1988, 126 f. Weit Bsp. bei *Priester* ZHR 151 (1987) 42 f zum Fall einer „Durchbrechung" des Gesellschaftsvertrags bei der Publikumsgesellschaft; vgl. dazu auch BGH WM 1990, 714, 715.

[58] Zutr. Scholz/*Priester* 27; *Priester* ZHR 151 (1987) 41, 56.

[59] Vgl. aber die Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung von Beschlüssen bei Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden, dazu § 3, 125 und eingeh. *M. Winter* ZHR 154 (1990) 259; vgl. auch BGHZ 18, 205, 208 = NJW 1955, 1716 zur Änderung der in der Satzung enthaltenen Anstellungsbedingungen eines Geschäftsführers.

mehrheit gefaßt und notariell beurkundet worden war (Voraufl. 31). Eine entsprechende Konstellation kann auch auf der Grundlage des neuen Rechts auftreten, falls die gesetzliche Regel in § 29 Abs. 2 zugunsten von Ausschüttungsansprüchen der Gesellschafter durch die Satzung abbedungen ist (vgl. näher § 29, 55).

32 b) **Anfechtbarkeit.** Fassen die Gesellschafter in den ihrer Zuständigkeit unterliegenden **laufenden** Angelegenheiten (Wahlen zum Aufsichtsrat, Bestellung von Geschäftsführern, Gewinnverwendung u. a.) im Einzelfall einen Beschluß, der sich als unvereinbar mit dem Satzungsinhalt erweist, so ist er zwar nicht unwirksam, kann aber aufgrund einer Anfechtungsklage widersprechender Gesellschafter für nichtig erklärt werden[60]. Die Anfechtungsbefugnis besteht selbst dann, wenn bei der Beschlußfassung die Satzungsänderungsvoraussetzungen (Dreiviertelmehrheit, notarielle Beurkundung, ordnungsmäßige Ankündigung) gewahrt sind, jedoch von einer förmlichen Satzungsänderung durch Handelsregisteranmeldung und -eintragung abgesehen wird[61]. Die Eintragung nach § 54 Abs. 3 ist unverzichtbares Wirksamkeitserfordernis für jede Änderung des materiellen Satzungsinhalts, auch wenn sie nur einen Einzelfall betrifft. Sie ist auch dann zulässig und geboten, wenn sie sich auf einen konkreten Ausnahmefall beschränkt (vgl. auch Rdn 24). Die abweichende Ansicht *Boesebecks*[62], die Eintragung werde hier zu einem formalistischen, nicht mehr sinnvollen Selbstzweck, ist mit Rücksicht auf die mit § 54 Abs. 3 verfolgten Zwecke (§ 54, 1) zu Recht ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen[63].

33 Stimmen die Gesellschafter in Kenntnis der entgegenstehenden Satzung dem satzungsdurchbrechenden Ausführungsbeschluß zu, so verlieren sie die Anfechtungsbefugnis[64]. Daher können *einstimmige*, von sämtlichen Gesellschaftern beschlossene Satzungsdurchbrechungen grundsätzlich *nicht angefochten* werden[65]. Anderes gilt, soweit sich die zustimmenden Gesellschafter des satzungsdurchbrechenden Charakters des Beschlusses nicht bewußt waren[66]. Sonstige **Grenzen des Anfechtungsrechts** ergeben sich einerseits unter dem Gesichtspunkt des *Rechtsmißbrauchs*, so insbesondere wenn die widersprechenden Gesellschafter kraft ihrer Treupflicht gehalten sind, einer entsprechenden Satzungsänderung zuzustimmen (Rdn 70). Andererseits setzt die Anfechtung auch die Wahrung der hierfür geltenden „angemessenen" oder der in der Satzung enthaltenen *Anfechtungsfrist* voraus (Anh § 47, 177 ff)[67].

34 Vom Fall der Zustimmung oder des Fristablaufs abgesehen, ist für eine **Heilung** der Anfechtbarkeit satzungsdurchbrechender Beschlüsse **kein** Raum (vgl. Anh § 47,

---

[60] HM, vgl. BGH WM 1981, 1218, 1219; OLG Frankfurt WM 1986, 1437, 1438; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 34; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 23; Rowedder/*Zimmermann* 31; *Lutter/Hommelhoff* 14; für das Aktienrecht *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 90 ff, 99; vgl. außerdem Anh § 47, 135 f.

[61] AA namentlich *Boesebeck* NJW 1960, 2265, 2267; dem folgend Scholz/*Priester* 29; *Roth* 5.3; *Priester* ZHR 151 (1987) 53 f; im Grundsatz wie hier demgegenüber *Lutter/Hommelhoff* 14, die allerdings eine auf die Handelsregisterakten bezugnehmende Eintragung für hinreichend halten; vgl. außerdem BGH ZIP 1981, 1205, wo ausweislich des Leitsatzes eine Satzungsdurchbrechung für einen Einzelfall durch „formlose Beschlußfassung" für möglich gehalten wird (ähnlich – wenn auch nicht eindeutig – wohl schon BGHZ 32, 17, 29 = NJW 1960, 866; ferner OLG Koblenz ZIP 1990, 1570, 1574).

[62] NJW 1960, 2265, 2267.

[63] Vgl. Nachw. in Fn 60.

[64] HM, vgl. dazu Anh § 47, 152; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 34; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 23; Rowedder/*Zimmermann* 31; offenlassend BGH WM 1981, 1218, 1219.

[65] Zutr. *Zöllner* Festschrift Rob. Fischer, S. 912 f; zur Frage eines Anfechtungsrechts der Organmitglieder entspr. § 245 Nr. 4 und 5 AktG vgl. (verneinend) BGHZ 76, 154, 159 = NJW 1980, 1527; für ausführungsbedürftige Beschlüsse bejahend Scholz/*K. Schmidt* § 45, 134; vgl. eingeh. dazu Anh § 47, 161 ff.

[66] Zutr. *Priester* ZHR 151 (1987) 48.

[67] Vgl. etwa OLG Frankfurt WM 1986, 1437.

149). Wohl aber kommt je nach Lage des Falles die **Umdeutung** einer wirksam angefochtenen Satzungsdurchbrechung in eine schuldrechtliche Nebenabrede zwischen den zustimmenden Gesellschaftern in Betracht. Ihr Inhalt geht dahin, den mit dem Beschluß erstrebten, gesetzlich nicht verbotenen Erfolg auf anderem Wege herbeizuführen[68]. Die Gerichte haben sich, soweit sie mit Fällen von Satzungsdurchbrechungen befaßt waren, im allgemeinen um Aufrechterhaltung des Beschlußinhalts bemüht, freilich mit wenig scharfer Begründung[69].

c) **Nichtigkeit.** Die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen richtet sich im **35** GmbH-Recht nach den für das Aktienrecht geltenden Grundsätzen (Anh § 47, 31 ff). Sie tritt nur bei Vorliegen eines der besonderen aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe ein. Soweit es um satzungsdurchbrechende Beschlüsse in laufenden Angelegenheiten geht (Rdn 30), ist Nichtigkeit nur dann anzunehmen, wenn auch ein Satzungsänderungsbeschluß dieses Inhalts im Falle seiner Eintragung der Nichtigkeit unterfiele[70].

d) **Unwirksamkeit.** Richtet sich der Beschluß nicht auf Durchbrechung der Satzung **36** in laufenden Angelegenheiten, sondern zielt er auf **Änderung der Satzung** selbst, sei es auch beschränkt auf einen bestimmten Zeitraum oder auf die Rechte oder Pflichten einzelner Gesellschafter, so erlangt er ohne Eintragung keine Wirksamkeit (§ 54 Abs. 3). Insbesondere gibt es keine Satzungsänderung kraft schlüssigen Verhaltens[71]. Der Erhebung einer Anfechtungsklage bedarf es in diesen treffend als *„zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen"*[72] bezeichneten Fällen nicht[73].

5. Satzungsänderung und Vertretungsmacht der Geschäftsführer

Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer erstreckt sich zwar grundsätzlich auf **37** alle gerichtlichen und außergerichtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft. Ausnahmen gelten jedoch für innergesellschaftliche, namentlich körperschaftliche Akte[74]. Soweit die Kompetenz hierfür wie im Fall von Satzungsänderungen bei anderen Gesellschaftsorganen, insbesondere der Gesellschafterversammlung liegt, können die Geschäftsführer die GmbH nicht Dritten gegenüber zu ihrer Vornahme verpflichten[75]. Dementsprechend sind Verträge mit Dritten, in denen die Gesellschaft sich zur Verlegung ihres Sitzes, zur Änderung der Firma oder des Unternehmensgegenstands oder zur Aufnahme weiterer Gesellschafter verpflichtet, von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht gedeckt. Hierauf gerichtete Verträge, die Geschäftsführer namens der GmbH schließen, werden nur kraft entsprechender, **von den Gesellschaftern** mit satzungsändernder Mehrheit **zu beschließender Ermächtigung,** die auf einen konkret bestimmten Satzungsänderungsfall bezogen sein muß, wirksam[76]. Der Einhaltung der übrigen

---

[68] Vgl. RGZ 81, 368, 371; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 23; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 108; auch Scholz/*Priester* 29 und *Priester* ZHR 151 (1987) 58 (betr. zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen).

[69] Vgl. RGZ 81, 368, 371; BGHZ 32, 17, 29 = NJW 1960, 866; dazu mit Recht kritisch *Boesebeck* NJW 1960, 2266.

[70] *Priester* ZHR 151 (1987) 57 f.

[71] EinhM, vgl. Scholz/*Priester* 31; Rowedder/*Zimmermann* 31; nicht eindeutig noch Hachenburg/*Schilling*⁶ 6.

[72] *Priester* ZHR 151 (1987) 55 ff.

[73] Im Ergebnis wie hier BGH WM 1981, 1218, 1219; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 34; Scholz/*Priester* 29; auch Rowedder/*Zimmermann* 31 aE; aA *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 99 (nur Anfechtbarkeit, es sei denn, es handele sich um einen offen als Satzungsänderung deklarierten Beschluß), und wohl auch OLG Frankfurt WM 1986, 1437.

[74] Vgl. Erläut. zu § 35; ferner OLG Frankfurt BB 1981, 1360; *Mertens* AG 1981, 216.

[75] Vgl. RGZ 162, 370, 374; Scholz/*U. H. Schneider* § 35, 40.

[76] So auch Scholz/*Priester* 34; Scholz/*U. H. Schneider* § 35, 40; *Fleck* ZGR 1988, 110 ff; vgl. außerdem *Ulmer* Festschrift Werner, S. 928 f; zum Verein wie hier BGH LM UWG § 16 Nr. 6; dagegen aber *Flume* I/2 § 7 I 3, S. 198 f; für die AG aA *Mertens*-KölnKommAktG² § 82, 4.

Satzungsänderungserfordernisse (§§ 53 Abs. 2 S. 1, 1. Hs., 54 Abs. 3) bedarf es für den Ermächtigungsbeschluß nicht[77]. Das folgt bezüglich der *notariellen Form* daraus, daß ihr bei Satzungsänderungsbeschlüssen nach zutr. Ansicht keine Warn-, sondern lediglich Beweisfunktion zukommt (Rdn 43), bezüglich der *Handelsregistereintragung* aus dem Fehlen eines Publizitätsinteresses der Allgemeinheit, aber auch daraus, daß die Verpflichtung als solche keine eintragungspflichtige Tatsache darstellt. Der Verpflichtungsvertrag selbst sollte angesichts seiner Bedeutung für die Gesellschaft schriftlich geschlossen werden[77a]. Er ist nach § 894 ZPO vollstreckbar, wobei das gegen die GmbH erstrittene Urteil sowohl den Satzungsänderungsbeschluß und dessen notarielle Beurkundung[77b] als auch die nach § 54 Abs. 1 S. 1 zur Eintragung erforderliche Anmeldungserklärung ersetzt[77c]. Im Interesse der Bestimmtheit des Klagantrags (§ 253 ZPO) sollte nicht nur die Verurteilung der GmbH zur Fassung des Satzungsänderungsbeschlusses beantragt werden, sondern auch zur Abgabe der Anmeldungserklärung. Zum Abschluß von Unternehmensverträgen, durch die sich die GmbH den Weisungen eines anderen Unternehmens unterstellt oder zur Abführung des Gewinns insgesamt oder in Teilen verpflichtet, vgl. Rdn 137 ff.

38 Verträge mit Dritten, die lediglich **faktisch** auf eine Satzungsänderung oder -durchbrechung hinauslaufen, unterliegen diesen Beschränkungen nicht, so wenn die GmbH sich über ihren Unternehmensgegenstand hinausgehend betätigt, etwa durch Beteiligung an einer anderen Gesellschaft, oder langfristige Verträge auf einen über die vereinbarte Gesellschaftsdauer hinausgehenden Zeitraum abschließt[78]. Soweit es allerdings um die Verpflichtung zur **Unternehmensveräußerung im ganzen** geht, ist diese entsprechend § 361 AktG für die GmbH nur bindend, wenn die Gesellschafterversammlung mit Dreiviertelmehrheit zustimmt und der Beschluß notariell beurkundet wird[79]. Zum Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung des Veräußerungsbeschlusses vgl. Rdn 58 ff. Keine Vermögensübertragung im Ganzen iSv § 361 AktG ist im Regelfall bei Durchführung einer *Betriebsaufspaltung* gegeben, wenn das Anlagevermögen, namentlich das betriebliche Grundvermögen, auf eine Besitzgesellschaft übertragen wird. Als regelmäßig außergewöhnliche Maßnahme (dazu näher Erläut. zu § 35) bedürfen die Geschäftsführer hierfür jedoch im Innenverhältnis der Zustimmung der Gesellschafterversammlung (vgl. aber auch unten Rdn 102 f).

III. Der Änderungsbeschluß (Abs. 2 S. 1)

Schrifttum

Vgl. die Angaben vor den Unterabschnitten.

---

[77] Differenzierend *Fleck* ZGR 1988, 114 f (notarielle Form ja, Handelsregistereintragung nein); aA (für Notwendigkeit notarieller Form) auch Scholz/*Priester* 34.

[77a] So zutr *Fleck* ZGR 1988, 115 unter Hinweis auf den rechtsähnlichen Fall des Unternehmensvertrags (vgl. § 293 Abs. 3 AktG).

[77b] Vgl. näher *Fleck* ZGR 1988, 115 f.

[77c] Zur Anwendbarkeit des § 894 ZPO auf die Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister vgl. *Hüffer*-GroßkommHGB § 16, 1; Stein/Jonas/*Münzberg* ZPO[20] § 894, 6, 9.

[78] EinhM, vgl. Scholz/*Priester* 33; Baumbach/Hueck/*Zöllner* § 35, 38; *Mertens* AG 1978, 309, 311; zum Aktienrecht vgl. auch *Mertens*-KölnKommAktG[2] § 82, 5, 38. Von einer „faktischen Satzungsänderung" sollte dabei nicht gesprochen werden; eine solche liegt gerade nicht vor (zutr. *Priester* aaO).

[79] Zust. Scholz/*Priester* 169; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 12; *Timm* ZGR 1987, 435; aA *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 9 (für Wirksamkeit im Außenverhältnis); wegen der Drittbetroffenheit einschr. *Lutter* Festschrift Werner, S. 482 (analoge Anwendung von § 361 AktG nur bei Rechtskenntnis des Dritten). Zur Nichtanwendbarkeit von § 361 AktG, wenn nur ein *Betriebsteil* auf eine Tochtergesellschaft ausgegliedert wird, vgl. BGHZ 83, 122, 128 f = NJW 1982, 1703 (Holzmüller), und unten Rdn 164.

1. Die Beschlußfassung

Schrifttum

Pleyer Anmerkung zu KG NJW 1959, 1446, GmbH-Rdsch. 1959, 238; *Priester* Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, Festschrift Werner (1984) S. 657 ff.; *Zöllner* Das Teilnahmerecht der Aufsichtsratsmitglieder an Beschlußfassungen der Gesellschafter bei der mitbestimmten GmbH, Festschrift Rob. Fischer (1979) S. 905 ff.

39 a) **Grundsatz.** Soweit **materielle** Satzungsänderungen in Frage stehen, unterliegen diese nach Abs. 1 zwingend der Beschlußfassung der **Gesellschafter** (Rdn 2, 76) bzw. der an ihrer Stelle zur Wahrnehmung der Rechte berufenen Personen[79a]. Eine Übertragung der Beschlußkompetenz auf ein anderes Gesellschaftsorgan, etwa den Beirat, ist ausgeschlossen[80]. Die Beschlußfassung erfolgt regelmäßig in einer Gesellschafterversammlung (zu Ausn. vgl. Rdn 40) und bedarf notarieller Beurkundung (Rdn 42 ff). Zum rechtsgeschäftlichen Charakter von Gesellschafterbeschlüssen vgl. § 47, 3, zu den erforderlichen Mehrheiten und ihrer Berechnung Rdn 49 ff, 82 ff, zu Stimmrechtsschranken und Stimmpflichten Rdn 56 ff, 70. Der Abschluß von **Stimmbindungsverträgen** zwischen Gesellschaftern ist auch hinsichtlich der Stimmabgabe bei Satzungsänderungen zulässig und formlos wirksam (Rdn 43); zur entsprechenden Frage im Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Dritten vgl. Näheres § 47, 80, 82, 86.

40 b) **Beschlußfassung im schriftlichen Verfahren?** Nach *früher ganz hM* sollten Satzungsänderungsbeschlüsse *nicht* im Wege schriftlicher Stimmabgabe ohne Abhaltung einer Gesellschafterversammlung gefaßt werden können; die Vorschrift des § 48 Abs. 2, die schriftliche Stimmabgabe mit Einverständnis aller Gesellschafter zuläßt, sollte insoweit keine Anwendung finden[81]. Im neueren Schrifttum hat diese Ansicht mit Recht *Widerspruch* gefunden[82]. Aus dem Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses in Abs. 1 folgt richtigerweise nicht die Notwendigkeit, eine Gesellschafterversammlung abzuhalten. Auch die in Abs. 2 S. 1 vorgesehene notarielle Beurkundung macht die Abhaltung einer Versammlung nicht unverzichtbar[83]. Zu beurkunden sind zwar nicht die Willenserklärungen der einzelnen Gesellschafter, sondern die tatsächliche Wahrnehmung des Notars über den Vorgang der Beschlußfassung (Rdn 42). Das schließt es aber nicht aus, daß die einzelnen Gesellschafter auch ohne Versammlung (ggf. nacheinander) ihre **Stimmen zu Protokoll desselben Notars** abgeben und der Notar hierüber die Urkunde erstellt. Ein solches Verfahren liegt namentlich bei der Einmann-GmbH oder in denjenigen Fällen nahe, in denen alle Gesellschafter die gleiche Person zur Stimmabgabe bevollmächtigen (zur Form der Vollmacht vgl. Rdn 48) und die Abhaltung einer Versammlung daher eine bloße Förmlichkeit bedeuten würde. In sonstigen Fällen schriftlicher Stimmabgabe zu Protokoll sollte der Notar allerdings prüfen, ob das hierfür nach § 48 Abs. 2 erforderliche Einvernehmen sämtlicher Gesellschafter vorliegt sowie ob und welche Gesellschafter nicht an der Abstimmung teilnehmen und daher bei der Mehrheitsberechnung nicht mitgezählt werden[84]. Zulässig erscheint daneben – ebenso wie bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags im Gründungs-

---

[79a] Vgl. BayObLG NJW 1976, 1692, 1693 (Testamentsvollstrecker).

[80] Unstr., vgl. RGZ 137, 305, 308; BGHZ 43, 261, 264 = NJW 1965, 1378; OLG Düsseldorf WM 1982, 649; Scholz/*Priester* 60; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 26; *Priester* Festschrift Werner, S. 659 ff.

[81] Vgl. BGHZ 15, 324, 328 = NJW 1955, 220 (obiter); KG NJW 1959, 1446 f; ebenso noch Rowedder/*Zimmermann* 33; *Roth* 3.1; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 11; Nachw. aus dem älteren Schrifttum vgl. in Voraufl. 40; aA schon früher *Vogel* GmbHG[2] 3; *Pleyer* GmbH-Rdsch. 1959, 238.

[82] So erstmals *Zöllner* Festschrift Rob. Fischer, S. 911 f; ihm folgend Scholz/*Priester* 64; Scholz/*K. Schmidt* § 48, 61; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 26; vgl. auch § 48, 54.

[83] Zutr. schon *Pleyer* GmbH-Rdsch. 1959, 238.

[84] Gegen das Erfordernis einer förmlichen Beschlußfeststellung aber Scholz/*Priester* 64.

stadium (§ 2, 13) – auch die Protokollierung der Stimmen durch **verschiedene Notare** und ihre Übersendung an den zur Beurkundung nach § 53 Abs. 2 S. 1 bestellten Notar, der den Empfang der Erklärungen sowie das Abstimmungsergebnis kraft eigener Wahrnehmung in der Urkunde festhält[85].

41 c) **Beschluß und Zustimmung.** Vom Gesellschafterbeschluß nach Abs. 1 und der hierfür notwendigen Mehrheit zu unterscheiden ist die gesonderte (vorhergehende oder nachträgliche[86]) Zustimmung einzelner Gesellschafter. Auch wenn die Voraussetzungen des Abs. 3 vorliegen oder die Satzung entsprechende Zusatzerfordernisse enthält (Rdn 82), bedarf es ihrer doch nur dann, wenn die betreffenden Gesellschafter sich nicht bereits an der Beschlußfassung selbst beteiligt und für die Änderung gestimmt haben. Für die **gesonderte Zustimmung** gilt **nicht** das Erfordernis **notarieller Form** nach Abs. 2 S. 1 (Rdn 79); sie kann auch konkludent erteilt werden. Mit Rücksicht auf die Prüfungspflicht des Registergerichts (§ 54, 40) empfiehlt sich aber zumindest Schriftform. Zur Frist für die Zustimmung und zu den Folgen nicht erteilter Zustimmung vgl. Rdn 80 f.

2. Notarielle Beurkundung

Schrifttum

Bokelmann GmbH-Gesellschaftsversammlungen im Ausland und Beurkundungen durch ausländische Notare, NJW 1972, 1729; *Bredthauer* Zur Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Beurkundungen im Kanton Zug, BB 1986, 1864; *Heckschen* Auslandsbeurkundung und Richtigkeitsgewähr, DB 1990, 161; *Höfer* Das Beurkundungsgesetz in der Praxis, JurA 1970, 56; *Kropholler* Auslandsbeurkundungen im Gesellschaftsrecht, ZHR 140 (1976) 394; *Mecke* Der Entwurf eines Beurkundungsgesetzes, DNotZ 1968, 584; *Röll* Die Beurkundung von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen, DNotZ 1979, 644; *Stauch* Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden in der Bundesrepublik Deutschland (1983).

42 a) **Allgemeines.** Die nach Abs. 2 S. 1 erforderliche notarielle Beurkundung bezieht sich nicht auf die Stimmabgaben iS formbedürftiger Willenserklärungen, sondern auf die **tatsächlichen Wahrnehmungen** des Notars über die Stimmabgabe und das Abstimmungsergebnis. Maßgebend sind daher nicht §§ 6 ff, 13, 17, sondern §§ 36, 37 BeurkG[87].

43 Aus dem Verzicht auf die Beurkundung der einzelnen Stimmabgaben und der Unanwendbarkeit der §§ 6 ff, 17 BeurkG folgt zugleich, daß der **Zweck** des Urkundserfordernisses nicht in der Warnung der Gesellschafter oder in ihrer Belehrung durch den Notar ihnen gegenüber zu finden ist[88]. Die Beurkundung soll vielmehr den **Beweis** über das Zustandekommen des Satzungsänderungsbeschlusses im Interesse der Rechtssicherheit und zur Erleichterung der registergerichtlichen Prüfung erbringen. Daher besteht auch kein Anlaß, für *Stimmbindungsverträge* oder sonstige vertragliche Absprachen zwischen den Beteiligten über die Vornahme von Satzungsänderungen ebenfalls die notarielle Form zu verlangen[89]. Die von der hM verlangte Formbedürftig-

---

[85] Vgl. Scholz/*Priester* 64; *Pleyer* GmbH-Rdsch. 1959, 238.

[86] Vgl. RGZ 136, 185, 189.

[87] EinhM, vgl. KG NJW 1959, 1446 f; LG Essen BB 1982, 1821, 1822; *Jansen* BeurkG § 37, 8; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG[12], BeurkG Vorb. § 36, 2 und § 36, 5; Scholz/*Priester* 67.

[88] AA zur Belehrungsfunktion aber namentlich BGHZ 80, 76, 79 = NJW 1981, 1160; BGHZ 105, 324, 338 = NJW 1989, 295; OLG Hamm NJW 1974, 1057, 1058; vgl. dazu Rdn 47 m. w. Nachw.

[89] BGH ZIP 1983, 432; OLG Koblenz ZIP 1986, 503, 504; OLG Saarbrücken AG 1980, 26, 27; Scholz/*K. Schmidt* § 47, 38; vgl. auch § 47, 68; aA für Beschlüsse zur Ermächtigung der Geschäftsführer, Verpflichtungen der GmbH mit satzungsändernden Folgen einzugehen, *Fleck* ZGR 1988, 114.

keit des Gründungsvorvertrags (vgl. § 2, 48 f) läßt sich nicht auf Absprachen über Satzungsänderungen übertragen.

44 b) **Die Erfordernisse der Urkunde.** Die Urkunde muß die Bezeichnung des Notars sowie den Bericht über seine Wahrnehmungen hinsichtlich des zu beurkundenden Beschlusses und seine eigenhändige Unterschrift enthalten (§ 37 Abs. 1, 3 BeurkG). Das Fehlen eines dieser Erfordernisse macht die Urkunde formunwirksam und führt ebenso wie die fehlende Beurkundung selbst (Anh § 47, 44) zur Nichtigkeit des Beschlusses, vorbehaltlich seiner Heilung durch Eintragung (Rdn 92). Die **Gegenstände des Berichts** sind – anders als im Aktienrecht (§ 130 AktG) – gesetzlich nicht festgelegt. Aus § 53 folgt, daß der Beschlußgegenstand, die Anzahl der an der Beschlußfassung teilnehmenden Stimmen sowie das Abstimmungsergebnis anzugeben sind. Im Falle schriftlicher Abstimmung sollte zusätzlich das nach § 48 Abs. 2 erforderliche Einverständnis aller Gesellschafter vermerkt werden (Rdn 40). Nach § 37 Abs. 2 BeurkG sollen ferner Ort und Tag der Beschlußfassung und der Errichtung der Urkunde angegeben werden; als Sollvorschrift ist ihre Beachtung für die Wirksamkeit der Urkunde ohne Einfluß.

45 Der **Verlesung** der Niederschrift und der **Unterzeichnung** durch die Beteiligten bedarf es nach §§ 6 ff, 13 BeurkG nur, soweit in ihr zugleich *formbedürftige Willenserklärungen* einzelner Gesellschafter enthalten sind. Das ist nicht der Fall bei Satzungsänderungsbeschlüssen und bei der nach Abs. 3 erforderlichen Zustimmung wegen Leistungsvermehrung (Rdn 79), wohl aber dann, wenn mit einem Kapitalerhöhungsbeschluß zugleich die – nach § 55 Abs. 1 formbedürftigen – Übernahmeerklärungen der sich an der Kapitalerhöhung beteiligten Personen beurkundet werden (§ 55, 62). Die freiwillige Einhaltung der Vorschriften der §§ 6 ff, 13 BeurkG in sonstigen Fällen der Beurkundung von Satzungsänderungen ist unschädlich und zumal bei Universalversammlungen in der Praxis verbreitet[90].

46 c) **Beurkundung im Ausland.** Für die Satzungsänderung einer nach deutschem Recht gegründeten GmbH mit tatsächlichem Sitz im Inland gilt **deutsches Recht** (vgl. näher Allg. Einl. 119 ff). Im deutschen internationalen Privatrecht (Art. 11 Abs. 1 EGBGB) beurteilt sich die Formgültigkeit von Rechtsgeschäften entweder nach dem Recht, das für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgeblich ist (sog. Wirkungsstatut oder Geschäftsrecht), oder nach dem Recht am Ort seiner Vornahme (sog. Ortsform). Die im gesellschaftsrechtlichen *Schrifttum* nach wie vor überwiegende Meinung hält – insoweit abweichend von Art. 11 Abs. 1, 2. Hs. EGBGB – die **Ortsform** für *nicht* ausreichend, soweit es um die Beurkundung der Satzung der AG oder GmbH bei der Gründung der Gesellschaft (vgl. dazu § 2, 17 m. Nachw.) oder um deren spätere Änderungen geht[91]. Begründet wird das teils – nach Art einer teleologischen Reduktion von Art. 11 Abs. 1, 2. Hs. EGBGB – mit der Rechtspflegefunktion des Notars bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen und mit den insoweit besonders zu beachtenden Aspekten der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes[91a], teils auch mit einer analogen Anwendung der Ausnahmen von

---

[90] Scholz/*Priester* 68; vgl. auch *Mecke* DNotZ 1968, 610; *Höfer* JurA 1970, 752.

[91] So grundlegend *Winkler* NJW 1972, 981, 982 und NJW 1974, 1932; ebenso Einl. Rdn 160 ff (*Behrens*); Staudinger/*Großfeld* BGB[12] Int. Gesellschaftsrecht Rdn 296, 300; Staudinger/*Firsching* BGB[12] EGBGB Art. 11, 97; Scholz/*Westermann* Einl. Rdn 93; Scholz/*Priester* 70; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 40; *Lutter/Hommelhoff* 12; Rowedder/*Zimmermann* 36; *Brambring* NJW 1975, 1255; *Kropholler* ZHR 140 (1976) 394, 402 u. a.; aA (Ortsform genügt) MünchKomm-*Spellenberg* BGB[2] EGBGB Art. 11, 92, 94; Soergel/*Kegel* BGB[11] EGBGB Art. 11, 21; Palandt/*Heldrich* BGB[50] EGBGB Art. 11, 13; *Bokelmann* NJW 1972, 1729, 1731 (vorbeh. Art. 30 aF = Art. 6 nF EGBGB); Rspr.-Nachw. vgl. in Fn 91 c.

[91a] So insbes. *Behrens*, *Westermann* und *Priester* aaO (Fn 91).

der Ortsform in Art. 11 Abs. 4 und 5[91b]. Demgegenüber läßt die *Rechtsprechung* in neuerer Zeit die Tendenz erkennen, sich auch für die Beurkundung von Satzungsänderungen mit der Ortsform zu begnügen[91c]; das hätte im Falle notarieller Beurkundung im Ausland zur Folge, daß es auf die Gleichwertigkeit des beurkundenden ausländischen mit einem deutschen Notar als Voraussetzung für die Einhaltung des Formgebots des § 53 Abs. 2 S. 1 (vgl. dazu näher Rdn 47) nicht ankäme. Da für und gegen beide Ansichten gute Gründe vorgebracht werden können, hält die Kommentierung zunächst an dem bisher vertretenen Standpunkt fest, wonach bei im Ausland beschlossenen Änderungen der Satzung einer deutschen GmbH die Beachtung der Ortsform als solcher die in § 53 Abs. 2 S. 1 geforderte notarielle Beurkundung nicht ersetzen kann[91d]. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

47 Geht man in Übereinstimmung mit der hM von der Anwendbarkeit der Formvorschrift des § 53 Abs. 2 S. 1 auch auf im Ausland beschlossene Satzungsänderungen aus, so richtet sich die Wirksamkeit der Beurkundung durch einen **ausländischen Notar** danach, ob sie im Hinblick auf den mit der Formvorschrift verfolgten Zweck als *der deutschen Beurkundung gleichwertig* anzusehen ist[92]. Das hängt einerseits von der Vorbildung der Urkundsperson und ihrer Stellung im Rechtsleben ab, andererseits von dem für die Beurkundung geltenden Verfahrensrecht[93]. Soweit für die Gleichwertigkeit zusätzlich auf das Vorhandensein detaillierter Kenntnisse des deutschen Gesellschaftsrechts abgestellt wird und es mit dieser Begründung praktisch zur generellen Ausschaltung ausländischer Notare von der Beurkundung von Satzungsänderungen kommt[94], ist dem *nicht* zu folgen[95]. Denn die zur Begründung hierfür angeführte *Prüfungs- und Belehrungspflicht* des Notars nach § 17 BeurkG gilt, unabhängig von der Frage ihrer Verzichtbarkeit, nicht für die Beurkundung nach § 53 Abs. 2 S. 1, da diese sich nicht auf Willenserklärungen, sondern auf tatsächliche Wahrnehmungen bezieht (str., vgl. Rdn 42); der Sachverhalt unterscheidet sich insoweit deutlich von der Beurkundung des Gründungsstatuts der GmbH (§ 2, 11, 17). Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Öffentlichkeit vor unrichtigen Eintragungen über Satzungsänderungen ergibt sich nichts anderes; die inhaltliche Prüfung von Satzungsänderungsbeschlüssen auf das Vorliegen etwaiger Mängel ist auch bei Mitwirkung eines Notars in erster Linie Aufgabe des Registergerichts[96]. Damit ergibt sich, daß gegen die Beurkundung von Satzungsänderungen durch entsprechend qualifizierte Notare jedenfalls in der

---

[91b] So etwa Staudinger/*Großfeld* (Fn 91) Rdn 297 (zu Art. 11 Abs. 2 aF); *Kropholler* aaO (Fn 91).

[91c] So jetzt ausdrücklich OLG Düsseldorf RIW 1989, 225, 226 und zuvor schon OLG Stuttgart NJW 1981, 1176; tendenziell auch BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160 (im konkreten Fall wegen Gleichwertigkeit der ausl. Beurkundung offenlassend); aA noch OLG Hamm NJW 1974, 1057, 1058; OLG Karlsruhe RIW 1979, 567, 568; jetzt auch AG Fürth GmbH-Rdsch. 1991, 24 (für einen aktienrechtlichen Verschmelzungsvertrag).

[91d] Vgl. näher Einl. Rdn 160 ff, 162 f (*Behrens*) und § 2, 17.

[92] EinhM, vgl. BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160; OLG Hamm NJW 1974, 1057, 1058; Staudinger/*Großfeld* BGB[12] Intern. Gesellschaftsrecht 301 ff; eingeh. dazu Einl. 165 und *Stauch* S. 68 ff.

[93] Vgl. BGHZ 80, 76, 78 f = NJW 1981, 1160 unter Bejahung der Gleichwertigkeit einer Beurkundung von Satzungsänderungen durch einen Amtsnotar in Zürich (Altstadt).

[94] So OLG Hamm NJW 1974, 1057, 1058; OLG Karlsruhe RIW 1979, 567, 568; Scholz/*Priester* 71; Staudinger/*Großfeld* BGB[12] Intern. Gesellschaftsrecht 303 ff; *Bredthauer* BB 1986, 1868 f; vgl. auch *Heckschen* DB 1990, 164 f; für „maßgebliche Änderungen" des Gesellschaftsvertrags auch Scholz/*H. P. Westermann* Einl. 94.

[95] Ebenso *Jansen* BeurkG § 37, 25; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG[12] § 17, 2; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 40; Rowedder/*Zimmermann* 36; eingeh. *Stauch* S. 99 ff; vgl. auch Einl. 165; aA Scholz/*Priester* 72.

[96] So zu Recht BGHZ 80, 76, 79 f = WM 1981, 376 (insoweit in NJW 1981, 1160 nicht abgedruckt); allg. zur Prüfungsfunktion der Registergerichte vgl. § 54, 40.

Schweiz und in *Österreich* angesichts der funktionalen Vergleichbarkeit ihrer Urkundstätigkeit *keine Bedenken* bestehen[97].

48 d) **Stellvertretung.** Für die *Bevollmächtigung* eines Vertreters zur Mitwirkung an einer Satzungsänderung gilt die allgemein für Stimmrechtsvollmachten einschlägige Bestimmung des § 47 Abs. 3; danach bedarf die Vollmacht der **Schriftform**. Ein weitergehendes Formerfordernis ergibt sich – anders als bei Vollmachten zur Beteiligung an der Gründung der Gesellschaft (§ 2 Abs. 2) und zur Abgabe von Übernahmeerklärungen bei der Kapitalerhöhung (§ 55, 54) – aus der Beurkundungsbedürftigkeit des Satzungsänderungsbeschlusses nicht[98]. Die nach § 47 Abs. 3 gebotene Schriftform selbst ist nach richtiger Ansicht entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht Gültigkeitsvoraussetzung für die Vollmacht, sondern hat lediglich *Legitimationsfunktion*[99]. Mit Recht hat deshalb der BGH die Wirksamkeit der Vollmacht in einem Fall bejaht, in dem die Vollmachtserteilung ohne Einhaltung der Schriftform, aber bei Anwesenheit aller Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung erfolgte[100]; entsprechendes gilt, wenn die Vollmachtserteilung allen Gesellschaftern bekannt ist und kein Widerspruch gegen die Teilnahme des Bevollmächtigten an der Gesellschafterversammlung erhoben wird[101]. Fehlt die schriftliche Vollmacht, so berechtigt dies den Versammlungsleiter zur Zurückweisung des Vertreters. Zu den Folgen einer unberechtigten Zurückweisung, zur Teilnahme eines nicht Bevollmächtigten an der Beschlußfassung und zur Möglichkeit der Genehmigung seitens des vollmachtslos Vertretenen vgl. eingeh. § 47, 98 f. Die Vorschrift des § 47 Abs. 3 ist dispositiv (§ 47, 198); die Satzung kann deshalb Abweichungen, namentlich auch die formlose Bevollmächtigung, vorsehen. Zur Teilnahme *gesetzlicher* und *organschaftlicher Vertreter* an der Beschlußfassung vgl. § 47, 106 f.

3. Mehrheiten und Berechnung

Schrifttum

Rob. Fischer Zur Anwendung von § 181 BGB im Bereich des Gesellschaftsrechts, Festschrift Hauß (1978) S. 61 ff; *Fleck* Stimmrechtsabspaltung in der GmbH?, Festschrift Rob. Fischer (1979) S. 107 ff; *Hübner* Interessenkonflikt und Vertretungsmacht (1977); *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965); *Wilhelm* Stimmrechtsausschluß und Verbot des Insichgeschäfts, JZ 1976, 674; *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963).

49 a) **Dreiviertelmehrheit der Stimmen.** Abs. 2 S. 1 schreibt für Gesellschaftsvertragsänderungen *mindestens* Dreiviertelmehrheit der Stimmen vor (zu höheren Satzungser-

---

[97] Im Ergebnis übereinst. BGHZ 80, 76, 78 = NJW 1981, 1160 (*Schweizer* Notar); bestätigt in BGH ZIP 1989, 1052, 1054 f; LG Köln DB 1989, 2214; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 40; Rowedder/*Zimmermann* 36 f; weitergehend *Lutter/Hommelhoff* 12, die auch das sog. *lateinische* Notariat einbeziehen; für den *spanischen* Notar *Löber* RIW 1989, 94 ff; für den *englischen* Notar *Stauch* S. 124 f; vgl. auch OLG Düsseldorf DB 1989, 569, das die Gleichwertigkeit der Beurkundung durch einen *niederländischen* Notar beiläufig bejaht, jedoch bereits die Ortsform für hinreichend hält; weit. Nachw. bei MünchKomm.-*Spellenberg* BGB², EGBGB Art. 11, 48; aA – gegen Gleichwertigkeit bei Beurkundung durch Schweizer Notar – AG Köln DB 1989, 2014 und 2423; AG Fürth GmbH-Rdsch. 1991, 24, 25; *Bredthauer* BB 1986, 1868 f; *Heckschen* DB 1990, 163 ff; vgl. auch LG Ulm Rpfleger 1988, 108 betr. US-amerikanischen Notar und Belehrung nach § 8 Abs. 3; differenzierend Scholz/*H. P. Westermann* Einl. 94.

[98] Unstr., vgl. nur OLG Neustadt GmbH-Rdsch. 1952, 58 m. zust. Anm. *Ballerstedt*; Scholz/*Priester* 73.

[99] Str., wie hier namentlich Scholz/*K. Schmidt* § 47, 85, 89; aA insbes. § 47, 97 (*Hüffer*) m. umf. Nachw. des Meinungsstands.

[100] Vgl. BGHZ 49, 183, 194 = NJW 1968, 743 (allerdings unter Voranstellung, daß die Vollmacht „grundsätzlich ... zu ihrer Gültigkeit der Schriftform" bedürfe).

[101] BGHZ 49, 183, 194 = NJW 1968, 743.

fordernissen, insbes. auch bei der Änderung von Satzungsklauseln, die auf höhere Mehrheiten abstellen, vgl. Rdn 82 ff, 87); eine Sperrminorität wird demgemäß erst bei *mehr* als 25% der Stimmen erreicht. Die Mehrheit bestimmt sich anders als im Aktienrecht (§ 179 Abs. 2 S. 1 AktG) nicht nach dem Kapital, sondern nach den **Stimmen** der an der Beschlußfassung teilnehmenden Gesellschafter. Nach § 47 Abs. 2 gewähren jede 100 DM eines Geschäftsanteils eine Stimme. Satzungsrechtliche Abweichungen hiervon wie Stimmrechte nach Köpfen, Mehrstimmrechte oder stimmrechtslose Beteiligungen bestimmter Geschäftsanteile sind zulässig (§ 47, 89).

50 Für die **Berechnung** der Mehrheit zählen nur die *abgegebenen gültigen Ja- und Nein-Stimmen* unter Ausschluß von Stimmenthaltungen, angefochtenen oder nicht wirksam durch Dritte vertretenen Stimmen (§ 47, 14). Nicht mitgezählt werden weiter Stimmen von Gesellschaftern, die an der Abstimmung nicht teilnehmen (zum Nichteingreifen von § 47 Abs. 4 bei Satzungsänderungen vgl. jedoch Rdn 53). Da es gesetzliche Vorschriften über die Beschlußfähigkeit der Gesellschafterversammlung nicht gibt, kann beim Fehlen satzungsrechtlicher Beschlußfähigkeitsregelungen (§ 47, 6) schon eine kleine Minderheit, ggf. sogar ein einzelner Gesellschafter (§ 47, 5), satzungsändernde Beschlüsse fassen, sofern nur alle Gesellschafter form- und fristgerecht geladen sind und die Satzungsänderung ordnungsgemäß angekündigt wurde (§ 51, 4 ff, 14 f, 18). Zur Möglichkeit späterer Aufhebung des Beschlusses vgl. Rdn 73, zum Zustimmungserfordernis nach Abs. 3 vgl. Rdn 74 ff, zur Stellung eines am Anteil dinglich Berechtigten Rdn 76.

51 Auf die **Feststellung** des Beschlußergebnisses durch den Versammlungsleiter kommt es abweichend von § 130 Abs. 2 AktG für das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Satzungsänderungsbeschlusses **nicht** an[102]; es genügt die notarielle Beurkundung (Rdn 42 ff). Ist das Erreichen der *Dreiviertelmehrheit zu Unrecht festgestellt* und beurkundet, so muß der Mangel durch Anfechtungsklage geltend gemacht werden (dazu näher Anh § 47, 190 ff). Für den umgekehrten Fall, bei unzutreffender Verneinung der tatsächlich erreichten Dreiviertelmehrheit, kann die Anfechtung des ablehnenden Beschlusses mit der Klage auf Feststellung verbunden werden, daß der beantragte Beschluß gefaßt worden ist (eingeh. zur „positiven Beschlußfeststellungsklage" Anh § 47, 244 ff). Das rechtskräftige Urteil ist geeignet, die nach § 53 Abs. 2 S. 1 erforderliche notarielle Beurkundung zu ersetzen[103].

52 Das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit der Stimmen ist zum Schutz der Minderheit **zwingend**[104]. Zulässig sind zwar Satzungsregelungen, die **höhere** Mehrheiten oder sonstige Erfordernisse vorsehen (Abs. 2 S. 2, vgl. Rdn 82 ff), nicht aber solche über geringere Mehrheiten. Satzungsrechtliche Stimmrechtsregelungen abweichend von § 47 Abs. 2 werden durch die zwingende Geltung von Abs. 2 S. 1 nicht berührt (Rdn 3). – Abweichende, auf die einfache Mehrheit abstellende Satzungsänderungsvorschriften finden sich gelegentlich in gesetzlichen Übergangsregelungen (vgl. § 51 DMBilG 1949, § 56 a DMBilG 1990, § 6 Abs. 2 MitbestG iVm § 97 Abs. 2 S. 4 AktG und § 37 Abs. 1 S. 2 MitbestG, Art. 12 § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHÄndG).

53 **b) Stimmhindernisse.** Der Stimmrechtsausschluß des § 47 Abs. 4 findet auf Beschlüsse über Satzungsänderungen nach ganz hM **keine** Anwendung[105]. Das entspricht

---

[102] Vgl. näher § 48, 61; nicht eindeutig noch BGHZ 15, 324, 329 = NJW 1955, 220.

[103] BGHZ 76, 191, 199 = NJW 1980, 1465 (für die AG); Baumbach/Hueck/*Zöllner* 36 aE; im Ergebnis auch Scholz/*Priester* 80; aA noch Voraufl. 51.

[104] Begr. RegE 1892, S. 3753; vgl. auch Rdn 3.

[105] Vgl. § 47, 166; Scholz/*K. Schmidt* § 47, 112 f; *Wilhelm* JZ 1976, 674, 675, jew. m. weit. Nachw.; zur Beschlußfassung über Kapitalerhöhung und Bezugsrecht der Gesellschafter vgl. § 55, 10 und 35.

dem von RG und BGH in ständ. Rspr. betonten Grundsatz, daß die Stimmverbote des § 47 Abs. 4 nicht für Entscheidungen über Angelegenheiten des innergesellschaftlichen Lebens gelten, bei denen jeder Gesellschafter aufgrund seines Mitgliedschaftsrechts von der Sache her zur Mitwirkung berufen ist[106]. Mag die Formel für Grenzfälle auch wenig aussagekräftig sein (zur Kritik vgl. namentlich *Zöllner* Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 227 ff), so trifft sie für Satzungsänderungen doch den Kern. Denn bei ihnen geht es nicht um den durch § 47 Abs. 4 geregelten Interessenkonflikt zwischen GmbH und einzelnem Gesellschafter, sondern um die *innergesellschaftliche Willensbildung*[107]. Hieran bei Beschlußfassung über Satzungsänderungen teilzunehmen, kann dem Gesellschafter auch dann nicht verwehrt sein, wenn er an der Satzungsänderung ein persönliches Interesse hat; andernfalls würden die Stimmgewichte in der GmbH unvertretbar verschoben. Der Verfolgung gesellschaftsfremder Sonderinteressen bei der innergesellschaftlichen Willensbildung ist deshalb im Rahmen von Satzungsänderungen nicht durch extensive Interpretation von § 47 Abs. 4, sondern durch die Anerkennung beweglicher Stimmrechtsschranken (Rdn 56 ff) Rechnung zu tragen.

c) **Verbot des Selbstkontrahierens.** Vom Anwendungsbereich des § 47 Abs. 4 zu unterscheiden ist das Eingreifen von § 181 BGB im Falle von Abstimmungen über Satzungsänderungen, auch wenn die Grundgedanken beider Regelungen übereinstimmen[108]. Für die Regelung des § 181 BGB von Bedeutung ist sowohl die Abstimmung eines **Gesellschafters** zugleich als Vertreter eines Mitgesellschafters (Selbstkontrahieren) als auch diejenige eines **Dritten** als Vertreter von zwei oder mehr Gesellschaftern (Mehrvertretung). Die frühere Rechtsprechung des BGH, die eine Anwendung von § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse mit Rücksicht auf deren Natur als „Sozialakt" generell ablehnte[109], ist inzwischen zu Recht überholt[110]. Nach zutreffender hM findet § 181 BGB kraft teleologischer Reduktion zwar keine Anwendung auf solche Gesellschafterbeschlüsse, die Maßnahmen der Geschäftsführung und sonstige gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten im Rahmen des bestehenden Gesellschaftsvertrags betreffen, da hier der in § 181 BGB vorausgesetzte Interessenwiderstreit beim Vertreterhandeln typischerweise nicht gegeben ist[111]. Anderes gilt jedoch für Beschlüsse über die Gesellschaftsgrundlagen, darunter namentlich *Satzungsänderungen*; bei ihnen greift § 181 BGB uneingeschränkt ein[112]. Das hat inzwischen im Anschluß an seine Rechtsprechung zum Eingreifen von § 181 BGB bei der Beschlußfassung über die Änderung von Personengesellschaftsverträgen[113] auch der BGH für das GmbH-Recht festgestellt[114]. **54**

Folge des Eingreifens von § 181 BGB ist, daß Gesellschafter oder Dritte sich an Abstimmungen über Satzungsänderungen nicht mit den Stimmen von zwei oder mehr **55**

---

[106] BGHZ 18, 205, 210 = NJW 1955, 1716; 48, 163, 166 f = NJW 1967, 1963; BGH LM § 47 Nr. 21 = BB 1974, 432, 433; BGH GmbH-Rdsch. 1977, 81, 82; ähnlich schon RGZ 60, 172, 173 und 74, 276, 278.

[107] So zutr. namentlich *Wilhelm* JZ 1976, 674, 675 f unter Herausarbeitung der Parallelen zwischen § 47 Abs. 4 und § 181 BGB.

[108] Vgl. *Wilhelm* aaO (Fn 107).

[109] BGHZ 33, 189, 191 = NJW 1960, 2285; BGHZ 52, 316, 318 = NJW 1970, 33.

[110] So (für die Änderung von Personengesellschaftsverträgen) zutr. BGHZ 65, 93, 95 ff = NJW 1976, 191; zur Kritik am Begriff „Sozialakt" vgl. auch *Rob. Fischer* Festschrift Hauß (1978) S. 61, 76 und BGH NJW 1976, 1538, 1539; zum GmbH-Recht vgl. BGH WM 1988, 1333, 1335.

[111] BGHZ 65, 93, 97 f = NJW 1976, 191; § 47, 112 f.

[112] HM, vgl. § 47, 112 f; Scholz/*K. Schmidt* § 47, 180; Scholz/*Priester* 96; *Flume* I/1 § 14 IX S. 253; MünchKomm.-*Thiele* BGB[2] § 181, 17; *Hübner* Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, S. 278; wohl auch *Wilhelm* JZ 1976, 674, 677; aA Baumbach/Hueck/*Zöllner* § 47, 33; *Roth* § 47, 4.2.5.; *Rob. Fischer* Festschrift Hauß (1978) S. 78 f; *Röll* NJW 1979, 629.

[113] BGHZ 65, 93, 95 f = NJW 1976, 191; BGH LM § 138 HGB Nr. 8 = NJW 1961, 724; BGH NJW 1976, 958, 959 und 1538, 1539.

[114] BGH WM 1988, 1335, 1337.

Personen beteiligen können; stattdessen bedarf es der Mitwirkung eines Pflegers. Ein Verstoß gegen § 181 BGB führt zum Ausschluß der Vertretungsmacht und damit zur Unwirksamkeit der von dem Vertreter abgegebenen Stimmen (§ 47, 109). Anderes gilt bei Vorliegen einer der **Ausnahmen** von § 181 BGB. So wird namentlich in der Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters zur Stimmabgabe bei Satzungsänderungen regelmäßig der *konkludente Verzicht* auf das Verbot des Selbstkontrahierens liegen[115]. Bei gesetzlicher Vertretungsmacht scheidet diese Möglichkeit aus; hier kann ein Verstoß jedoch dann entfallen, wenn der gesetzliche Vertreter mit der Stimmabgabe eine Verbindlichkeit des Vertretenen (dazu Rdn 70) erfüllt[116].

4. Schranken der Mehrheitsherrschaft

Schrifttum

Rob. Fischer Die GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Pro GmbH (1980) S. 137 ff; *Hirte* Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung (1986); *G. Hueck* Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958); *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970); *Lindacher* Übergangsregelung nach Art. 12 § 1 GmbH-Novelle und GmbH-Innenrecht, in: *Roth* Die Zukunft der GmbH (1982) S. 47; *Lutter* Materielle und formelle Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses – Besprechung der Entscheidung BGHZ 71, 40 (Kali und Salz), ZGR 1979, 401; *ders.* Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980) 84 ff; *ders.* Zur inhaltlichen Begründung von Mehrheitsentscheidungen, ZGR, 1981, 171; *Martens* Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH (1970); *ders.* Der Ausschluß des Bezugsrechts: BGHZ 33, S. 175, Festschrift Rob. Fischer (1979) S. 437 ff; *ders.* Die GmbH und der Minderheitenschutz, GmbH-Rdsch. 1984, 265; *Rehbinder* Treuepflichten im GmbH-Konzern – Besprechung der Entscheidung BGHZ 65, 15, ZGR 1976, 386; *Reuter* Die „Wesenselemente" der Personengesellschaft in der neueren Rechtsprechung, GmbH-Rdsch. 1981, 129; *Schockenhoff* Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluß (1988); *Timm* Der Mißbrauch des Auflösungsbeschlusses durch den Mehrheitsgesellschafter, JZ 1980, 665; *ders.* Zur Sachkontrolle von Mehrheitsentscheidungen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1987, 403; *H. P. Westermann* Grundsatzfragen des GmbH-Konzerns, in: Der GmbH-Konzern (1976) S. 25 ff; *Wiedemann* Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, 392; *ders.* Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, 147; *M. Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988); *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963).

56 a) **Grundsatz.** Das für Gesellschafterbeschlüsse der GmbH geltende, nach Maßgabe von § 53 auch für Satzungsänderungen einschlägige *Mehrheitsprinzip* eröffnet der Gesellschaftermehrheit grundsätzlich die Möglichkeit, auf die Rechtsposition von Minderheitsgesellschaftern einzuwirken. Daraus folgt die Notwendigkeit, die Minderheit vor Mehrheitsentscheidungen zu schützen, die ihre Interessen einseitig benachteiligen. Das gilt zumal deshalb, weil die Gestaltung der Gesellschaftsverhältnisse mangels einer dem § 23 Abs. 5 AktG entsprechenden Norm weitergehend als im Aktienrecht zur Disposition der Gesellschafter steht. Der Ausübung der Mehrheitsherrschaft sind deshalb **Schranken** zu ziehen. Hierüber besteht heute im Grundsatz mit Recht Einigkeit[117]. Systematisch ist dabei im Anschluß namentlich an *Zöllner*[118] zwischen *starren*,

[115] BGH NJW 1976, 958, 959 und 1538, 1539; § 47, 116; Scholz/*Priester* 96; MünchKomm.-*Thiele* BGB[2] § 181, 17.

[116] Zutr. BGH LM § 138 HGB Nr. 8 = NJW 1961, 724; vgl. außerdem *Gustavus* GmbH-Rdsch. 1982, 10, 12 ff.

[117] Vgl. schon RGZ 132, 149, 163 (zur AG); weiter BGHZ 14, 25, 37 f = NJW 1954, 1401; 65, 15, 18 f = NJW 1976, 191; 71, 40, 44 ff = NJW 1978, 1316; 80, 69, 71 ff = NJW 1981, 1512; 83, 319, 322 = NJW 1982, 2444; BGH ZIP 1988, 301, 303; vgl. auch BGHZ 85, 350, 361 f = NJW 1983, 1056 (zur Umwandlung einer KG in eine AG durch Mehrheitsbeschluß); aus dem Schrifttum vgl. Scholz/*K. Schmidt* § 45, 104, § 47, 26 ff; *Wiedemann* GesR I § 8, S. 412 ff, 424 ff; *K. Schmidt* GesR § 16 II, III, § 21 II; *M. Winter* Treubindungen, S. 130 ff; dazu auch oben § 14, 52 ff, 67 ff und § 47, 192 ff.

[118] Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 97, 287 ff.

beim Vorliegen gesetzlich typisierter Voraussetzungen eingreifenden Schranken (Rdn 57 ff) und sog. *beweglichen*, von einer wertenden Beurteilung des Einzelfalls abhängigen Schranken (Rdn 62 ff) zu unterscheiden. Während sich erstere insbes. aus dem Kernbereich mitgliedschaftlicher Rechte ableiten lassen, gehören zu letzteren vor allem die aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Rdn 64) und der Treupflicht folgenden Grenzen der Mehrheitsherrschaft. Neben diesen Schranken ist der allgemeine Mißbrauchsvorbehalt, unter dem jede Stimmrechtsausübung steht (Rdn 69), zu beachten. Hinzukommen schließlich die zwingenden Schranken der §§ 134, 138 BGB; ein gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßender Beschluß ist unabhängig davon, mit welcher Mehrheit er zustande kommt, nichtig[119].

b) Mehrheitsfester Bereich (starre Schranken). In bestimmte mitgliedschaftliche Rechtspositionen kann die Mehrheit entweder überhaupt nicht oder nur mit Zustimmung des Betroffenen eingreifen; insoweit besteht ein Mehrheitsentscheidungen nicht zugänglicher Bereich individueller Gesellschafterrechte. Sofern Mehrheitsbeschlüsse diesen Bereich berühren, sind sie entweder nichtig oder, falls sie durch Zustimmung des betroffenen Gesellschafters noch wirksam werden können, schwebend unwirksam. **57**

Schlechthin nichtig, selbst mit Zustimmung des Betroffenen, sind Eingriffe in die zum Kernbereich der Mitgliedschaft zählenden **unverzichtbaren**, d. h. absolut unentziehbaren Mitgliedschaftsbefugnisse. Dazu gehören namentlich die gesetzlichen Minderheitsrechte auf Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 50), auf Auskunft und Einsicht (§ 51 a), auf Erhebung der Auflösungsklage (§ 61) sowie auf Bestellung von Liquidatoren durch das Gericht (§ 66), ferner die Befugnis zum Austritt aus wichtigem Grund (Anh § 34, 44), zur Erhebung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse (Anh § 47, 190 ff) sowie im Grundsatz das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung (§ 48, 13)[120]. Ein in diese Rechte eingreifender Beschluß ist stets nichtig (Anh § 47, 51). **58**

Grundsätzlich mehrheitsfest ist auch der Kreis der zum **Kernbereich der Mitgliedschaft** gehörenden „Grundmitgliedschaftsrechte". Dazu zählen nach ganz hM das Stimmrecht, das Gewinnrecht und das Recht auf den anteiligen Liquidationserlös bzw. das Abfindungsguthaben bei Ausscheiden aus der Gesellschaft, sowie naturgemäß die Mitgliedschaft selbst[121]. Jedenfalls die *Entziehung* dieser Rechte kommt vorbehaltlich eines wichtigen Grundes *nur mit Zustimmung* des Betroffenen in Betracht[122]. Streitig ist dagegen, ob es der Zustimmung auch bei bloßer *Einschränkung* dieser Gesellschafterrechte bedarf. Die Frage ist für *unmittelbar* kernbereichsrelevante Eingriffe grundsätzlich zu bejahen[123]. Derartige Satzungsänderungen wie etwa die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels oder die Einführung von Höchststimmrechten bedürfen als unmittelbare Eingriffe in das Gewinn- bzw. das Stimmrecht in aller Regel der Zustimmung der nachteilig betroffenen Gesellschafter. Entsprechendes gilt für die nachträgliche Einführung einer Beschränkung der Abfindung unter den vollen Verkehrswert des Anteils für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft (dazu näher § 34, 77 ff). Soweit es demgegenüber um lediglich *mittelbare* Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft geht, etwa eine Änderung von Gewinn- und Stimmrecht **59**

---

[119] Vgl. dazu Anh § 47, 51 und 53.

[120] Vgl. BGH WM 1989, 63, 64; Scholz/*Winter* § 14, 32; Scholz/*Priester* 43; näher dazu oben § 14, 28 mit weit. Nachw.

[121] Vgl. Scholz/*Winter* § 14, 35 f; Scholz/*Priester* 46; abw. aber *Lutter/Timm* NJW 1982, 418 (für Beschränkung auf materielle Beschlußkontrolle).

[122] Ganz hM, vgl. die Nachw. in Fn 121.

[123] Zutr. M. *Winter* Treubindungen, S. 138 f; im Ergebnis so wohl auch Scholz/*Winter* § 14, 36; etwas anders die Akzentuierung bei Scholz/*Priester* 46 (Zustimmungspflicht bei Eingriff in den Kernbereich der o. g. Rechte).

infolge von Kapitalveränderungen, sind sie nur an den beweglichen Schranken der materiellen Beschlußkontrolle (Rdn 62 ff) zu messen. Bedarf danach ein Beschluß der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters, so ist er bis zu deren Erteilung schwebend unwirksam. **Ausnahmen** gelten dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für den fraglichen Beschlußgegenstand eine Mehrheitsentscheidung ausdrücklich zuläßt[124] oder wenn ein wichtiger Grund zur Einschränkung oder Entziehung des Gesellschafterrechts gegeben ist[125].

60 Entsprechende Grundsätze wie in Rdn 59 gelten für Beschlüsse, die geeignet sind, die mit bestimmten Geschäftsanteilen verbundenen **Vorzugsrechte** und die einzelnen Gesellschaftern persönlich eingeräumten **Sondervorteile** zu beeinträchtigen[126]. Das folgt aus § 35 BGB, der im GmbH-Recht analoge Anwendung findet[127], sowie daraus, daß die Gläubigerposition des begünstigten Gesellschafters der Satzungsautonomie entzogen ist. Echte *Drittgläubigerrechte* der Gesellschafter stehen insoweit den Sondervorteilen gleich. Bei fehlender Zustimmung sind Eingriffe in die Rechtsposition des berechtigten Gesellschafters unwirksam (vgl. Anh § 47, 21).

61 Der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedürfen schließlich gemäß § 53 Abs. 3 alle Satzungsänderungen, die auf eine **Vermehrung der** den Gesellschaftern auferlegten **Leistungspflichten** zielen; die Norm enthält insoweit die Ausprägung eines allgemeinen verbandsrechtlichen Grundsatzes (dazu Rdn 74).

62 **c) Materielle Beschlußkontrolle (bewegliche Schranken). aa) Rechtlicher Ansatz.** Auch soweit einem satzungsändernden Mehrheitsbeschluß keine starren Schranken nach Maßgabe des vorstehend Ausgeführten gezogen sind, ist die **Mehrheitsherrschaft nicht grenzenlos**; das Mehrheitsprinzip vermag eine *inhaltliche Richtigkeitsgewähr* nicht immer zu bieten. Ein Satzungsänderungsbeschluß ist m. a. W. nicht allein deshalb hinreichend legitimiert, weil er mit einer Mehrheit von Dreivierteln der abgegebenen Stimmen zustandegekommen ist. Dem läßt sich weder das Argument entgegensetzen, der einzelne Gesellschafter habe sich mit seinem Beitritt dem Mehrheitsdiktat unterworfen[128], noch auch der Hinweis darauf, die Minderheitsmeinung fließe bei ordnungsgemäßem Beschlußverfahren in den Entscheidungsprozeß mit ein, auch wenn die Mehrheit sich ihr nicht anschließe[129]. Nicht ohne weiteres zutreffend ist schließlich auch die Erwartung, die Inhaber der Stimmrechtsmehrheit würden schon im eigenen Interesse, zur Abwehr von sie selbst treffenden Vermögensnachteilen, stets die im Interesse des Verbands und damit auch in demjenigen der Minderheit liegende Entscheidung treffen[130]. Soweit der Mehrheit die Rechtsmacht eingeräumt ist, im Wege der Beschlußfassung, namentlich zum Zwecke der Satzungsänderung, auf die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Minderheit einzuwirken, besteht daher grundsätzlich das Bedürfnis, die Mehrheitsentscheidung einer über den Mindeststandard der §§ 134, 138 BGB[131] hinausgehenden materiellen Beschlußkontrolle zu unterziehen. Hierüber

---

[124] Die Mehrheitsklausel in der Satzung muß dann allerdings Art und Umfang der Eingriffsbefugnis hinreichend genau bestimmen; zutr. *Schilling/Winter* Festschrift Stiefel (1987) S. 670 f; zur entspr. Voraussetzung bei § 53 Abs. 3 vgl. unten Rdn 74. Eine generelle Unterwerfung unter den Mehrheitswillen ist demgegenüber unwirksam; vgl. zum Ausschlußrecht eines GmbH-Gesellschafters nach freiem Ermessen jetzt auch BGH NJW 1990, 2622, 2623.

[125] Vgl. Scholz/*Winter* § 14, 38; Scholz/*Priester* 46.

[126] Vgl. Scholz/*Priester* 47.

[127] AA im Grundsatz Scholz/*Winter* § 14, 31; wie hier aber RGZ 80, 385, 389; Scholz/*Priester* 47.

[128] Zutr. *Fuchsel* BB 1972, 1536 f.

[129] Im Ergebnis ebenso Scholz/*Priester* 54.

[130] So aber noch RGZ 68, 235, 245 f (Hibernia) m. krit. Anm. *Bondi* DJZ 1908, 1007.

[131] Hierauf abstellend die Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. RGZ 107, 202, 204; 108, 41, 43; 112, 14, 17 ff; 132, 119 ff.

herrscht heute im Grundsatz Einvernehmen[132]. Nur soweit entweder die Beschlußfassung wegen der Art des Beschlußgegenstands und der hierüber getroffenen gesetzlichen Regelung im freien Ermessen der Mehrheit stehen soll (vgl. Rdn 68 f) oder soweit nach dem Beschlußgegenstand eine Beeinträchtigung von Rechtspositionen der Minderheit ausscheidet (etwa bei der Änderung von Sitz und Firma der Gesellschaft)[133], bewendet es bei den formellen Beschlußanforderungen nach Maßgabe der §§ 53, 54.

63 Für die **Konkretisierung** der beweglichen Schranken ist zunächst davon auszugehen, daß der für das Personengesellschaftsrecht noch vereinzelt anzutreffende Standpunkt[134], die Gesellschafter seien auf der Ebene der Vertragsänderungen bei Abgabe ihrer Stimme grundsätzlich frei und müßten ihre eigenen Interessen nicht hinter denen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter zurückstellen, unstreitig überholt ist. Auf das Kapitalgesellschaftsrecht, das der Gesellschaftermehrheit mit dem Mehrheitsprinzip stärkere Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsstellung der Minderheit eröffnet und den aus dem Einstimmigkeitserfordernis des Personengesellschaftsrechts folgenden Minderheitenschutz nicht gewährleistet, ließe sich dieser Standpunkt auch dann nicht übertragen, wenn er für Gesellschafterbeschlüsse in der OHG oder KG noch Geltung beanspruchen könnte. Eine *Überspannung des Minderheitenschutzes* enthält zwar die aus der gesellschafterlichen Treupflicht abgeleitete These, der Gesellschafter müsse seine eigenen Interessen generell hinter diejenigen der Gesellschaft zurückstellen[135]. Sie trifft uneingeschränkt nur für die Ausübung *uneigennütziger* Gesellschafterrechte zu, darunter insbes. für das Stimmrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten[136]. Aber auch die Ausübung *eigennütziger* Gesellschafterrechte muß jedenfalls dem allgemeinen **Mißbrauchsverbot** Rechnung tragen. Mißbräuchlich ist namentlich die Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter; dieser in § 243 Abs. 2 AktG gesetzlich normierte Grundsatz findet auch im GmbH-Recht Anwendung[137]. Wesentliche praktische Bedeutung kommt dieser Schranke indessen schon deshalb nicht zu, weil in den einschlägigen Fällen unabhängig vom Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale dieses Sondertatbestands meist auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. Rdn 64 und eingeh. § 14, 67 ff) gegeben ist. Darüber hinausgehend muß die Mehrheit aber auch die sich aus der **Treupflicht** gegenüber den Mitgesellschaftern ergebenden Schranken beachten (Rdn 67). Sie lassen sich abstrakt nicht hinreichend definieren; insoweit ist vielmehr auf die Kommentierung zu den einzelnen Beschlußgegenständen zu verweisen (vgl. Rdn 90 ff).

64 bb) **Gleichbehandlungsgrundsatz.** Eine wesentliche bewegliche, je nach Lage des Falles konkretisierungsbedürftige Schranke (Rdn 56) ist der Mehrheitsherrschaft durch den auch im GmbH-Recht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz (dazu eingeh. § 14,

---

[132] Vgl. aus der Rechtsprechung schon RGZ 132, 149, 163 (zur AG); BGHZ 14, 25, 37 f = NJW 1954, 1401; 65, 15, 18 f = NJW 1976, 191; 76, 352, 357 = NJW 1980, 1278; BGH NJW 1981, 1512; Scholz/*Priester* 54 ff; *Hüffer* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff § 243, 40 ff; *Zöllner* Schranken S. 28 ff; *Wiedemann* GesR Bd. I, § 8, S. 404 ff, 424 ff; *M. Winter* Treubindungen S. 135 ff, 141 ff; *Timm* ZGR 1987, 415 ff; jew. mit weit. Nachw.

[133] Vgl. nur *M. Winter* Treubindungen S. 154.

[134] Vgl. die Nachw. bei *M. Winter* Treubindungen S. 131 Fn 2.

[135] So aber noch Voraufl. § 14, 25 (*Schilling*); wohl auch *Rob. Fischer* in Pro GmbH (1980) S. 137, 158 f; anders mit Recht BGHZ 14, 25, 38 = NJW 1954, 1401; BGH GmbH-Rdsch. 1970, 232; Scholz/*Priester* 54.

[136] Zur Unterscheidung zwischen uneigennützigen und eigennützigen Gesellschafterrechten und zu den deutlich schwächer ausgeprägten Treupflichtbindungen bei Ausübung letzterer vgl. näher Münch-Komm.-*Ulmer* BGB[2] § 705, 186 f und *M. Winter* Treubindungen S. 19 ff, 26 ff, 121 ff.

[137] Vgl. BGHZ 14, 25, 38 = NJW 1954, 1401; 76, 352, 357 = NJW 1980, 1278; BGH ZIP 1988, 301, 304; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 108 (allgemeiner verbandsrechtlicher Grundsatz).

67 ff) gezogen[138]; das gilt auch ohne ausdrückliche Regelung nach Art von § 53 a AktG. Eine Satzungsänderung, die einen Gesellschafter gegenüber den Mitgesellschaftern rechtlich benachteiligt, namentlich ihn in seinen Mitgliedschaftsrechten ungleich beeinträchtigt, muß der Betroffene trotz Erreichens der satzungsändernden Mehrheit nicht hinnehmen, wenn die Ungleichbehandlung nicht sachlich gerechtfertigt ist. Einer Ungleichbehandlung von Ungleichem steht der Grundsatz demgegenüber nicht entgegen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz enthält m. a. W. ein **Willkürverbot**; seinen Hauptanwendungsbereich hat er im Rahmen von Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen (vgl. § 55, 46, § 58, 27; näher zu den einschlägigen Fallgruppen § 14, 74 ff).

65 Den **Maßstab** für die Gleichbehandlung bilden nicht die persönlichen (außergesellschaftlichen) Verhältnisse der Gesellschafter, sondern ihre **Mitgliedschaft** in der GmbH; in erster Linie kommt es auf den Nennbetrag der Beteiligungen an[139]. Die von der Ungleichbehandlung betroffenen Gesellschafter sind nicht gehindert, der sie benachteiligenden Satzungsänderung zuzustimmen und so auf die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu *verzichten*[140]. Das ist namentlich bei der nachträglichen Einführung von Sonderrechten zugunsten einzelner Gesellschafter von Bedeutung[141]. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt allerdings nur eine objektive Gleichbehandlung der Gesellschafter; er vermag keinen Schutz davor zu bieten, daß die Folgen der gleichmäßigen Behandlung einzelne Gesellschafter stärker treffen als andere. So kann es etwa bei einem Ausschluß aller von der Teilnahme an einer Kapitalerhöhung liegen, wenn die Verwässerung der Beteiligungsquote bei der Minderheit zu dem Verlust von quotenabhängigen Minderheitsrechten führt. Für einen effektiven Minderheitenschutz ist deshalb weitergehend der Treupflichtansatz fruchtbar zu machen.

66 Verletzt ein Satzungsänderungsbeschluß den Gleichbehandlungsgrundsatz, so ist er nicht nichtig, sondern unterliegt der **Anfechtung**. Die Gesellschaft ist, wenn die Mehrheit sich auf sachlich rechtfertigende Gründe für die Ungleichbehandlung beruft, hierfür darlegungs- und beweispflichtig[142].

67 cc) **Treupflicht und sachliche Rechtfertigung.** α) **Meinungsstand.** Der **Bundesgerichtshof** hat in der zum Bezugsrechtsausschluß in der AG ergangenen Entscheidung BGHZ 71, 40 ff = NJW 1978, 1316 (Kali + Salz) die Anforderungen an einen strukturändernden Mehrheitsbeschluß dahin konkretisiert, die Maßnahme müsse im Gesellschaftsinteresse sachlich gerechtfertigt sein, insbes. müsse sie sich als erforderlich und verhältnismäßig erweisen[143]. Auf das **GmbH-Recht** hat der BGH das Erfordernis sachlicher Rechtfertigung als Maßstab der materiellen Inhaltskontrolle in BGHZ 80, 69 f = NJW 1981, 1512 (Süssen) übertragen. Danach ist die Befreiung eines Gesellschafters von einem statutarischen Wettbewerbsverbot nur zulässig, wenn sie im Gesellschaftsinteresse ihre sachliche Rechtfertigung findet. Abweichend hiervon hat der BGH im Falle eines auf Auflösung einer GmbH zielenden Beschlusses entschieden. Insoweit

---

[138] Eingeh. G. *Hueck* Grundsatz gleichmäßiger Behandlung S. 305 ff, 345 ff; *Wiedemann* GesR Bd. I, § 8 II 2, S. 427 ff; *K. Schmidt* GesR, § 16 II 4, S. 346 ff; *Zöllner* Schranken S. 301 ff; vgl. außerdem die Nachw. in § 14 vor Rdn 7.

[139] RGZ 68, 210, 213.

[140] Unstr., vgl. nur Scholz/*Priester* 55.

[141] Dazu *Lutter/Timm* NJW 1982, 418.

[142] Vgl. näher Anh § 47, 221.

[143] Bestätigt in BGHZ 83, 319, 322 = NJW 1982, 2444 zum genehmigten Kapital; vgl. – weniger streng – demgegenüber noch BGHZ 33, 175, 186 = NJW 1961, 26; außerdem RGZ 132, 149, 162 = JW 1931, 2951 (Victoria) m. Anm. *Hachenburg*, wo immerhin bereits aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses mittelbar über die in der Gesellschaft gebundenen Vermögenswerte der Minderheit zu beschließen, eine Bindung der Mehrheit anerkannt wurde, „im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen".

hat er die Auffassung vertreten, der Auflösungsbeschluß trage seine Rechtfertigung in sich; komme er mit der gesetzlich gebotenen Beschlußmehrheit zustande, so bedürfe er im übrigen keiner sachlichen Rechtfertigung[144]. In concreto wurde der Beschluß sodann freilich wegen Treupflichtverletzung und unzulässiger Verfolgung von Sondervorteilen für nichtig erklärt[145].

In der Literatur ist die Rechtsprechung des BGH, soweit sie sich auf den *Bezugsrechtsausschluß* bezieht, im Grundsatz auf ganz überwiegende Zustimmung gestoßen[146]. Streitig ist dagegen die Frage, ob und inwieweit der darin entwickelte Kontrollmaßstab über den Fall des Bezugsrechtsausschlusses hinaus auf alle *anderen* strukturändernden Gesellschafterentscheidungen zu übertragen ist, oder ob, wie der BGH in seinen Entscheidungen zur Auflösung inzident bejaht hat, Ausnahmen vom Gebot sachlicher Rechtfertigung anzuerkennen sind. Nach einer namentlich von *Wiedemann* und *Martens* vertretenen Auffassung ist auch für Grundlagenentscheidungen grundsätzlich kein ermessensfreier Spielraum der Gesellschaftermehrheit anzuerkennen; vielmehr sollen Mehrheitsbeschlüsse ausnahmslos auf ihre sachliche Rechtfertigung im Gesellschaftsinteresse hin zu überprüfen sein[147]. Die *überwiegende* Auffassung in der Literatur plädiert demgegenüber für einen differenzierenden Kontrollansatz, der im Grundsatz der in der BGH-Rechtsprechung angelegten Zweiteilung entspricht: danach ist zwischen solchen Beschlüssen, die einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen, und solchen, die durch das qualifizierte Beschlußquorum bereits hinreichend legitimiert und von der Minderheit beim Fehlen besonderer Umstände (Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile u. a.) hinzunehmen sind, zu unterscheiden[148]. Hinsichtlich der Frage, an welchem Maßstab sich die Abgrenzung der sachlich zu rechtfertigenden von den nicht rechtfertigungsbedürftigen Entscheidungsgegenständen zu orientieren hat, besteht allerdings kein Einvernehmen (vgl. auch Anh § 47, 123 ff). **68**

β) Stellungnahme. Der vom BGH mit Zustimmung der hM in der Literatur vorgenommenen Differenzierung zwischen Grundlagenbeschlüssen mit nachteiligen Auswirkungen zu Lasten der Minderheit, die sachlicher Rechtfertigung bedürfen, und solchen, die im freien Ermessen der qualifizierten Mehrheit stehen, ist im Grundsatz zu folgen. Dabei bildet die *erste* Gruppe angesichts der umfassenden Bedeutung der Treupflicht und ihrer Ausstrahlung auf die Stimmabgabe den **Regelfall**. Soll abweichend hiervon auf das Erfordernis sachlicher Rechtfertigung verzichtet werden, so müssen sich dafür besondere Anhaltspunkte aus der Art des Beschlußgegenstands und der für ihn gelten- **69**

---

[144] BGHZ 76, 352, 353 = NJW 1980, 1278. Für die AG so jetzt auch BGHZ 103, 183, 190 = NJW 1988, 1579 m. Anm. *Timm* NJW 1988, 1582; OLG Frankfurt WM 1991, 681, 685; *Bommert* JZ 1988, 509; zu abw. Ansichten in der Literatur vgl. die Nachw. in Fn 147.

[145] Vgl. die eingeh. Analyse der Entscheidung BGHZ 76, 352 bei *M. Winter* Treubindungen S. 154 ff.

[146] Vgl. Scholz/*Priester* § 55, 52 ff; Baumbach/Hueck/*Zöllner* § 55, 15; *Lutter* ZGR 1979, 401 ff; *Lutter/Timm* NJW 1982, 415; *Martens* Festschrift Rob. Fischer (1979), S. 437 ff; für die AG *Hüffer* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 243, 51 f; *Hirte* Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung S. 20 ff; *M. Winter* Treubindungen S. 141 ff; *Schokkenhoff* Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung S. 26 f; vor der Entscheidung Kali + Salz schon *Zöllner* Schranken S. 349 ff, auf den die vom BGH gewählte Formel zurückgeht.

[147] *Wiedemann* GesR Bd. I, § 8 III 1 a, S. 444 ff; *ders.* ZGR 1980, 157 und JZ 1989, 447, 448 f; *Martens* Festschrift Rob. Fischer (1979), S. 455; *ders.* GmbH-Rdsch. 1984, 265, 269 f; *Bischoff* BB 1987, 1061.

[148] Vgl. – mit Differenzierungen im Detail – namentlich *Lutter* ZGR 1981, 171 ff; *Timm* JZ 1980, 667 ff; *ders.* ZGR 1987, 415 ff; *Hirte* Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung S. 138 ff; *M. Winter* Treubindungen S. 135 ff; *Schockenhoff* Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung S. 97 ff; *Fette* GmbH-Rdsch. 1976, 73, 76; aus der Kommentarliteratur vgl. Scholz/*K. Schmidt* § 47, 29; Scholz/*Priester* 54; *Hüffer* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 243, 51 ff.

den gesetzlichen Regelung ergeben. Solche eine **Ausnahme** vom Erfordernis sachlicher Rechtfertigung tragende Gründe liegen im Fall des *Auflösungsbeschlusses* in der darin verkörperten Vertragsbeendigungsfreiheit der qualifizierten Mehrheit sowie in der minderheitenschützenden Funktion der Liquidationsvorschriften der §§ 66 ff[149]. Im Fall eines *Umwandlungsbeschlusses* nach § 24 iVm §§ 9 ff UmwG gilt entsprechendes angesichts des – die Interessenabwägung vorwegnehmenden – hohen Mehrheitserfordernisses des § 9 Abs. 1 S. 1 UmwG und der zwingenden Abfindungsregelung in § 13 S. 2 und 3 UmwG[149a]. Sonstige Grundlagenbeschlüsse, die trotz nachteiliger Auswirkungen für die Minderheit dem freien Ermessen der Mehrheit überlassen sein sollen, sind im GmbH-Recht nicht ersichtlich[149b]. Das gilt auch für die Zustimmung zu einem Unternehmensvertrag mit der GmbH als beherrschter Gesellschaft, falls sie mit qualifizierter Mehrheit sollte beschlossen werden können, da es im GmbH-Recht an besonderen Schutzvorschriften nach Art der §§ 304 bis 307 AktG für diese Fälle fehlt und deren analoge Anwendung zumindest nicht uneingeschränkt möglich ist (vgl. Anh § 77). Auch soweit die Beschlußfassung nach diesen Kriterien ausnahmsweise im freien Ermessen der Mehrheit steht, bleibt der Minderheit das Recht vorbehalten, den Mehrheitsbeschluß wegen etwaiger ihm anhaftender besonderer Mißbrauchselemente anzufechten[149c]. Entsprechendes gilt für das Recht zur Anfechtung wegen Verfolgung gesellschaftsfremder Sondervorteile (Anh § 47, 115 ff), sofern es nicht durch spezialgesetzliche Regelung nach Art des § 13 S. 1 UmwG ausgeschlossen ist.

5. Mitwirkungs- (Zustimmungs-)pflichten der Gesellschafter?

Schrifttum

M. Winter Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988) S. 175 ff; *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963). Vgl. auch die Schrifttumsnachw. vor Rdn 56.

70 Soweit es um die Mitwirkung an Gesellschafterbeschlüssen geht, folgt aus der gesellschaftlichen Treupflicht (Rdn 67 ff) nicht nur das Verbot mißbräuchlichen oder grob eigennützigem Stimmverhaltens, sondern je nach Lage des Falles auch eine **Pflicht zur positiven Stimmabgabe**. Das ist im *Personengesellschaftsrecht* seit langem anerkannt. Dort hat die höchstrichterliche Rechtsprechung wiederholt auch eine Verpflichtung bejaht, *Vertragsänderungen* zuzustimmen, falls diese mit Rücksicht auf das Gesellschaftsinteresse *dringend erforderlich* und für den betroffenen Gesellschafter *zumutbar* sind[150]. Gegen die Übertragung dieses Maßstabes zumindest auf die personalistisch ausgestaltete GmbH[151] bestehen im Grundsatz keine Bedenken. Das entspricht

---

[149] Vgl. dazu auch Anh § 47, 126 ff (*Raiser*) sowie eingehend *M. Winter* Treubindungen S. 156 ff, 163 ff (in Auseinandersetzung mit sonstigen Differenzierungskriterien).

[149a] Zutr. *M. Winter* Treubindungen S. 163 ff (mit zutr. Differenzierung gegenüber Verschmelzungsbeschlüssen nach § 20 KapErhG, für die diese Ausnahme nicht gilt); im Erg. auch *Lutter* ZGR 1981, 177, 181; aA *Timm* ZGR 1987, 437 ff, 440.

[149b] Das gilt auch für den *Verschmelzungsbeschluß* nach § 20 KapErhG, da die Minderheit gesetzlich nicht gegen die mit der Verschmelzung verbundenen Nachteile der prozentualen Verminderung ihrer Mitgliedschaftsrechte geschützt ist und der Gesetzgeber insoweit keine ausgleichenden Regelungen getroffen hat (ebenso *M. Winter* Treubindungen S. 165 f und im Erg. *Timm* AG 1982, 106 f).

[149c] Vgl. dazu BGHZ 76, 352, 353 ff = NJW 1980, 1278; 103, 185, 193 = NJW 1988, 1579; *Lutter* ZHR 153 (1989) 446, 450 ff.

[150] Vgl. dazu näher *Ulmer*-GroßkommHGB[4] § 105, 244 ff m. umf. Nachw. der Rechtsprechung.

[151] Ausdrücklich gegen eine Beschränkung hierauf *M. Winter* Treubindungen S. 178; ähnlich *K. Schmidt* GesR § 5 IV 1 a, S. 101.

dem Standpunkt der ganz hM in der Literatur[152]; es ist inzwischen auch vom BGH, freilich für den Sonderfall einer Kapitalerhöhung bei einer Alt-GmbH zur Vermeidung der Auflösungsfolge nach Art. 12 § 1 Abs. 1 S. 1 der GmbH-Novelle 1980, bejaht worden[153]. Diesen Entscheidungen ist zuzustimmen, da die fraglichen Kapitalerhöhungen zur Sicherung des Bestands der Gesellschaft zwingend erforderlich und für den Gesellschafter in concreto ohne jeden Nachteil waren (dazu noch § 55, 31). Im Unterschied zum Recht der Personengesellschaften wird im **GmbH-Recht** ein Bedürfnis für die Bejahung von Zustimmungspflichten kraft Treupflicht gegenüber der Gesellschaft oder Mitgesellschaftern allerdings weniger häufig in Betracht kommen, weil die Obstruktionsmöglichkeiten der Minderheit aufgrund des geltenden Mehrheitsprinzips de facto geringer sind und weil es zur positiven Beschlußfeststellung im Einzelfall hinreicht, treupflichtwidrige Stimmabgaben als unwirksam zu behandeln[154]. Immerhin kann sich bei entsprechender Verteilung der Stimmrechtsmacht, zumal in einer Gesellschaft mit nur wenigen Gesellschaftern oder wenn kraft Gesetzes oder Satzung die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, die Frage einer Zustimmungspflicht im Einzelfall auch bei der GmbH stellen.

Hinsichtlich der **Voraussetzungen** einer Zustimmungspflicht kraft Treupflicht ist zu **71**
differenzieren[155]. Soweit es lediglich um die Anpassung der gesellschaftsvertraglichen *Geschäftsgrundlage* geht und von ihr der Bestand der Gesellschaft abhängt, ist eine Zustimmungspflicht jedenfalls dann zu bejahen, wenn sich mit der Vertragsänderung kein Eingriff in die Rechtsstellung des jeweiligen Gesellschafters verbindet[156]. Zu denken ist an die Anpassung von Satzungsbestandteilen, die durch das Bundeskartellamt[157] oder durch eine registergerichtliche Unterlassungsverfügung nach § 37 HGB[158] begründet beanstandet worden sind. Soweit die Vertragsänderung dagegen *mittelbar* in die Rechtsstellung des Gesellschafters *eingreift*, muß im Einzelfall zwischen dem Umfang der Gesellschaftsnützlichkeit und der Intensität des Eingriffs abgewogen werden[159]. Ein solcher mittelbarer Eingriff ist, auch wenn den Gesellschafter keine Verpflichtung zur Übernahme eines neuen Anteils trifft, regelmäßig bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen zu bejahen, soweit sich mit ihrer Durchführung eine Änderung des Stimm- und Gewinnverhältnisses verbindet. Unabhängig von den Ergebnissen einer derartigen Abwägung ist für eine Zustimmungspflicht in aller Regel kein Raum, soweit die Vertragsänderung auf einen *unmittelbaren Eingriff* in den Kernbereich der Mitgliedschaft hinauslaufen oder den Verzicht auf ein dem Gesellschafter zustehendes Sonderrecht bedeuten würde[160]; der Gesellschafter kann wegen § 53 Abs. 3 auch nicht kraft Treupflicht zur Übernahme eines neuen Anteils verpflichtet sein[161].

---

[152] Vgl. Scholz/*K. Schmidt* § 47, 31; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 47; *Lutter/Hommelhoff* 18; *Zöllner* Schranken S. 353 f; eingeh. *M. Winter* Treubindungen S. 178 ff; außerdem *Lindacher* aaO S. 52 f; *Lutter* AcP 180 (1980) 105 ff, 109; *H. P. Westermann* in: Der GmbH-Konzern S. 39; *Schaudert/Paul* GmbH-Rdsch. 1970, 7; zurückhaltend aber Scholz/*Priester* 36; *Vogel* Gesellschafterbeschlüsse S. 89; stark einschr. Rowedder/*Zimmermann* 55; *Meyer-Landrut/Miller/Niehus* 8.

[153] BGHZ 98, 276, 283 = NJW 1987, 189; bestätigt in BGH NJW 1987, 3192. Angelegt war die Bejahung einer Zustimmungspflicht kraft Treupflicht bereits in der Entscheidung BGH WM 1970, 904 f; dazu zutr. *M. Winter* Treubindungen S. 176 f.

[154] Dazu und zur positiven Beschlußfeststellungsklage vgl. näher Anh § 47, 245.

[155] Näher *M. Winter* Treubindungen S. 178 ff.

[156] Zutr. BGH aaO (Fn 153); *M. Winter* Treubindungen S. 179 f.

[157] Dazu Scholz/*K. Schmidt* § 47, 31.

[158] Vgl. *M. Winter* Treubindungen S. 179.

[159] So auch BGH NJW 1987, 3192 f; näher *M. Winter* Treubindungen S. 179 f m. Bsp.; zur Zustimmungspflicht bei sanierenden Kapitalerhöhungen vgl. auch *K. Schmidt* ZGR 1982, 524 f.

[160] Zutr. *M. Winter* Treubindungen S. 179 f.

[161] Ganz hM, vgl. § 55, 31 m. Nachw.

72 Auch soweit nach den Feststellungen in Rdn 70, 71 eine Zustimmungspflicht ausscheidet, kann mit Rücksicht auf satzungsrechtliche Beschlußfähigkeitsregelungen aus der Treupflicht immerhin eine **Verpflichtung zur Teilnahme an der Abstimmung** folgen, um die im Interesse der Gesellschaft erforderliche Willensbildung in der Gesellschafterversammlung zu ermöglichen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Satzung für derartige Fälle nicht anderweit Vorsorge trifft, insbes. die Abhaltung einer weiteren Gesellschafterversammlung unter Verzicht auf das Quorum vorsieht[162].

6. Aufhebung des Änderungsbeschlusses

73 **Bis zu Eintragung** entfaltet ein Satzungsänderungsbeschluß noch keine Wirkungen (§ 54 Abs. 3). Er kann deshalb bis dahin von der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ aufgehoben werden; eine Satzungsänderung ist hierin nicht zu sehen. Für den *Aufhebungsbeschluß* gelten weder die Form- noch die Mehrheitserfordernisse des § 53 Abs. 2; es genügt *einfache Mehrheit*[163]. Die Gegenansicht[164] verweist zu Unrecht auf eine Bindungswirkung des Beschlusses im Verhältnis der Gesellschafter untereinander sowie darauf, es dürfe eine geringere Mehrheit nicht den Willen einer größeren zu Fall bringen[165]. Dem steht entgegen, daß die qualifizierte Mehrheit im Zeitpunkt des Aufhebungsbeschlusses gerade nicht mehr gegeben ist, ohne daß der einzelne Gesellschafter im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern an sein ursprüngliches Stimmverhalten gebunden wäre. Wäre es anders, käme eine Beschlußaufhebung selbst mit satzungsändernder Mehrheit nicht in Betracht. Erhöhte Bestandskraft kommt dem Satzungsänderungsbeschluß deshalb erst mit Eintragung zu; bis dahin ist für die Willensbildung in der Gesellschafterversammlung die einfache Stimmenmehrheit nach § 47 Abs. 1 maßgeblich. Die strengere Gegenauffassung überzeugt auch deshalb nicht, weil die Geschäftsführer zur Anmeldung des Beschlusses nicht etwa gesetzlich verpflichtet sind, sondern den Weisungen der Gesellschafter unterliegen (§ 54, 10 f, 22) und daher von der Mehrheit auch zur Rücknahme der Anmeldung veranlaßt werden können[166]. Aus den gleichen Gründen bedarf der Aufhebungsbeschluß auch nicht der Zustimmung besonders betroffener Gesellschafter, selbst wenn der ursprüngliche Beschluß auf Beseitigung von Leistungspflichten oder auf Begründung von Vorzugsrechten zu ihren Gunsten gerichtet war. Soll der Änderungsbeschluß allerdings nicht aufgehoben, sondern seinerseits abgeändert werden, so sind die Vorschriften des § 53 voll einzuhalten[167]. **Nach Eintragung** ändert sich die Rechtslage: für die Wiederherstellung des bisherigen Satzungsinhalts unter Beseitigung der Änderung gelten uneingeschränkt die Vorschriften über Satzungsänderungen. Zur Möglichkeit, die Eintragung der Satzungsänderung durch einstweilige Verfügung zu verhindern, Vgl. § 54, 31.

IV. Qualifizierte Änderungsbeschlüsse

Schrifttum

Martens Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH (1970); *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963).

---

[162] Vgl. zu derartigen Satzungsgestaltungen § 47, 6 und Scholz/*K. Schmidt* § 48, 42.

[163] Vgl. § 47, 38; so auch Scholz/*K. Schmidt* § 45, 33; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 35; *Lutter/Hommelhoff* 27; Rowedder/*Zimmermann* 56; für das Aktienrecht ebenso *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 162 m. weit. Nachw.; Gegenans. vgl. in Fn 164.

[164] So im jüngeren Schrifttum nur Scholz/*Priester* 184, der für den Aufhebungsbeschluß satzungsändernde Mehrheit, nicht jedoch eine notarielle Beurkundung verlangt.

[165] Vgl. Scholz/*Priester* 184.

[166] AA aber Scholz/*Priester* 184, der von seinem Ausgangspunkt aus folgerichtig annimmt, auch die Rücknahmeweisung an den Geschäftsführer bedürfe der satzungsändernden Mehrheit.

[167] Unstr., vgl. nur Scholz/*Priester* 185; *Lutter/Hommelhoff* 27.

1. Vermehrung von Leistungen (Abs. 3)

a) Schutzzweck. Das Erfordernis der betroffenen Gesellschafter im Falle einer für sie zu Leistungsvermehrungen führenden Satzungsänderung ist positiver Ausdruck des allgemein im Gesellschaftsrecht geltenden Grundsatzes, daß zusätzliche Beitrags- oder Sonderpflichten nicht ohne Einverständnis der hiervon Betroffenen eingeführt werden können[168]. Das gilt namentlich auch für die GmbH, bei der die Beitragspflichten der Gesellschafter – von der etwaigen Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 abgesehen – nach gesetzlicher Regel auf die von ihnen übernommenen Stammeinlagen beschränkt sind. Die Gesellschafter können sich zwar in der Satzung zu zusätzlichen Leistungen (Nebenleistungen oder Nachschußpflichten, vgl. §§ 3 Abs. 2, 26) verpflichten. Auch können sie der Mehrheit in satzungsmäßig bestimmten Grenzen die Befugnis erteilen, nachträglich solche zusätzlichen Leistungspflichten einzuführen[169]. Eine generelle Unterwerfung unter den Mehrheitswillen hinsichtlich der Erhöhung bestehender oder der Einführung neuer Verpflichtungen wäre mit dem Schutzzweck des Abs. 3 jedoch zumindest dann nicht vereinbar, wenn ihr nicht ein Austrittsrecht der betroffenen Gesellschafter entsprechend § 27 Abs. 1 gegenüberstünde. **74**

b) Anwendungsbereich. Dem Schutzzweck des Abs. 3 entsprechend ist der Anwendungsbereich der Vorschrift nach ganz hM weit zu ziehen. Hierunter fällt die *Einführung oder Erweiterung aller Arten von Pflichten*, die über das ursprüngliche Beteiligungsrisiko hinausgehen, darunter nicht nur die Begründung von Zahlungs- oder Leistungspflichten, sondern auch diejenige von sonstigen Tätigkeits- und Unterlassungspflichten durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß[170]. Daß die Pflichten für alle Gesellschafter in gleicher Weise gelten sollen, ändert hieran nichts. Unter Abs. 3 fällt allerdings nur die *unmittelbare* Leistungsvermehrung. Mit Recht *verneint* deshalb die hM ein Zustimmungserfordernis im Hinblick auf diejenigen gesetzlichen Verpflichtungen, die sich im Fall mehrheitlich beschlossener Kapitalerhöhungen aus dem dadurch erhöhten Risiko einer *Ausfallhaftung nach §§ 24, 31* ergeben[171] (zum Fall einer nachträglich vereinbarten Einziehungklausel vgl. Rdn 129). Dem mit derartigen Kapitalerhöhungen für die Altgesellschafter verbundenen Risiko ist freilich dadurch Rechnung zu tragen, daß widersprechenden Gesellschaftern ein unverzüglich geltend zu machendes Austrittsrecht im Falle unzumutbarer Risikobelastung eingeräumt wird[172]. **75**

Beispiele von Leistungsvermehrungen bilden Verschärfungen von Einlagepflichten wie die Einführung gesamtschuldnerischer Haftung für ausstehende Stammeinlagen, die Erhöhung von Verzugszinsen iSv § 20, die Verkürzung der in der Satzung geregelten Einzahlungsfristen, ferner die Einführung von Nebenleistungspflichten oder ihre Verschärfung, etwa durch Erhöhung satzungsrechtlich vorgesehener Vertragsstrafen (RGZ 121, 238, 241), eine für die Gesellschafter nachteilige Veränderung der Berechnungsgrundlagen oder der Höhe der von der GmbH für Nebenleistungen zu entrichtenden Vergütung (RGZ 87, 261, 265 f) oder die Begründung von Wettbewerbsverboten der **76**

---

[168] So auch § 707 BGB, § 180 iVm § 54 Abs. 1 AktG; abweichend nur § 16 Abs. 3 GenG, wonach eine Mehrheit von neun Zehnteln ausreicht. Vgl. zum Ganzen *Wiedemann* Gesellschaftsrecht I § 7 IV 1 a S. 393 f; *ders.* ZGR 1977, 690, 692.

[169] RGZ 87, 261, 265 f; RG JW 1916, 126; Scholz/*Priester* 43; vgl. auch oben Rdn 4.

[170] RGZ 87, 261, 265; 121, 238, 241 f; 136, 185, 188; BGHZ 15, 177, 181 = NJW 1955, 178; Scholz/*Priester* 49; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 16; Roweder/*Zimmermann* 45.

[171] Vgl. RGZ 93, 251, 253; 122, 159, 163; Scholz/*Priester* 52; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 17; Roweder/*Zimmermann* 46; vgl. auch oben § 24, 19 f; aA noch 6. Aufl. § 24, 16 ff (*W. Schmidt/Goerdeler*) und *Feine* S. 335 f.

[172] Dafür mit Recht auch LG Mönchengladbach ZIP 1986, 306, 307; Scholz/*Winter* § 24, 10; *K. Schmidt* GesR § 37 V 1, S. 874; vgl. auch oben § 24, 21 m. weit. Nachw.

Gesellschafter (RG JW 1931, 2975) sowie schließlich die Verlängerung einer auf befristete Zeit eingegangenen, mit Nebenleistungs- oder Nachschußpflichten verbundenen Gesellschaft (RGZ 136, 185, 188). Zur Zustimmungsbedürftigkeit von Änderungen des Gesellschaftszwecks vgl. Rdn 103, zu derjenigen bei nachträglicher Einführung der Befugnis zur Zwangseinziehung vgl. Rdn 127 f, zur Einführung oder Umgestaltung des Ausschüttungs-Rückholverfahrens § 55, 90 ff.

77 **Nicht** unmittelbar unter Abs. 3 fällt neben Kapitalerhöhungsbeschlüssen (Rdn 75 aE) die **Verkürzung von Mitgliedschafts- oder sonstigen Vorzugsrechten.** Soweit es in diesen Fällen um die Beschränkung oder den Entzug von Sonderrechten oder von unentziehbaren Rechten geht, ist die Zustimmung der betroffenen Gesellschafter schon nach allgemeinen Grundsätzen erforderlich (Rdn 57 und 59), so daß es einer entsprechenden Anwendung von Abs. 3 nicht bedarf. Im übrigen steht es der Mehrheit aber frei, auch solche Satzungsänderungen zu beschließen, die negative Auswirkungen auf die Mitgliedsrechte einzelner Gesellschafter haben können, solange dadurch nicht gegen Schranken der Mehrheitsherrschaft, namentlich gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Treupflicht (Rdn 64, 67 ff), verstoßen wird[172a]. Zur Frage mehrheitlich beschlossener Kapitalerhöhungen und eines etwaigen Bezugsrechts der Gesellschafter vgl. § 55, 39 ff).

78 c) **Beschluß und Zustimmung.** α) **Grundsatz.** Das Zustimmungserfordernis in Abs. 3 bedeutet *nicht*, daß für Beschlüsse mit leistungsvermehrendem Inhalt das Prinzip der *Einstimmigkeit* gilt. Bei einem sämtliche Gesellschafter belastenden Beschluß reicht selbst Einstimmigkeit nicht aus, sofern sich nicht zugleich sämtliche Gesellschafter an der Abstimmung beteiligen. Andererseits kommt es nicht auf ablehnende Stimmen oder Enthaltungen solcher Gesellschafter an, die nicht selbst von den Leistungsvermehrungen betroffen werden. Vielmehr bleibt es auch bei Satzungsänderungen mit leistungsvermehrendem Inhalt bei dem Erfordernis eines notariell zu beurkundenden, mit **Dreiviertelmehrheit** zu fassenden Gesellschafterbeschlusses nach Abs. 2 S. 1. *Hinzukommen* muß jedoch die – ihrerseits nicht formbedürftige Rdn 79 – **Zustimmung** derjenigen Gesellschafter, die von den Leistungsvermehrungen betroffen sind und nicht bereits in der Gesellschafterversammlung für den Beschluß gestimmt haben (Rdn 41). Ist der fragliche Anteil mit einem *Nießbrauch* oder einem *Pfandrecht* belastet und wirkt sich die Satzungsänderung nachteilig auf die Rechtsstellung des dinglich Berechtigten aus, so bedarf es entsprechend §§ 1071, 1276 BGB auch dessen Zustimmung[173].

79 β) **Form unf Frist.** Im Unterschied zum Gesellschafterbeschluß ist für die Zustimmung als solche eine gesetzliche **Form** in § 53 Abs. 3 nicht vorgesehen[174]. Die Zustimmung kann auch außerhalb der Gesellschafterversammlung, mündlich oder durch schlüssige Handlung, erteilt werden[175]. Aus Gründen der registergerichtlichen Prüfung empfiehlt sich freilich zumindest Einhaltung der Schriftform. Zur Notwendigkeit notarieller Form bei nachträglicher Zustimmung zum Umwandlungsbeschluß vgl. §§ 19 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 1 UmwG.

[172a] Ebenso *Reichert* BB 1985, 1497. Vgl. auch OLG Frankfurt GmbH-Rdsch. 1990, 79, 80 (Aufspaltung einzelner Gechäftsanteile in solche mit Mehrfach- bzw. ohne Stimmrecht bedarf nicht der Zustimmung nicht unmittelbar betroffener Gesellschafter nach § 53 Abs. 3).

[173] Zutr. *Fleck* Festschrift Rob. Fischer (1979) S. 125 f; Scholz/*Priester* 94; Rowedder/*Zimmermann* 41; ähnlich *Wiedemann* Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten S. 418 f; aA oben Anh § 15, 64 (*Zutt*); Baumbach/*Hueck* § 15, 49, 52; Staudinger/*Promberger* BGB[12] Anh §§ 1068, 1069, 90; für die AG *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 179, 167.

[174] EinhM, vgl. nur Scholz/*Priester* 89.

[175] RGZ 121, 238, 244; 136, 185, 189; RG JW 1931, 2975.

Auch eine **Frist** für die Zustimmung ist gesetzlich nicht bestimmt; solange die **80**
Zustimmung noch möglich ist, ist der Beschluß schwebend unwirksam (Rdn 91). Verweigern die betroffenen Gesellschafter die Zustimmung nicht schon von sich aus oder auf Befragen, so kann die Schwebezeit dadurch beendet werden, daß die Mitgesellschafter ihnen entsprechend §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2 BGB eine angemessene, nicht notwendig auf zwei Wochen begrenzte Frist zur Erklärung setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Zustimmung als verweigert gilt[176]. Waren Gesellschafter bei der Beschlußfassung anwesend oder vertreten, ohne für die Satzungsänderung zu stimmen, so ist das im Zweifel als Verweigerung der Zustimmung anzusehen; einer gesonderten Fristsetzung bedarf es dann nicht[177]. Mit Verweigerung der Zustimmung ist der Beschluß endgültig unwirksam (Rdn 81); daher kommt in diesem Fall auch eine nachträgliche Zustimmung nicht mehr in Betracht[178].

d) **Rechtsfolgen nicht erteilter Zustimmung.** Die Verweigerung der Zustimmung **81**
führt *grundsätzlich* zur endgültigen **Unwirksamkeit** des Beschlusses (vgl. Rdn 91, dort auch zur Frage der Heilung nach Eintragung). Fraglich ist, ob statt dessen auch *Teilwirksamkeit* im Verhältnis zu denjenigen Gesellschaftern in Betracht kommt, die für den Beschluß gestimmt haben. Die Frage ist zu verneinen, soweit die Satzungsänderung die organisatorischen Grundlagen der Gesellschaft betrifft, die – wie Verlängerung der Gesellschaftsdauer, Umwandlung in andere Rechtsform u. a. – nur einheitlich für und gegen alle Gesellschafter geregelt werden können[179]. In den sonstigen Fällen, in denen weder der Inhalt noch der Wortlaut des Beschlusses einer Teilwirksamkeit entgegensteht, kommt es auf den erkennbaren *Willen der zustimmenden Gesellschafter* an. Wollen sie die beschlossenen Leistungsvermehrungen zu ihren Lasten auf jeden Fall, ohne Rücksicht auf deren umfassende Geltung, so ist Teilwirksamkeit zu bejahen[180]. Sind derartige besondere, für die Teilwirksamkeit sprechende Umstände nicht erkennbar, so bleibt es bei der dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechenden Gesamtunwirksamkeit[181].

2. Zusätzliche Satzungserfordernisse (Abs. 2 S. 2)

a) **Grundlagen.** Die in Abs. 2 S. 1 genannten Voraussetzungen eines Satzungsände- **82**
rungsbeschlusses sind *zwingende* (Rdn 3) *Mindesterfordernisse*, von denen in der Satzung kein Dispens erteilt werden kann[182] (zur nur mittelbaren Herabsetzung des gesetzlich vorgesehenen Beschlußquorums durch eine vertragliche Abweichung von der Stimmrechtsverteilung nach § 47 Abs. 2 vgl. Rdn 3, 52). Gemäß Abs. 2 S. 2 steht es den Gesellschaftern jedoch frei, Zusatzerfordernisse in der Satzung festzulegen, die eine Satzungsänderung erschweren. Diese Zusatzerfordernisse können für alle Satzungsänderungen statuiert werden, ihre Geltung kann sich aber auch auf bestimmte Änderungsgegenstände beschränken[183]. Ihr **möglicher Inhalt** ist vielfältig. In Betracht kommen namentlich Regelungen, die sich auf die Beschlußmehrheiten beziehen, indem

[176] RGZ 136, 185, 192; Scholz/*Priester* 90.

[177] Zust. Scholz/*Priester* 90; Rowedder/*Zimmermann* 51.

[178] AA Scholz/*Priester* 90.

[179] RGZ 136, 185, 190; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 42.

[180] So im Ergebnis auch Scholz/*Priester* 91; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 42; *Zöllner* Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht S. 112f (auch zur konstruktiven Begründung); vgl. auch § 34, 37 zum Fall mehrheitlich beschlossener Einführung eines Rechts zur Zwangseinziehung; aA – ohne Differenzierung im Zweifel stets für absolute Unwirksamkeit – *Lutter/Hommelhoff* 23.

[181] RGZ 90, 403, 405; RG JW 1931, 1975; Scholz/*Priester* 90; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 42; *Zöllner* Schranken S. 113.

[182] Unstr., vgl. KG NJW 1959, 1446, 1447; Scholz/*Priester* 81.

[183] Zutr. Scholz/*Priester* 81; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 15.

sie eine höhere Stimmenmehrheit oder – so vor allem bei Geschäftsanteilen mit unterschiedlichen Stimmrechten – neben der Stimmen- auch eine bestimmte Kapitalmehrheit verlangen. Auch die einstimmige Beschlußfassung aller erschienenen oder sämtlicher Gesellschafter kann verlangt werden[184]; im Zweifel ist „Einstimmigkeit" im Sinne der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter als Wirksamkeitserfordernis für die Satzungsänderung zu verstehen, d. h. es müssen in der Gesellschafterversammlung alle Gesellschafter für die Änderung stimmen, während die nicht erschienenen oder nicht vertretenen ihre Zustimmung zu diesem Beschluß erklären müssen, wenn dieser wirksam werden soll[185]. Ebenso ist die Klausel auszulegen, die Satzung sei „unabänderlich"[186]; da die Abänderbarkeit der Satzung nicht wirksam ausgeschlossen werden kann, bedarf eine hierauf zielende Klausel der Aufrechterhaltung im Wege der Umdeutung.

83 **Zulässig** ist es, die Satzungsänderung über Abs. 3 hinaus stets von der *Zustimmung bestimmter Gesellschafter* abhängig zu machen und diesen dadurch ein Vorzugsrecht einzuräumen[187]. Zusatzerfordernisse können weiter für das *Beschlußverfahren* vorgesehen werden, so wenn die Satzung die Beschlußfähigkeit von der Erreichung eines Mindestquorums der an der Abstimmung teilnehmenden Stimmen oder des Kapitals abhängig macht, bestimmte Anforderungen an die Ankündigung von Satzungsänderungen bei der Einladung zur Gesellschafterversammlung festlegt oder zusätzliche Formvorschriften wie die Unterschrift des Versammlungsleiters oder aller anwesenden Gesellschafter unter die notarielle Urkunde verlangt.

84 **Unzulässig** ist es demgegenüber, materielle Satzungsänderungen von der *Mitwirkung anderer Organe* als der Gesellschafterversammlung oder von der Zustimmung von *Nichtgesellschaftern* abhängig zu machen[188]. Das folgt aus Abs. 1, der die Änderungskompetenz zwingend (Rdn 2) ausschließlich den Gesellschaftern vorbehält. Sollen derartige Mitspracherechte für bestimmte Personen oder Gebietskörperschaften wirksam begründet werden, so ist das nur auf dem Weg über deren Aufnahme als Gesellschafter möglich. Zu der davon zu unterscheidenden Genehmigungsbedürftigkeit von bestimmten Satzungsänderungen konzessionspflichtiger Gesellschaften vgl. § 54, 20 f, zur Möglichkeit der Gesellschaft, sich Dritten gegenüber zur Vornahme einer Satzungsänderung zu verpflichten, vgl. Rdn 37, zu Stimmbindungsverträgen zwischen Gesellschaftern und Dritten vgl. § 47, 75.

85 Die Zusatzerfordernisse müssen sich als körperschaftliche Bestandteile **eindeutig** aus der Satzungsurkunde selbst ergeben (zur Auslegung des Gesellschaftsvertrags vgl. § 2, 138). Das gilt im Grundsatz auch insoweit, als es um die Änderung von Satzungsklauseln geht, die ihrerseits für bestimmte sonstige Gesellschafterbeschlüsse eine höhere als die Dreiviertelmehrheit vorschreiben; allerdings ergibt sich aus dem objektiv oder aus der Satzung heraus erkennbaren Schutzzweck dieser Klauseln, daß ihre Änderung jedenfalls nicht mit einer geringeren als der darin vorgeschriebenen Mehrheit in Betracht kommt (Rdn 87). Dagegen lassen sich allein aus dem Gesellschaftstyp oder aus einem im übrigen weitgehend atypischen Satzungsinhalt generelle

---

[184] Zutr. Scholz/*Priester* 83; Rowedder/*Zimmermann* 43; für die AG *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 176.

[185] Ausführlich dazu § 47, 20.

[186] Ebenso Scholz/*Priester* 83; Rowedder/*Zimmermann* 43; für die AG *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 44; aA noch *Rob. Fischer*-GroßKommAktG² § 146, 5.

[187] RGZ 169, 65, 81.

[188] Ganz hM, vgl. RGZ 137, 305, 308; RGZ 169, 65, 80; BGHZ 43, 261, 264 = NJW 1965, 1378; Scholz/*Priester* 60 f; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 26; *Lutter/Hommelhoff* 5; Rowedder/*Zimmermann* 43; aA *Roth* 3.4. Zum Sonderfall von Fassungsänderungen vgl. Rdn 27 f.

Zusatzerfordernisse iS von Abs. 2 S. 2 nicht ableiten. Auch für die *personalistisch strukturierte GmbH* ist nichts anderes anzunehmen. Selbst wenn bei ihr eindeutig das partnerschaftliche, durch gleichwertige Stellung der Mitglieder unabhängig von der Kapitalbeteiligung und persönlichen Tätigkeitspflichten gekennzeichnete Element vorherrscht, reicht das nicht aus, um kraft ergänzender Vertragsauslegung Einstimmigkeit für Satzungsänderungen zu verlangen[189].

86 b) **Folgen der Nichteinhaltung.** Werden die satzungsrechtlich vorgeschriebenen zusätzlichen Beschlußmehrheiten nicht erreicht, so ist der Antrag auf Satzungsänderung abgelehnt; ein Änderungsbeschluß liegt nicht vor. Wird ein dahingehender Beschluß dagegen unzutreffend festgestellt und notariell beurkundet, so bedarf es seiner Beseitigung im Wege der Anfechtungsklage (Rdn 51). Beim Fehlen einer satzungsrechtlich vorgeschriebenen *Zustimmung* ist der Beschluß unwirksam. Die Unwirksamkeit wird drei Jahre nach gleichwohl erfolgter Eintragung geheilt, sofern sie nicht bis dahin gerichtlich geltendgemacht ist (Rdn 91). Verstöße gegen Verfahrensregelungen schließlich machen den Beschluß anfechtbar. Die Nichtigkeitsvoraussetzungen des § 241 Nr. 1 und 2 AktG (Rdn 92 f) greifen insoweit nicht ein[190].

87 c) **Änderung der Zusatzerfordernisse.** Sie ist ihrerseits nur unter Beachtung der satzungsrechtlichen Zusatzerfordernisse möglich. Das gilt naturgemäß für diejenigen Satzungsklauseln, die *generell für Satzungsänderungen* zusätzliche Voraussetzungen aufstellen[191]. Ebenso bedarf es aber auch bei Satzungsbestimmungen, die für bestimmte *sonstige Gesellschafterbeschlüsse* (Anteilsübertragung, Aufsichtsratswahlen u. a.) besondere Mehrheiten vorschreiben, zu ihrer Änderung der Einhaltung zumindest der für den entsprechenden Beschluß vorgesehenen höheren Mehrheiten[192]. Andernfalls stünden die betreffenden Klauseln und das durch sie geschützte Interesse der Minderheit zur Disposition der (satzungsändernden) Dreiviertelmehrheit der Gesellschafter. Liegt die für Satzungsänderungen allgemein vorgeschriebene Mehrheit über der für den speziellen Beschlußgegenstand geltenden, so ist das höhere Quorum maßgebend[193].

V. Beschlußmängel

Schrifttum

Baltzer Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht (1965); *Bartholomeyczik* Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß, AcP 144 (1938) 278.

1. Allgemeines

88 Zur Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen vgl. die Erläut. in Anh § 47. Soweit Beschlüsse über **Satzungsänderungen** in Frage stehen, ist als zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung das Eintragungserfordernis des § 54 Abs. 3 zu beachten. Es führt dazu, daß hinsichtlich der Geltendmachung der verschiedenen Arten von Mängeln sowie hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen für die Zeit

---

[189] So aber im Anschluß an *Wieland* Handelsrecht II, S. 320, *Martens* Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH S. 165 ff; wie hier dagegen Scholz/*Priester* 81; vgl. auch *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 154.

[190] Vgl. zum Ganzen näher Anh § 47, 42, 44.

[191] Scholz/*Priester* 84; *Roth* 3.4; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 157.

[192] BGHZ 76, 191, 196 = NJW 1980, 1465; OLG Düsseldorf GmbH-Rdsch. 1964, 250; Scholz/*Priester* 84; *Reichert* BB 1985, 1498; im Grundsatz auch *Zöllner* ZGR 1982, 623, 632 f.; einschr. OLG Stuttgart GmbH-Rdsch. 1974, 257 m. krit. Anm. *Konow*; *Semler* GmbH-Rdsch. 1974, 254, 255.

[193] Zutr. *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 157 f und *ders.* ZGR 1982, 632 f.

vor und **nach** Eintragung zu unterscheiden ist. Dabei ist für ein Eingreifen der aus dem Personengesellschaftsrecht bekannten, auch auf Gründungsmängel der Vorgesellschaft anwendbaren Lehre von der *fehlerhaften Gesellschaft* (§ 2, 86 ff) bei Fehlerhaftigkeit von Satzungsänderungsbeschlüssen mit Rücksicht auf die Besonderheiten von § 54 Abs. 3 kein Raum (näher dazu für fehlerhafte Kapitalerhöhungen § 55, 32).

2. Arten der Mängel

89 a) **Nichterreichen der erforderlichen Mehrheit.** Sie hat grundsätzlich zur Folge, daß der Antrag auf **Satzungsänderung abgelehnt** und der zur Abstimmung gestellte Beschluß nicht zustandegekommen ist. Das kann grundsätzlich von jedermann auf jegliche Weise geltend gemacht werden; insbes. kommt gegenüber der Gesellschaft oder Mitgesellschaftern, die sich einer positiven Beschlußfassung berühmen, die **Feststellungsklage** (§ 256 ZPO) in Betracht (dazu näher Anh § 47, 248 ff).

90 Anderes gilt, wenn das Erreichen der **Dreiviertelmehrheit zu Unrecht festgestellt** oder **notariell beurkundet** ist, etwa infolge Mitzählens nicht wirksam vertretener oder wegen Willensmängeln angefochtener (Rdn 96) Stimmen u. a. Die unzutreffende Beschlußfeststellung oder Beurkundung führt zum Vorhandensein eines Beschlusses und macht seine Vernichtung durch **Anfechtungsklage** erforderlich[194]. Es gelten die allgemeinen Grundsätze über die Beschlußanfechtung (Anh. § 47, 87 ff); durch die Eintragung wird die Anfechtungsbefugnis nicht berührt. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist kann der Mangel nicht mehr geltendgemacht werden; der Beschluß ist voll wirksam. Zur Bedeutung der Anfechtbarkeit für das Eintragungsverfahren und die Prüfungsfunktion des Registergerichts vgl. § 54, 47 f.

91 b) **Fehlen der erforderlichen Zustimmung.** Solange eine nach § 53 Abs. 3, nach § 35 BGB (Rdn 59), wegen Unentziehbarkeit des Rechts (Rdn 61), wegen § 33 Abs. 1 S. 2 BGB (Rdn 103; zum Unternehmensvertrag vgl. außerdem Rdn 145) oder aufgrund zusätzlicher Satzungserfordernisse erforderliche Zustimmung einzelner Gesellschafter aussteht, ist der Beschluß schwebend unwirksam. Wird die Zustimmung verweigert oder nicht innerhalb angemessener Frist erteilt, so tritt endgültige **Unwirksamkeit** ein[195]. Die Unwirksamkeit kann durch **Feststellungsklage** geltend gemacht werden[196]. Das Registergericht hat die Eintragung der Satzungsänderung abzulehnen, solange die Zustimmung nicht nachgewiesen ist. Trägt es dennoch ein, so tritt entsprechend den für nichtige Satzungsänderungen geltenden Grundsätzen (§ 242 Abs. 2 AktG) *Heilung* ein, wenn die Unwirksamkeit nicht innerhalb von drei Jahren nach Eintragung gerichtlich geltendgemacht wird[197].

92 c) **Formelle Mängel.** Die Nichteinhaltung der nach Abs. 2 S. 1 vorgeschriebenen **notariellen Form** macht den Beschluß entsprechend § 241 Nr. 2 AktG **nichtig**[198]; die Nichtigkeit wird entsprechend § 242 Abs. 1 AktG durch Eintragung geheilt (Anh § 47, 79). Dagegen führt der Verstoß gegen eine nicht gesetzlich, sondern nur *satzungsrecht-*

---

[194] Vgl. BGHZ 14, 25, 36 = NJW 1954, 1401; 104, 66, 69 = NJW 1988, 1844; abweichend für den nicht festgestellten oder beurkundeten Gesellschafterbeschluß BGHZ 51, 209, 212 = NJW 1969, 841. Zum Ganzen vgl. näher Anh § 47, 89 ff und o. Rdn 51.

[195] RGZ 136, 185, 192; 148, 175, 186; BGHZ 15, 177, 181 = NJW 1955, 178; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 53 f; Anh § 47, 21 ff m. weit. Nachw. in Fn 44, 45.

[196] BGHZ 15, 177, 181; Anh § 47, 23; Scholz/*K. Schmidt* 59.

[197] Str., vgl. näher *Hüffer* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG § 242, 17 f; dazu auch o. Anh § 47, 23.

[198] Unstr., vgl. RG DR 1939, 721; Anh § 47, 44; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 66; Scholz/*Priester* 66; so auch § 191 Nr. 3 RegE 1971.

lich vorgeschriebene Form nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses[199]. Zur Problematik ausländischer Beurkundung vgl. Rdn 46 f.

Zu den formellen Mängeln gehören auch die **Einberufungsmängel** unter Verletzung **93**
der hierfür in § 51 vorgeschriebenen Erfordernisse (§ 51, 2 ff). Sie haben entsprechend § 241 Nr. 1 AktG die **Nichtigkeit** der gefaßten Beschlüsse zur Folge, wenn entweder nicht alle Gesellschafter eingeladen worden sind oder wenn die Einladung nicht schriftlich erfolgt ist oder keine Angaben über Ort und Zeit der Versammlung enthielt[200]. *Heilung* der Nichtigkeit tritt ein, wenn trotz des Einberufungsmangels sämtliche Gesellschafter anwesend sind (sog. Universalversammlung, dazu § 51, 28 ff), im übrigen mit Ablauf der Dreijahresfrist entsprechend § 242 Abs. 2 AktG. **Sonstige** Einberufungsmängel machen die von der Versammlung gefaßten Beschlüsse nur **anfechtbar** (§ 51, 27). Gleiches gilt bei *schriftlicher Beschlußfassung* ohne das nach § 48 Abs. 2 erforderliche Einverständnis sämtlicher Gesellschafter[201] sowie bei Verletzung satzungsrechtlicher Zusatzerfordernisse für Einberufung und Beschlußverfahren (Rdn 86).

d) **Inhaltliche Mängel.** Inhaltsmängel von Satzungsänderungsbeschlüssen, darunter **94**
namentlich Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Treupflicht (Rdn 64 ff), führen regelmäßig nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur **Anfechtbarkeit** des Beschlusses (Anh § 47, 113 ff). Das folgt aus der entsprechenden Anwendung von § 243 Abs. 1 AktG. **Ausnahmen** gelten analog § 241 Nr. 3 und 4 AktG einerseits bei solchen Satzungsänderungsbeschlüssen, die entweder mit dem Wesen der GmbH nicht vereinbar sind oder gegen Vorschriften zum Schutz der Öffentlichkeit verstoßen (Nr. 3), andererseits bei Beschlüssen mit einem die guten Sitten verletzenden Inhalt (Nr. 4). Diese Verstöße führen zur **Nichtigkeit** mit der Heilungsmöglichkeit entsprechend § 242 Abs. 2 AktG (vgl. näher Anh § 47, 45 ff, 53 f, 80 f). Unter die Ausnahme des § 241 Nr. 3 AktG fallen nicht etwa alle Verstöße gegen zwingendes Recht, namentlich nicht solche gegen Vorschriften, die lediglich dem Minderheitenschutz dienen. Wohl aber ist Nichtigkeit von Satzungsänderungsbeschlüssen anzunehmen bei Verletzung der Vorschriften über die Kapitalaufbringung und -erhaltung (Unterschreitung von Mindestkapital oder -einzahlung, Festsetzung eines Ausgabebetrags unter pari, Ausschluß der Vormänner- und Ausfallhaftung u. a.), bei Firmenänderung unter Verstoß gegen § 4 oder bei satzungsrechtlicher Einschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer entgegen § 37 Abs. 2. Ebenso tritt Nichtigkeit ein bei Verletzung oder Entziehung sog. unverzichtbarer Rechte (vgl. Rdn 61 und Anh § 47, 51). Zur Möglichkeit der Amtslöschung derartiger gleichwohl eingetragener Satzungsänderungsbeschlüsse vgl. § 54, 53 ff.

e) **Willensmängel.** Auf die **Stimmabgabe** in der Gesellschafterversammlung finden **95**
die Vorschriften über Willenserklärungen einschließlich derjenigen für Willensmängel (§§ 116 ff BGB) Anwendung (§ 47, 41)[202]. Hat sich ein Gesellschafter bei der Stimmabgabe geirrt oder hat er unter dem Einfluß einer Täuschung oder Drohung abgestimmt, so kann er die **Anfechtung** nach Maßgabe der §§ 119, 123 BGB erklären; sie muß nach § 143 Abs. 3 BGB dem satzungsmäßigen Leiter der Gesellschafterversammlung, beim Fehlen eines solchen allen Mitgesellschaftern gegenüber vorgenommen werden. Die Anfechtung ist innerhalb der Fristen der §§ 121, 124 BGB auch noch nach Eintragung

---

[199] HM, vgl. Anh § 47, 44 aE m. Nachw.; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 67.

[200] Vgl. näher § 51, 26 m. umf. Nachw.

[201] Zutr. Scholz/*K. Schmidt* § 45, 65.

[202] Vgl. BGHZ 14, 264, 267 = NJW 1954, 1563; OLG München WM 1984, 260, 262; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 22; Baumbach/Hueck/*Zöllner* § 47, 4; *Zöllner*-KölnKommAktG § 133, 24 ff; *Baltzer* Beschluß als rechtstechnisches Mittel (1965) S. 154 f; *Bartholomeyczik* AcP 144 (1938) 287, 327.

des Änderungsbeschlusses in das Handelsregister möglich. Auf die Bestandskraft des Beschlusses hat sie unter den im Folgenden (Rdn 96) genannten weiteren Voraussetzungen freilich nur Einfluß, wenn die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage (Anh § 47, 177 ff) im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung noch nicht abgelaufen ist und die Klage noch innerhalb dieser Frist erhoben wird (zu den engeren Grenzen bei Anfechtung der Beitrittserklärung im Fall der GmbH-Gründung vgl. § 2, 121 ff). Nach diesem Zeitpunkt können Willensmängel nur noch im Rahmen einer Auflösungsklage (§ 61) oder durch Austrittserklärung (dazu Anh § 34, 44) geltendgemacht werden; das setzt voraus, daß es sich um entsprechend schwerwiegende Gründe handelt.

96 Von der gegen fehlerhafte Beschlüsse gerichteten Anfechtungsklage ist die Anfechtung der Stimmabgabe scharf zu unterscheiden[203]. Ihre **Rechtsfolge** besteht unmittelbar nur in der Nichtigkeit der betroffenen Stimme (§ 142 Abs. 1 BGB). Für den Satzungsänderungsbeschluß ist sie nur dann von Bedeutung, wenn dadurch zugleich die erforderliche Dreiviertelmehrheit wegfällt[204]. Ist das der Fall, so handelt es sich um einen **Scheinbeschluß**, der bei notarieller Beurkundung seinerseits der **Anfechtungsklage** unterliegt (Rdn 90) und nur innerhalb der hierfür geltenden, mit §§ 121, 124 BGB nicht identischen angemessenen Frist angefochten werden kann (Anh § 47, 177).

97 3. **Teilnichtigkeit.** Nach hM findet auf Gesellschafterbeschlüsse von Kapitalgesellschaften grundsätzlich § 139 BGB Anwendung[205]; der einem Beschlußteil anhaftende Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund soll sich im Zweifel also auf den ganzen Beschluß erstrecken (zur Rechtslage bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags vgl. § 2, 87). Dem ist nur **mit Einschränkungen** zu folgen, da die Auslegungsregel des § 139 BGB sich nicht ohne weiteres mit den für Gesellschaftsverträge geltenden besonderen, durch das gemeinsame Interesse am Gesellschaftszweck geprägten Auslegungsgrundsätzen verträgt[206]. Danach ergreift die Mangelhaftigkeit eines Beschlußteils zwar die übrigen Teile, wenn diese bei Vernichtung des mangelhaften Teils ihren Sinn verlieren oder erkennbar nur gemeinsam mit jenem gewollt waren. Eine *Vermutung* für Gesamtnichtigkeit ist jedoch *abzulehnen*. Das gilt um so mehr in Fällen, in denen in der gleichen Gesellschafterversammlung mehrere inhaltlich nicht aufeinander bezogene Satzungsänderungen beschlossen und einheitlich beurkundet werden (Anh § 47, 77). Ein Recht, wegen Mangelhaftigkeit eines der Beschlüsse auch die Eintragung der übrigen zurückzuweisen, steht dem Registergericht beim Fehlen von Indizien, die auf Gesamtnichtigkeit bzw. -vernichtbarkeit schließen lassen, nicht zu[207].

VI. Einzelne Satzungsänderungen

1. Firma und Sitz

98 Die **Firma** der GmbH ist notwendiger Satzungsbestandteil (§ 3 Abs. 1 Nr. 1). Ihre Änderung erfordert stets eine Satzungsänderung. Eine **Notwendigkeit zur Änderung** besteht dann, wenn die GmbH das bisher betriebene Unternehmen mit dem Recht der

---

[203] BGHZ 14, 264, 267 = NJW 1954, 1563.

[204] RGZ 115, 378, 384 f; BGHZ 14, 264, 267 f.

[205] RGZ 118, 218, 221 f; 140, 174, 177; BGH NJW 1988, 1214; Anh § 47, 76 (*Raiser*); Scholz/*K. Schmidt* § 45, 22, 42; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 39; *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 7 a; *Zöllner*-KölnKommAktG § 133, 19.

[206] Vgl. MünchKomm.-*Ulmer* BGB[2] § 705, 45 f; wie hier jetzt auch Scholz/*Priester* 46; Rowedder/*Zimmermann* 59.

[207] So auch Scholz/*Priester* 46; für den Fall der GmbH-Gründung auch LG Frankfurt m. abl. Anm. *Groß* Rpfleger 1976, 235; vgl. auch OLG Hamburg ZIP 1990, 1071, 1073 f (für einen Zustimmungsbeschluß nach § 293 Abs. 1 AktG); aA BayObLG DB 1987, 978, das bei uneingeschränkt gestelltem Eintragungsantrag eine teilweise Eintragung für ausgeschlossen hält, wenn nur eine von mehreren Satzungsbestimmungen fehlerhaft ist.

Firmenfortführung veräußert[208] oder verpachtet oder wenn die ursprünglich zutreffende Sachfirma wegen wesentlicher Änderung des Unternehmensgegenstands und entsprechender Irreführungsgefahr für das Publikum unzulässig wird[209]. Gleiches gilt bei Veräußerung der Firma durch den Konkursverwalter[210] (zur Kompetenz des Konkursverwalters, eine Ersatzfirma zu bilden, vgl. § 63, 90 ff) sowie bei rechtskräftiger Untersagung des Firmengebrauchs gegenüber der GmbH. Das Registergericht kann auf die Firmenänderung durch Androhung von Ordnungsstrafen hinwirken (§ 37 HGB, § 140 FGG). Wird die Firma durch eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nachträglich unzulässig, so führt das zur Nichtigkeit der bisherigen Satzungsbestimmung (§ 3, 26); das Registergericht kann dann nach § 144a FGG die Gesellschaft zur Behebung des Mangels auffordern mit Auflösungsfolge bei rechtskräftiger Mangelfeststellung (§ 60 Abs. 1 Nr. 5)[211]. Zum Verhältnis des Firmenmißbrauchsverfahrens zum Amtsauflösungsverfahren vgl. § 4, 102.

99 Keiner Satzungsänderung bedarf es für die nach § 68 Abs. 2 vorgeschriebene Anfügung eines *Liquidationszusatzes* im Abwicklungsstadium (§ 4, 103). Auch das *Ausscheiden eines Gesellschafters*, dessen Name in der Personenfirma der GmbH enthalten ist, macht regelmäßig keine Änderung erforderlich, da die Fortführung der bisherigen Firma in diesem Fall entgegen § 24 Abs. 2 HGB nicht der Einwilligung des Ausscheidenden oder seiner Erben bedarf[212]; anderes gilt bei Veräußerung einer Zweigniederlassung mit dem Recht für den Erwerber, insoweit auch die Personenfirma fortzuführen[213]. Auch die Errichtung einer Zweigniederlassung mit besonderer, von der GmbH-Firma abgeleiteter Firma setzt im Regelfall keine Satzungsänderung voraus, soweit nicht die Firma der Zweigniederlassung wesentlich von derjenigen der Hauptniederlassung abweicht und daher mit Rücksicht auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 ebenfalls in der Satzung enthalten sein muß (vgl. § 4, 72 f; § 12, 14).

100 Auch der Sitz der Gesellschaft ist notwendiger Satzungsbestandteil (§ 3 Abs. 1 Nr. 1); seine Verlegung erfordert daher eine Satzungsänderung. Das gilt freilich nur für die Verlegung des *satzungsmäßigen* Sitzes mit den hieran geknüpften Rechtsfolgen (vgl. § 3, 16 ff). Dagegen ist das nachträgliche *tatsächliche* Auseinanderfallen von satzungsmäßigem Sitz und Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für den Satzungsinhalt grundsätzlich unschädlich. Es führt nur dann zur Nichtigkeit der Satzungsregelungen über den Sitz mit der Rechtsfolge des § 144a FGG, wenn infolge dauernder vollständiger Verlagerung der Geschäftstätigkeit an einen anderen Ort der satzungsmäßige Sitz rein fiktive Bedeutung erlangt[214]. Zur Zulässigkeit eines Doppelsitzes vgl. § 3, 13 ff, zur Auflösungsfolge bei Sitzverlegung ins Ausland § 3, 18.

2. Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck

101 Der Unternehmensgegenstand gehört nach gesetzlicher Wertung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 10 Abs. 1 S. 1, 75 Abs. 1) nicht nur zu den notwendigen, sondern zu den *zentralen*

---

[208] RGZ 107, 31, 33; OLG Stuttgart BB 1983, 1688; dazu § 4, 104.

[209] BayObLG GmbH-Rdsch. 1980, 11, 13; Scholz/*Priester* 123; eingeh. dazu § 4, 29 ff.

[210] OLG Düsseldorf DB 1977, 2274; dazu § 4, 107.

[211] Str., wie hier LG München MittBayNot. 1971, 374 f; *Lutter/Hommelhoff* § 4, 23; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG[12] § 144a, 4; für die AG *Hüffer* in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff § 262, 26 m. weit. Nachw.; aA im Anschluß an BayObLGZ 1979, 207, 208 ff = GmbH-Rdsch. 1980, 11, 13; Scholz/*Priester* 123; Scholz/*Emmerich* § 4, 21; Baumbach/*Hueck* § 4, 54; Rowedder/*Zimmermann* 17; auch Voraufl. § 53, 90.

[212] BGHZ 58, 322, 324 f = NJW 1972, 1419; BayObLG BB 1984, 1507.

[213] BGH BB 1980, 1658; aA OLG Nürnberg DB 1979, 1267.

[214] Dazu § 3,11 m. umf. Nachw.

Satzungsbestandteilen (§ 3, 19); das Fehlen oder die Nichtigkeit der hierauf bezogenen Satzungsregelung bilden einen Grund zur Nichtigerklärung der Gesellschaft (§ 75 GmbHG, § 144 Abs. 1 S. 2 FGG). Dementsprechend werden sowohl bei der Gesellschaftsgründung als auch bei späteren Satzungsänderungen hohe Anforderungen an seine *Individualisierung* gestellt (§ 3, 21 ff). Die Satzungsregelung muß es den beteiligten Wirtschaftskreisen ermöglichen, die Unternehmenstätigkeit der Gesellschaft einem bestimmten Geschäftszweig als abgegrenztem Sachbereich des Wirtschaftslebens zuzuordnen[215] (vgl. die Beispiele in § 3, 23). Soll der Unternehmensgegenstand erweitert oder ausgetauscht werden, bedarf es hierfür einer Satzungsänderung. Für die Beschlußfassung reicht grundsätzlich die **Dreiviertelmehrheit** des Abs. 2 S. 1; der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf es im Regelfall nicht (vgl. aber Rdn 103)[216]. Einer förmlichen Satzungsänderung bedarf auch die Einschränkung des Unternehmensgegenstands. Das ist namentlich deshalb von Bedeutung, weil sich nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung[217] die Reichweite eines die Gesellschafter kraft Treupflicht treffenden Wettbewerbsverbots auch dann nach dem statutarischen Unternehmensgegenstand bestimmt, wenn dieser von der aktuellen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft nicht ausgefüllt wird (zur Frage „faktischer" Einschränkung des Unternehmensgegenstands vgl. Rdn 102).

102 Von der förmlichen Änderung der Satzungsbestimmung über den Unternehmensgegenstand zu unterscheiden ist das **faktische Auseinanderfallen** von tatsächlich ausgeübter Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und statutarischem Unternehmensgegenstand (vgl. auch oben Rdn 38). Insofern ist zu differenzieren: Rechtlich irrelevant ist die *Ausdehnung* der Geschäftstätigkeit auf vom satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand zwar nicht ausdrücklich benannte, als *angrenzende* Bereiche nach der gebotenen objektiven Auslegung aber mitumfaßte Geschäfte. Entsprechendes gilt für einen zeitweiligen *Verzicht* auf bestimmte, vom Unternehmensgegenstand an sich mitumfaßte geschäftliche Betätigungen, wenn das im Rahmen pflichtgemäßer Geschäftsführung veranlaßt ist[218]. Die Geschäftsführer handeln dagegen pflichtwidrig und machen sich ggf. schadensersatzpflichtig, wenn sie die Geschäfte der Gesellschaft auf **fremde**, in der Satzung auch nicht inzidenter angelegte Bereiche ausdehnen oder die eigene erwerbswirtschaftliche Unternehmenstätigkeit der Gesellschaft, namentlich durch Ausgliederung wesentlicher Produktionseinheiten auf Tochtergesellschaften[219], praktisch aufgeben[220] (zur grundsätzlich unbeschränkten Vertretungsmacht im Außenverhältnis vgl. Erläut. zu § 37). Über die auf den Binnenbereich beschränkte Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis seitens der Gesellschafter hinaus kann die Abweichung der faktischen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vom statutarischem Unternehmensgegenstand aber auch Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Satzungsbestimmung und – mittelbar – auf den Bestand der Gesellschaft haben. Wird die tatsächliche Geschäftstätigkeit der Gesellschaft von dem statutarischen Unternehmensgegenstand unter

---

[215] BGH BB 1981, 450; weit. Nachw. in § 3, 21 mit Fn 27.

[216] Ganz hM; vgl. nur Scholz/*Priester* 130; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 14; aA *Großmann* Unternehmensziele im Aktienrecht (1980) S. 27 f; *Scholz*[5] 28.

[217] Vgl. BGHZ 70, 331, 332 f = NJW 1978, 1001; 89, 162, 170 = NJW 1984, 1351 (jew. zur GmbH & Co.); für die GmbH vgl. § 14, 64.

[218] Vgl. dazu RG LZ 1907, 281 (Bau einer Schnitzeltrocknungsmaschine durch eine Rübenzuckerfabrik); RG DR 1939, 721 m. Anm. *Groschuff* (Aufgabe einer Verkaufsniederlassung durch eine Brauerei).

[219] Vgl. dazu insbes. BGHZ 83, 122, 130 = NJW 1982, 1703 (Holzmüller); OLG Hamburg JZ 1981, 231, 232; *Lutter* Festschrift Barz (1974) S. 199, 211; *Mertens* AG 1978, 309, 311 f.

[220] Vgl. BGH NJW 1991, 1681 zur notwendigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bei Änderung einer langjährig praktizierten, für das Unternehmen grundlegenden Geschäftspolitik.

keinem Gesichtspunkt mehr umfaßt und ist die Festlegung in der Satzung demzufolge geeignet, den Rechtsverkehr irrezuführen, so verstößt die Beibehaltung der ursprünglichen Satzungsbestimmung gegen das Verbot der Angabe eines unrichtigen Unternehmensgegenstands; die Regelung in der Satzung wird nichtig mit der Folge der §§ 75 GmbHG, 144 FGG (str., vgl. näher § 3, 26).

Vom Unternehmensgegenstand zu unterscheiden ist der **Gesellschaftszweck** (vgl. näher § 1, 4 ff und § 61, 14). Während jener den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft nach außen definiert, betrifft der Gesellschaftszweck primär das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und die von ihnen mit der Gesellschaft verfolgten Ziele. Wird seine Weiterverfolgung unmöglich, so bildet das einen Auflösungsgrund nach § 61 Abs. 1. Zwar umfaßt beim Betrieb eines Handelsgewerbes der Gesellschaftszweck meist auch den Unternehmensgegenstand; er richtet sich dann auf Gewinnerzielung durch erwerbswirtschaftlichen Betrieb eines Unternehmens in der Rechtsform der GmbH nach Maßgabe seines statutarischen Unternehmensgegenstands, ohne daß dies noch durch eine besondere Satzungsregelung über den Gesellschaftszweck zum Ausdruck kommen muß (§ 1, 9). Abweichend hiervon kann der Unternehmensgegenstand aber auch lediglich das Mittel zur Verfolgung nicht erwerbswirtschaftlicher, insbesondere ideeller oder karitativer Zwecke durch die GmbH bilden. Unabhängig von der Relation zum Unternehmensgegenstand ist der Gesellschaftszweck als notwendig materieller Satzungsbestandteil (§ 1, 9) einer Änderung stets nur durch Satzungsänderung zugänglich. Wegen seiner zentralen Bedeutung für den Zusammenschluß der Gesellschafter bedarf der Änderungsbeschluß außer der satzungsändernden Dreiviertelmehrheit grundsätzlich der *Zustimmung sämtlicher Gesellschafter*, soweit die Satzung keine den Fall der Zweckänderung konkret benennende Mehrheitsklausel enthält[221]. Die entsprechende vereinsrechtliche Vorschrift des **§ 33 Abs. 1 S. 2 BGB** enthält den Ausdruck eines allgemeinen, für alle Personenvereinigungen geltenden Prinzips[222]. Das gilt vor allem für den Übergang vom Gewinnstreben zu idealen oder gemischtwirtschaftlichen Zwekken und umgekehrt[223]. Entsprechendes ist aber auch im Fall einer Änderung des Unternehmensgegenstands anzunehmen, wenn sie zu einer grundlegenden Umgestaltung der Ausrichtung der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft führt und den Gesellschaftszweck dadurch nicht nur mittelbar berührt (vgl. auch § 1, 10). So liegt es etwa, wenn an die Stelle der Produktion eine schlicht vermögensverwaltende Betätigung treten soll. Unter diesem Gesichtspunkt kann auch die Auslagerung sämtlicher Produktionseinheiten im Zuge einer Betriebsaufspaltung eine qualifizierte Satzungsänderung erforderlich machen. Nur wenn Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck voll übereinstimmen, bewendet es für den Änderungsbeschluß bei § 53 Abs. 2 S. 1, es genügt Dreiviertelmehrheit. Zum *Abschluß eines Unternehmensvertrags* vgl. Rdn 120 ff, zur Beschlußfassung über *Auflösung* bzw. *Fortsetzung* der Gesellschaft vgl. § 60, 26 ff. **103**

3. Stammkapital und Stammeinlagen

Der Betrag des **Stammkapitals** ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 notwendig in der Satzung festzusetzen. Seine Änderung erfolgt durch Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung. **104**

---

[221] Vgl. zur entspr. Frage beim Verein BGHZ 96, 245, 248 ff = NJW 1986, 1033 und dazu die Stellungnahme von *Hadding/van Look* ZIP 1986, 749 ff; *Beuthien* BB 1987, 6; *K. Schmidt* BB 1987, 556; *Reuter* ZGR 1987, 475.

[222] HM; vgl. Scholz/*Priester* 175; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 14; *Lutter/Hommelhoff* 21; *Roth* 4.1.4; *Feine* S. 593; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 113 und Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 29 f; *Wiedemann*-GroßkommAktG § 179, 7; anders aber *ders.* Gesellschaftsrecht I, § 3 I 3, S. 156 f.

[223] *Zöllner*-KölnKommAktG² § 179, 144 und Schranken aaO (Fn 222).

Auf die entsprechenden Beschlüsse sind neben den Sondervorschriften der §§ 55 bis 58 auch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 53, 54 über Satzungsänderungen anwendbar (Rdn 5). Einer ausdrücklichen, nach Maßgabe von § 53 Abs. 2 S. 1 beschlossenen Änderung der ursprünglichen Bestimmungen über das Stammkapital bedarf es neben dem Erhöhungs- oder Herabsetzungsbeschluß nicht. Sie ergibt sich als automatische Folge dieses Beschlusses[224] und ist dementsprechend in der nach § 54 Abs. 1 S. 2 einzureichenden Neufassung der Satzung zu berücksichtigen. Kapitalerhöhungsbeschlüsse bedürfen trotz der damit verbundenen Erhöhung des Risikos aus der Ausfallhaftung nicht der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter nach § 53 Abs. 3 (Rdn 75; zur Frage eines Bezugsrechts der Gesellschafter vgl. § 55, 39 ff).

105 Die für die **Gründung** der Gesellschaft notwendigen Stammeinlagepflichten können gem. § 3 Abs. 3 Nr. 4 nur in der Satzung begründet werden; dabei handelt es sich, weil eine Befreiung von der Einlageverbindlichkeit nach § 19 Abs. 2 ausscheidet (zur Inhaltsänderung bei Heilung verdeckter Sacheinlagen vgl. § 19, 116 f), um einen abgeschlossenen, nachträglich nicht abänderbaren Vorgang[225]. Hiervon zu sondern ist die *Anpassung der Satzungsfassung* an die geänderte materielle Rechtslage durch spätere Streichung der Angaben über die bei Gründung übernommenen Stammeinlagen, wenn die Einlageansprüche durch Erfüllung erloschen sind oder die Einlageschuldner im Zuge einer Kapitalherabsetzung Befreiung erlangt haben (vgl. schon oben Rdn 13 m. Nachw.). Soweit **Angaben über Sacheinlagen** in der Gründungssatzung enthalten sind, können diese fünf Jahre nach Eintragung gestrichen werden (str., vgl. § 5, 114); hierfür spricht, daß die mit §§ 5 Abs. 4, 56 Abs. 1 verfolgte Publizitätsfunktion nach diesem Zeitraum in aller Regel ihre Erledigung gefunden hat und mögliche Ansprüche wegen Unterbewertung (§ 9) innerhalb von fünf Jahren verjähren. Zur Beschlußkompetenz und zu den Anforderungen an derartige, von materiellen Satzungsänderungen zu unterscheidende Streichungen inhaltlich überholter Satzungsbestandteile oder sonstige Fassungsänderungen vgl. Rdn 27 f. Betreffend die *Übernahme von Stammeinlagen* im Zuge von **Kapitalerhöhungen** stellt sich die Frage einer Anpassung des Satzungstextes dagegen nicht. Die Übernahme bedarf ohnedies nicht der Aufnahme in die Satzung; das gilt auch für Sachkapitalerhöhungen (§ 56, 26; zur Zulässigkeit der Aufnahme der jeweiligen Gesellschafter vgl. Rdn 14 und § 3, 49).

106 Die **Vereinigung von Geschäftsanteilen** erfolgt nach gesetzlicher Regel nicht automatisch durch Zusammenfassung in einer Hand. Sie ist jedoch trotz § 15 Abs. 2 *zulässig*, wenn die entsprechenden Einlagen voll geleistet und mit den Anteilen auch keine Nachschußpflichten verbunden sind[226]. Um eine Satzungsänderung handelt es sich dabei schon deshalb nicht, weil etwaige Angaben in der Satzung über die Stückelung der Geschäftsanteile nicht zum materiellen Satzungsinhalt gehören (vgl. auch § 55, 18). Daher bedarf auch ein **Beschluß** über die Vereinigung nicht der Mehrheits- oder Formerfordernisse des § 53 Abs. 2. Wird er von der Mehrheit allerdings ohne satzungsrechtliche Ermächtigung gefaßt, so unterliegt er der Anfechtung durch die Inhaber der betroffenen Anteile[227]. Zulässig ist aber auch die Vereinigung voll eingezahlter und nicht mit Nachschußpflichten belasteter Geschäftsanteile durch einseitige *Erklärung des Inhabers* gegenüber der GmbH, soweit dadurch Rechte Dritter nicht betroffen

---

[224] OLG Frankfurt GmbH-Rdsch. 1964, 248 m. zust. Anm. *Pleyer*; OLG Düsseldorf GmbH-Rdsch. 1968, 223; OLG Stuttgart OLGZ 1973, 412, 414; Scholz/*Priester* 149.

[225] RGZ 130, 39, 43; *Feine* S. 592.

[226] Heute einhM; vgl. RGZ 142, 36, 40; BGHZ 42, 89, 91 = NJW 1964, 1954; § 15, 140; Scholz/*Priester* 173; Scholz/*Winter* § 15, 104; Baumbach/*Hueck* § 15, 18.

[227] RGZ 142, 36, 42; § 15, 140 m. Nachw.

werden[228]. Zur Aufstockung von Geschäftsanteilen bei der Kapitalerhöhung vgl. § 55, 22 f, zu ihrer Zusammenlegung im Zuge einer Kapitalherabsetzung vgl. § 58, 23 f, zur Teilung von Geschäftsanteilen vgl. § 17, 3 ff.

Denkbar ist schließlich die **Neubildung von Geschäftsanteilen** ohne gleichzeitige Erhöhung der Kapitalziffer, falls die Nennwerte der Geschäftsanteile den Betrag des Stammkapitals unterschreiten. Eine solche Differenz kann etwa auf der Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 34), auf einer unwirksamen Beitrittserklärung (§ 2, 94 ff, 109) oder auf der unzutreffenden Festsetzung des Stammkapitals (§ 5, 18) beruhen. Entgegen verbreiteter Auffassung[229] bedarf es für die Neubildung keiner einstimmigen Beschlußfassung sämtlicher Gesellschafter (§ 34, 66). Denn aus ihrer Sicht unterscheidet sich der Vorgang nicht von demjenigen einer Kapitalerhöhung[230]. Es genügt daher ein mit Dreiviertelmehrheit gefaßter Neubildungsbeschluß der Gesellschafterversammlung, wobei freilich der Gleichbehandlungsgrundsatz hinsichtlich der Zulassung zur Anteilsübernahme nicht verletzt werden darf (§ 55, 46). Eine Satzungsänderung liegt hierin nicht[231]. **107**

4. Gesellschaftsdauer, Auflösung

Die GmbH ist regelmäßig auf unbefristete Dauer eingegangen; ihre Auflösung richtet sich dann nach §§ 60 bis 62. Sie kann insbesondere auch durch **Gesellschafterbeschluß** erfolgen (§ 60 Abs. 1 Nr. 2); hierin liegt nach allgemeiner Ansicht *keine* Satzungsänderung. Die Satzung (§ 3 Abs. 2) kann aber entweder von Anfang an oder durch späteren Änderungsbeschluß die **Befristung** der Gesellschaftsdauer vorsehen (vgl. näher § 3, 58 ff). Für die nachträgliche *Änderung* einer solchen Befristung, sei es durch Verlängerung, Verkürzung oder Beseitigung der Frist (§ 3, 64), ist eine Satzungsänderung erforderlich. Auch für die nachträgliche *Einführung* einer Befristung bedarf es einer Satzungsänderung[232], soweit nicht wegen der nur kurz bemessenen, nicht über das Geschäftsjahrsende hinausreichenden Frist von einem befristeten Auflösungsbeschluß auszugehen ist[233], der den von §§ 53, 54 abweichenden Anforderungen der §§ 60 Abs. 1 Nr. 2, 65 unterliegt. Eine satzungsrechtliche Befristung der Gesellschaft steht der Wirksamkeit eines ohne Satzungsänderung gefaßten Auflösungsbeschlusses nur dann entgegen, wenn es sich um eine Mindestfrist handelt (str., vgl. § 60, 33). Zur Möglichkeit von Kündigungsregelungen in der Satzung und zum Fortsetzungsbeschluß nach Auflösung der Gesellschaft vgl. Erläut. zu § 60; zur Frage sachlicher Rechtfertigung eines Auflösungsbeschlusses vgl. Rdn 67 ff. **108**

Für die **Mehrheiten** bei Beschlußfassung über die Gesellschaftsdauer gilt grundsätzlich § 53 Abs. 2 S. 1. Der Zustimmung betroffener Gesellschafter bedarf ein Verlängerungsbeschluß nur dann, wenn die Geschäftsanteile mit Nebenleistungs- oder Nachschußpflichten verbunden sind (§ 3, 64)[234]. Ein ohne Zustimmung unentziehbares Recht der Gesellschafter auf Durchführung der Liquidation ist nicht anzuerkennen[235]; anderes gilt, wenn die Satzung ein entsprechendes Sonderrecht für einzelne Gesellschafter enthält. Im Falle einer Verkürzung der Gesellschaftsdauer kommt die Notwendigkeit **109**

---

[228] So überzeugend *Priester* GmbH-Rdsch. 1976, 130, 132 f gegen die hM; vgl. dazu § 15, 142 m. Nachw.

[229] Voraufl. § 34, 63 (*Hohner*); *Gonella* GmbH-Rdsch. 1962, 253, 254; offenlassend KG DR 1943, 1230, 1231; weit. Nachw. oben § 2, 110.

[230] So zutr. *Niemeier* Rechtsfragen und Rechtstatsachen der Einziehung von GmbH-Anteilen (1982) S. 366 ff, 369 f.

[231] BGH NJW 1989, 168, 169.

[232] RGZ 65, 264, 266; Scholz/*Priester* 118.

[233] RGZ 145, 99, 101 f; KG DR 1939, 1166; Scholz/*Priester* 118.

[234] So auch Scholz/*Priester* 119; Rowedder/*Zimmermann* 22.

[235] AA RGZ 136, 185, 190; vgl. dazu näher § 3, 64.

der Zustimmung einzelner Gesellschafter nur dann in Betracht, wenn ihnen in der Satzung ein Sonderrecht auf Fortbestand der Gesellschaft für eine bestimmte Mindestdauer zugestanden ist[236].

5. Geschäftsjahr und Jahresabschluß

110 Das GmbHG enthält keine Regelungen über das **Geschäftsjahr** und schreibt auch nicht vor, daß die Satzung entsprechende Bestimmungen enthalten müsse; nach der auch auf die GmbH anzuwendenden zwingenden Vorschrift des § 240 Abs. 2 S. 2 HGB beträgt die Höchstdauer zwölf Monate (§ 29, 15 ff). Schweigt die Satzung, so fallen Geschäftsjahr und Kalenderjahr zusammen; das erste Geschäftsjahr wird bei Tätigkeitsbeginn im Lauf des Kalenderjahrs zum Rumpfgeschäftsjahr (§ 29, 16). *Abweichungen vom Kalenderjahr* erfordern wegen ihrer Auswirkungen auf Gesellschaftsorganisation, Jahresabschluß und Gewinnverwendung eine **Satzungsregelung**; sie kann auch im Wege der Satzungsänderung eingeführt werden (§ 29, 18)[237]. Eine rückwirkende Änderung des Geschäftsjahrs durch Satzungsänderung nach dessen Ablauf ist ausgeschlossen (str., vgl. Rdn 25); jedoch reicht zur Fristwahrung die Anmeldung der Satzungsänderung vor Geschäftsjahrsabschluß aus, sofern nur die Eintragung alsbald nachfolgt (dazu näher § 29, 18).

111 Der **Jahresabschluß** ist nach der insoweit zwingenden Vorschrift des § 264 Abs. 1 HGB von den Geschäftsführern *aufzustellen*. Eine Übertragung dieser Kompetenz auf andere Organe ist ausgeschlossen. Die nach Maßgabe von § 41 Abs. 3 a. F. eröffnete Möglichkeit, die gesetzliche Dreimonatsfrist für die Aufstellung durch Satzungsregelung auf bis zu sechs, in bestimmten Fällen sogar bis zu neun Monaten verlängern (dazu Voraufl. § 41, 24), ist entfallen: es bewendet nach neuem Recht (§ 264 Abs. 1 S. 3 HGB) bei der Möglichkeit für *kleine* Kapitalgesellschaften iSv § 267 Abs. 1 HGB, den Jahresabschluß bis zu 6 Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres aufzustellen, wenn dies einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entspricht. Abändernden Satzungsbestimmungen ist diese Vorschrift nicht zugänglich. Die Satzung der kleinen Kapitalgesellschaft kann die Aufstellungsfrist auch nicht generell auf 6 Monate festlegen[238]. Die *Feststellung* des Jahresabschlusses obliegt nach gesetzlicher Regel (§ 46 Nr. 1) der Gesellschafterversammlung. Abweichungen in der Satzung sind zulässig (§ 46, 22).

6. Gewinnverwendung und Gewinnverteilung

112 Nach der dispositiven Regelung in § 29 Abs. 1 nF gilt im GmbH-Recht das *Vollausschüttungsgebot*, das freilich unter dem *Vorbehalt eines Thesaurierungsbeschlusses* steht; dieser kann mit einfacher Mehrheit gefaßt werden. Danach haben die Gesellschafter einen (künftigen) Anspruch auf **Ausschüttung des Jahresergebnisses** (§ 29 Abs. 1 S. 1) bzw. des Bilanzgewinns (§ 29 Abs. 1 S. 2), sofern sie nicht dessen Einstellung in die Rücklagen beschließen (§ 29 Abs. 2). Die abweichenden Gestaltungsmöglichkeiten in der **Satzung** sind vielfältig; sie reichen von der Verpflichtung zu vollständiger

---

[236] Vgl. auch § 60, 28 und 31.

[237] So auch Scholz/*Priester* 134; Rowedder/*Zimmermann* 23; aA (gegen das Erfordernis einer Satzungsänderung) KG JW 1926, 599; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 12 (wie hier aber *ders.* KölnKommAktG² § 179, 34 für die AG).

[238] BayObLG WM 1987, 502, 503; Baumbach/Hueck/*Schulze-Osterloh* § 41, 47. – Zu satzungsrechtlichen Bilanzierungsregeln im Rahmen der gesetzlichen Grenzen vgl. im übrigen *Hommelhoff/Priester* ZGR 1986, 472 f und *Hartmann* Das neue Bilanzrecht und der Gesellschaftsvertrag der GmbH (1986) S. 55.

Ausschüttung bis Festlegung umfassender Rücklagendotierung (zu den Einzelheiten vgl. eingeh. § 29, 55 ff).

Auf die Umgestaltung der Gewinnverwendungsregeln zielende Satzungsänderungen können, soweit es nicht um die zustimmungspflichtige Einschränkung des einem Gesellschafter eingeräumten Sonderrechts zur Entscheidung über die Gewinnverwendung geht, grundsätzlich mit **Dreiviertel-Mehrheit** beschlossen werden[239]; es bedarf nicht der Zustimmung aller Gesellschafter[240]. Das gilt nicht nur für den Fall einer Erweiterung des Ausschüttungsrahmens, sondern auch für dessen Einschränkung, so, wenn an die Stelle vollständiger Ergebnisauskehrung eine prozentual bestimmte Rücklagendotierung treten soll. Die Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter ist, da insoweit nur ein mittelbarer Eingriff in den Gewinnbezugsanspruch der Gesellschafter gegeben ist, weder aus § 53 Abs. 3 analog noch aus dem Gesichtspunkt des Schutzes eines mitgliedschaftlichen Kernbereichs abzuleiten[241]. Können danach entsprechende Ausschüttungsbeschränkungen mit qualifizierter Mehrheit durchgesetzt werden, so sind dabei freilich die **Schranken der Mehrheitsherrschaft** zu beachten (Rdn 56 ff). Neben dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Rdn 64), der durch sich gleichmäßig auswirkende Thesaurierungsbestimmungen regelmäßig nicht berührt sein wird, setzt namentlich die Treupflicht willkürlicher Beschlußfassung seitens der Gesellschaftermehrheit Grenzen[242]. Eine die Thesaurierungsquote *erhöhende* Satzungsänderung bedarf danach im Grundsatz der sachlichen Rechtfertigung aus der Sicht des Verbandsinteresses. Sie ist zu bejahen, wenn die Rücklagenbildung zur Erhaltung der Unternehmenssubstanz mittelfristig erforderlich erscheint und nicht außer Verhältnis zur Einschränkung der Gewinnbezugsrechte steht. An diesen Voraussetzungen dürfte es regelmäßig fehlen, wenn die mehrheitlich beschlossene Satzungsregelung die dauernde und vollständige Einstellung des Jahresergebnisses in die Rücklagen vorschreibt[243]. Sofern die Regelung zu einer Beseitigung des mitgliedschaftlichen Gewinnrechts führt, kann sie ohnehin nur mit Zustimmung aller Gesellschafter beschlossen werden (zum Abschluß eines Gewinnabführungsvertrags vgl. Rdn 142, zur Änderung des Gesellschaftszwecks bei Aufgabe der Gewinnerzielungsabsicht vgl. 103). **113**

Die Satzung kann auch die **Gewinnverwendungskompetenz** modifizieren und an Stelle der Gesellschafterversammlung die Zuständigkeit des Aufsichtsrats oder eines anderen Gesellschaftsorgans begründen[244]. Die Entscheidung über die Gewinnverwendung kann auch einzelnen Gesellschaftern als Sonderrecht zugewiesen werden[245]. **114**

Von satzungsrechtlichen Gewinnverwendungsregeln zu unterscheiden sind Satzungsbestimmungen über eine vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende **Gewinnverteilung**. Nach dem gesetzlichen Maßstab des Abs. 3 erfolgt die Gewinnverteilung entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 14, 67 ff) im Verhältnis der Geschäftsanteile; entscheidend ist dabei der Nennwert (näher § 29, 66). Der Gesellschaftsvertrag kann Abweichungen hiervon vorsehen, namentlich auf das Verhältnis der geleisteten Einzah- **115**

---

[239] Zum Sonderfall der Satzungsänderung mit einfacher Mehrheit zur Überleitung auf die Neuregelungen des BiRiLiG bei sog. Altgesellschaften vgl. § 29, 143, 150.

[240] Ganz hM, vgl. Scholz/*Priester* 137; Baumbach/*Hueck* § 29, 37; eingeh. auf der Basis des alten Rechts m. umf. Nachw. M. *Winter* Treubindungen S. 280 ff.

[241] Zutr. M. *Winter* Treubindungen S. 284.

[242] Dazu eingeh. M. *Winter* Treubindungen S. 284 ff und passim.

[243] Ebenso Scholz/*Priester* 137; Baumbach/*Hueck* § 29, 37; Rowedder/*Zimmermann* 47.

[244] Vgl. dazu näher – zurückhaltend – § 46, 23; außerdem Scholz/*K. Schmidt* § 46, 46; *Hartmann* Das neue Bilanzrecht und der Gesellschaftsvertrag der GmbH (1986) S. 165 f.

[245] Zutr. Scholz/*Priester* 136; *Hommelhoff/Priester* ZGR 1986, 503.

lungen abstellen, den Gewinn nach Köpfen verteilen, einzelnen Gesellschaftern eine Vorzugsdividende einräumen oder das Gewinnbezugsrecht für bestimmte Anteile ganz ausschließen. Derartige Regelungen bedürfen, wenn sie im Wege späterer Satzungsänderung eingeführt oder umgestaltet werden sollen, neben einer qualifizierten Beschlußmehrheit der Zustimmung aller nachteilig betroffenen Gesellschafter. Zum Verzicht auf das Erfordernis eines besonderen Gewinnverteilungsbeschlusses durch Satzungsregelung vgl. § 29, 87; zum Ausschüttungs-Rückholverfahren und dessen satzungsrechtlicher Verankerung in Form von Nebenpflichten oder Nachschüssen, die der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, vgl. § 55, 90 ff.

7. Geschäftsführung und Vertretung

116 Satzungsregelungen über Geschäftsführer können zum einen deren **Bestellung** betreffen, insbesondere sich auf die *Zahl* der zu bestellenden Geschäftsführer, auf die *Bestellkompetenz* abweichend von § 46 Nr. 5 (§ 46, 73 ff) sowie auf *Eignungsmerkmale* für die zu bestellenden Geschäftsführer (vgl. näher Erläut. zu § 35) beziehen. Hieran ist die Gesellschafterversammlung gebunden (zur Satzungsdurchbrechung vgl. Rdn 30 ff). Alle diese Regelungen können **auch nachträglich** mit satzungsändernder Mehrheit eingeführt werden. Der Zustimmung bestimmter Gesellschafter bedürfen derartige Änderungsbeschlüsse nur in den Ausnahmefällen, in denen dadurch ein Sonderrecht auf Geschäftsführung betroffen wird (Rdn 21). Erfolgt die Bestellung der ersten Geschäftsführer in der Satzungsurkunde, ohne daß ihnen dadurch ein Sonderrecht auf Geschäftsführung eingeräumt werden soll, so stellt die entsprechende Bestimmung regelmäßig keinen materiellen Satzungsbestandteil dar; der Widerruf der Bestellung oder die Änderung der Anstellungsbedingungen sind dann durch einfachen Gesellschafterbeschluß möglich (vgl. oben Rdn 10). Die Befugnis, die Geschäftsführerbestellung nach § 38 Abs. 2 durch einen mit einfacher Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschluß zu widerrufen, ist zwingend und kann in der Satzung weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden[246].

117 Von diesen die Bestellung der Geschäftsführer betreffenden Satzungsbestimmungen zu unterscheiden sind solche über die Art der Vertretungsmacht und der Geschäftsführungsbefugnis. Hinsichtlich der **Vertretungsmacht** bedarf es einer Satzungsregelung oder -änderung einerseits für *Abweichungen von der* gesetzlich vorgesehenen *Gesamtvertretung* aller Geschäftsführer (§ 35 Abs. 2 S. 2; zu den satzungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten vgl. Erläut. zu § 35), zum anderen für die Befreiung der Geschäftsführer vom *Verbot des Selbstkontrahierens*[247]. Die Satzung muß diese Änderung nicht selbst enthalten, sondern kann sich auf die Regelung einer **Ermächtigung** an die Gesellschafterversammlung oder ein anderes Gesellschaftsorgan beschränken, Abweichungen von § 35 Abs. 2 S. 2 oder Abs. 4 zu beschließen[248]. Wird von der Ermächtigung

---

[246] BGH WM 1983, 83, 84; zur streitigen Frage, inwieweit die Kompetenz zur Abberufung aus wichtigem Grund auf ein anderes Organ übertragen werden kann, vgl. Erläut. zu § 38 und § 46, 75, jew. m. weit. Nachw.

[247] Vgl. BGHZ 87, 59, 60 = NJW 1983, 1676; BayObLG BB 1980, 1442; BB 1981, 869 und GmbH-Rdsch. 1982, 257; OLG Frankfurt BB 1983, 146, 147 und 275, 276; zur Anwendbarkeit von § 181 BGB auch auf das Selbstkontrahieren des Einmanngesellschafter/-geschäftsführers vgl. § 35 Abs. 4.

[248] So für § 35 Abs. 2 S. 2 bisher schon RGZ 164, 177, 183; BGH GmbH-Rdsch. 1975, 201, 202; Voraufl. § 35, 241 (*Mertens*); Scholz/*U. H. Schneider* § 35, 65 f, jew. m. weit. Nachw.; ebenso für § 35 Abs. 4 n. F. jetzt BayObLG 1982, 257 und DB 1984, 1517; Scholz/*U. H. Schneider* § 35, 119; *Schick* DB 1983, 1194; aA anscheinend *Deutler* GmbH-Rdsch. 1980, 145, 146 und *K. Schmidt* NJW 1980, 1769, 1775.

Gebrauch gemacht, so muß die damit verbundene Änderung in der Art der Vertretungsbefugnis nach § 39 Abs. 1 iVm §§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 1 S. 3 zum Handelsregister angemeldet werden[249]. Die Eintragung der Änderung wirkt, da sie die Vertretungsmacht und nicht den Satzungsinhalt betrifft, rein deklaratorisch. Die Änderung selbst wird schon mit der Erteilung der Ermächtigung wirksam, allerdings ist § 15 Abs. 1 HGB einschlägig[250].

Bezüglich der **Geschäftsführungsbefugnis** verzichtet das Gesetz auf eine nähere **118**
Ausgestaltung. Dementsprechend bleibt es den Gesellschaftern auch freigestellt, ob sie in den durch den Unternehmensgegenstand gezogenen Grenzen Regelungen hierüber in die Satzung aufnehmen, durch einfache Gesellschafterbeschlüsse treffen oder im Anstellungsvertrag festlegen wollen (vgl. näher Erläut. zu § 37). Soweit keine derartigen Regelungen getroffen sind, gilt entsprechend § 35 Abs. 2 S. 2 Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Geschäftsführer (Voraufl. § 35, 210).

8. Sonderrechte und -pflichten

Sonderrechte kommen im GmbH-Recht in zweierlei Ausgestaltung vor: als mit dem **119**
Anteil verbundene, dem jeweiligen Inhaber zustehende *Vorzugsrechte* (§ 5, 160 ff) sowie als höchstpersönliche, je nach Gegenstand des Rechts und Inhalt der Vereinbarung auch nach Beendigung der Mitgliedschaft fortbestehende *Sondervorteile* (§ 5, 170 ff).

Beide Arten von Sonderrechten bedürfen zu ihrer **Begründung** der Aufnahme in die **120**
Satzung. Geschieht das nicht bei der Gesellschaftsgründung, sondern im Zuge einer späteren *Satzungsänderung*, so setzt es wegen der darin liegenden Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz die *Zustimmung sämtlicher nicht selbst begünstigter Gesellschafter* voraus[251]. Auf das Zustimmungserfordernis kann nur bei Schaffung solcher Vorzugsrechte verzichtet werden, bei denen allen Gesellschaftern das Recht zusteht, entsprechende mit dem Vorzugsrecht ausgestattete Geschäftsanteile zu gleichen Bedingungen zu erwerben (vgl. näher § 5, 164). Das *Fehlen* der Zustimmung macht den Satzungsänderungsbeschluß wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz *anfechtbar* und nicht etwa, wie bei fehlender Zustimmung zu Eingriffen in den Kernbereich der Mitgliedschaft oder in Sonderrechte (Rdn 59 f), unwirksam (§ 5, 163).

Bei der **Aufhebung** der Sonderrechte ist zu differenzieren. Die Aufhebung von **121**
Vorzugsrechten erfordert einen Satzungsänderungsbeschluß, der entsprechend § 35 BGB zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung sämtlicher dadurch benachteiligter Gesellschafter bedarf (Rdn 60). Sind verschiedene Gattungen von Geschäftsanteilen vorhanden, so genügt nicht etwa die Zustimmung der qualifizierten Mehrheit der Inhaber der betroffenen Vorzugsgeschäftsanteile; § 179 Abs. 3 AktG ist wegen der stärker personalistischen Struktur der GmbH nicht entsprechend anwendbar (§ 5, 165)[252]. Dagegen erfolgt die Aufhebung von **Sondervorteilen** durch Erlaßvertrag (§ 397 BGB) zwischen der GmbH und dem Rechtsinhaber (str., vgl. näher § 5, 182). Eine materielle Satzungsänderung iS der §§ 53, 54 ist hierfür weder erforderlich noch genügend; die Satzung

---

[249] BGHZ 87, 59, 61 f = NJW 1983, 1676; BayObLG GmbH-Rdsch. 1982, 257; Scholz/*U. H. Schneider* aaO (Fn 248).

[250] Zutr. *Ekkenga* AG 1985, 46; vgl. auch OLG München BB 1990, 1581, und *Dreher* DB 1991, 533, 535 ff zur Anwendbarkeit von § 15 Abs. 1 HGB im Fall nachträglicher Geschäftsunfähigkeit eines Mitglieds des Vertretungsorgans.

[251] Unstr., vgl. § 14, 21 (*Raiser*); Scholz/*Priester* 148, 171; Rowedder/*Zimmermann* 48; *Lutter/Timm* NJW 1982, 418.

[252] So auch Scholz/*Priester* 127; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 19.

ist nach erfolgter Aufhebung vielmehr redaktionell zu berichtigen (Rdn 27). Wird gleichwohl mit Zustimmung des Betroffenen eine förmliche Satzungsänderung beschlossen, so ist hierin zugleich der Abschluß des Erlaßvertrags zu sehen. Er wird schon vor Handelsregistereintragung wirksam. – Zur Unverzichtbarkeit von *Minderheitsrechten* vgl. Rdn 58.

122 **Sonderpflichten** kommen in Form von Nebenleistungs- oder Nachschußpflichten in Betracht (vgl. § 3, 65 ff; § 26, 20 ff), jedoch mit der Besonderheit, daß sie nur für einen Teil der Gesellschafter gelten (§ 14, 51). Ihre **Begründung** ist auch nachträglich zulässig (§ 3, 72; § 26, 28). Sie setzt eine Satzungsänderung voraus, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller hiervon betroffenen Gesellschafter nach § 53 Abs. 3 bedarf (Rdn 75). Demgegenüber ist die satzungsändernde **Aufhebung** bestehender Sonderpflichten grundsätzlich ohne Zustimmung der hiervon nicht betroffenen Gesellschafter möglich. Sie verstößt auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da er ein Recht auf Ungleichbehandlung von Ungleichem nicht erfaßt[253].

9. Anteilsübertragung und -vererbung; Vorkaufsrechte

123 Geschäftsanteile sind grundsätzlich frei veräußerlich (§ 15 Abs. 1). Nach § 15 Abs. 5 kann die Satzung hiervon Abweichungen vorsehen; sie kann die **rechtsgeschäftliche Anteilsübertragung** an die Genehmigung der Gesellschaft knüpfen oder sie von sonstigen erschwerenden Voraussetzungen abhängig machen (vgl. näher § 15, 95 ff). Nach hM ist sogar der Ausschluß der Veräußerlichkeit zulässig, dies freilich um den Preis eines Austrittsrechts aus wichtigem Grund, wenn dem Gesellschafter das weitere Festhalten an der Mitgliedschaft nicht zuzumuten ist (§ 15, 4; Anh § 34, 46, 53).

124 Die nachträgliche **Einführung von Abtretungsbeschränkungen (Vinkulierung)** durch Satzungsänderung bedarf außer den sonstigen Erfordernissen der §§ 53, 54 der *Zustimmung sämtlicher Gesellschafter*[254]. Der Gegenansicht, die mangels abweichender Satzungserfordernisse auf die Zustimmung verzichten will[255], ist nicht zu folgen. Es trifft zwar zu, daß weder die freie Veräußerlichkeit ein „Sonderrecht" der Gesellschafter darstellt[256] noch auch ihre Einschränkung zu einer Leistungsvermehrung iS von § 53 von Abs. 3 führt[257]. Wohl aber handelt es sich bei der Veräußerlichkeit um ein zum Kernbereich der Mitgliedschaft gehörendes Recht, in das nur mit Zustimmung der betroffenen Gesellschafter eingegriffen werden kann (Rdn 59)[258]. Für diese Wertung spricht namentlich auch die entsprechende Regelung in § 180 Abs. 2 AktG. – Demgegenüber genügt für die nachträgliche **Aufhebung** von Abtretungsbeschränkungen grundsätzlich ein mit satzungsändernder Mehrheit gefaßter Beschluß[259]. Höhere Mehrheiten oder die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter sind nur dann zu fordern, wenn

---

[253] Vgl. Rdn 64; zust. Scholz/*Priester* 145.

[254] Im Erg. ganz hM, vgl. – mit unterschiedlicher Begründung – RGZ 68, 210, 211 f; OLG Celle GmbH-Rdsch. 1959, 113; Scholz/*Priester* 154; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 18; *Feine* S. 385; *Zöllner* Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht S. 114; *Reichert* BB 1985, 1499; so jetzt auch § 15, 101 (*Zutt*) m. weit. Nachw. in Fn 169.

[255] So Voraufl. § 15, 102 (*Schilling/Zutt*); *G. Schmidt* DB 1955, 162; auch *Wiedemann* NJW 1964, 282, 284 f und *Lutter/Timm* NJW 1982, 416 (bei Vinkulierung zur Aufrechterhaltung der Selbständigkeit der GmbH); auch neuerdings noch *Fette* GmbH-Rdsch. 1986, 75 ff und *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 18 (gegen Zustimmungserfordernis und für Inhaltskontrolle).

[256] So aber RGZ 68, 210, 211 f, obwohl die freie Veräußerlichkeit grundsätzlich für alle Geschäftsanteile gilt.

[257] So aber OLG Celle GmbH-Rdsch. 1959, 114; Rowedder/*Zimmermann* 45; *Möhring* GmbH-Rdsch. 1963, 204; *Immenga* Personalistische Kapitalgesellschaft S. 79.

[258] So auch Scholz/*Priester* 154; *Rob. Fischer* JZ 1956, 362, 363; *Reichert* BB 1985, 1499.

[259] Ganz hM; vgl. Scholz/*Priester* 155; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 18; Rowedder/*Zimmermann* 26; *Reichert* BB 1985, 1498.

die betreffende Satzungsbestimmung für die Genehmigung der Anteilsübertragung über eine 3/4-Mehrheit hinausgehende Erfordernisse, etwa einen einstimmigen Gesellschafterbeschluß oder die Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter vorsah (vgl. Rdn 87 und § 15, 102)[260].

Die **Vererbung** von Geschäftsanteilen ist nach § 15 Abs. 1 uneingeschränkt zulässig. **125**
Sie kann in der Satzung weder ausgeschlossen noch zugunsten bestimmter nachfolgeberechtigter Erben beschränkt werden; auch die satzungsrechtliche Verankerung einer automatischen Einziehung mit dem Tod wird von der hM abgelehnt[261]. Möglich ist es jedoch, für den Fall der Anteilsvererbung Abtretungsverpflichtungen oder Einziehungsermächtigungen in die Satzung aufzunehmen (§ 15, 7 und Anh. § 15, 107 f). Das kann auch durch satzungsändernden Beschluß geschehen, der der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bedarf[262].

Von satzungsrechtlichen Abtretungsbeschränkungen zu unterscheiden sind **Vor-** **126**
kaufs- oder Erwerbsvorrechte zugunsten bestimmter oder aller Mitgesellschafter (vgl. näher § 15, 28 ff und Anh § 15, 26 ff). Sie sollen die Gesellschafter gegen das Eindringen außenstehender Personen schützen, ohne die Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile auszuschließen oder zu beschränken. Ihre *Vereinbarung* bedarf der Form des § 15 Abs. 4. Sollen sie mit dem *jeweiligen* Anteil verbunden sein, so sind sie in die Satzung aufzunehmen[262a]. Aus der Sicht der betroffenen Gesellschafter handelt es sich in diesem Fall um Nebenpflichten iS von § 3 Abs. 2, die nach § 53 Abs. 3 nur mit ihrer *Zustimmung* begründet werden können[263]. Die **Änderung oder Aufhebung** derartiger Satzungsregelungen bedürfen der Zustimmung der Mitgesellschafter, soweit sie für diese zu einer Schmälerung der korrespondierenden Vorkaufs- oder Erwerbsvorrechte führen[264].

10. Einziehung, Ausschließung, Austritt

Schrifttum

Niemeier Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen (1982). Weit. Nachw. vgl. vor § 34.

Die in § 34 vorgesehene **Einziehung** von Geschäftsanteilen ist nach § 34 Abs. 1 nur **127**
aufgrund entsprechender Satzungsregelung zulässig. Die Einführung der Einziehungsbefugnis kann auch **nachträglich** durch Satzungsänderung erfolgen; hierfür gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 53, 54. Fraglich ist, ob der Änderungsbeschluß gem. Abs. 3 der Zustimmung der Inhaber derjenigen Anteile bedarf, auf die sich die Befugnis erstrecken soll. Das ist bislang ganz überwiegend, freilich ohne Unterscheidung zwischen freiwilliger und Zwangseinziehung, bejaht worden[265]. Richtigerweise ist wie folgt zu differenzieren.

Für den Fall der **Zwangseinziehung** ist mit der hM das Zustimmungserfordernis zu **128**
bejahen; der Satzungsänderung müssen alle gegenwärtigen Anteilsinhaber zustimmen,

---

[260] Vgl. OLG Düsseldorf GmbH-Rdsch. 1964, 250 m. Anm. *Winter*; Scholz/*Priester* 155; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 18; *Reichert* BB 1985, 1497 ff; einschr. OLG Stuttgart GmbH-Rdsch. 1974, 257 und *Semler* GmbH-Rdsch. 1974, 253, 255.

[261] Str.; vgl. näher § 34, 111 ff, 113 m. weit. Nachw.

[262] Zutr. Scholz/*Priester* 168.

[262a] Vgl. näher *Reichert* BB 1985, 1501.

[263] OLG Celle GmbH-Rdsch. 1959, 113, 114; Scholz/*Priester* 170; *G. Hueck* Festschrift Larenz (1973) S. 749, 757; *Reichert* BB 1985, 1502.

[264] Eingeh. dazu *Reichert* BB 1985, 1500 ff.

[265] Vgl. BGH NJW 1977, 2316; BGH WM 1976, 204, 206; BayObLG GmbH-Rdsch. 1978, 269, 270; LG Bonn GmbH-Rdsch. 1979, 142, 143; weit. Nachw. vgl. oben § 34 Fn 26, 27.

denen gegenüber die Einziehungsklausel wirksam werden soll[266]. Danach muß zwar entgegen dem Wortlaut von § 34 Abs. 2 die Zwangseinziehung nicht schon vor dem Anteilserwerb des von der Einziehung betroffenen Inhabers in der Satzung verankert sein; mit Wirkung auch gegenüber den gegenwärtigen Anteilsinhabern kann sie aber nur mit deren Zustimmung eingeführt werden[267]. Fehlt die Zustimmung, ist der Satzungsänderungsbeschluß jedenfalls im Verhältnis zu dem nicht Zustimmenden schwebend bzw., wenn die Zustimmung verweigert worden ist, endgültig unwirksam. Die Einziehungsklausel erlangt dann auch gegenüber dem jeweiligen Rechtsnachfolger keine Wirksamkeit; in dem Anteilserwerb kann die Unterwerfung unter die Einziehungsklausel nicht gesehen werden (vgl. näher § 34, 36). Zur Frage, ob bei fehlender Zustimmung einzelner Gesellschafter die Satzungsänderung insgesamt gescheitert ist oder ob sie wenigstens diejenigen bindet, die für die Einziehungsklausel gestimmt haben, vgl. § 34, 37.

129 Die Möglichkeit **freiwilliger Einziehung** kann demgegenüber durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß im Grundsatz *ohne* Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter eingeführt werden[268]. Im Verhältnis zum Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils ist das schon deswegen unproblematisch, weil die Einziehung als solche nicht ohne seine Zustimmung wirksam wird (§ 34, 21). Aber auch für die Mitgesellschafter bringt die Möglichkeit der freiwilligen Einziehung keine unmittelbare und deshalb unter § 53 Abs. 3 fallende Leistungsvermehrung. Soweit sich durch die Einziehung mittelbar ihr Haftungsrisiko aus §§ 24, 31 erhöht, gilt entsprechendes wie im Fall mehrheitlicher Kapitalerhöhung (Rdn 75). Auch werden ihre Mitgliedschaftsrechte, insbes. das Stimm- oder Gewinnrecht, durch die Einziehung nicht beeinträchtigt; vielmehr erfahren sie im Regelfall, sofern durch die Einziehung ein Anteil wegfällt, sogar eine Verstärkung (zu Ausnahmekonstellationen, in denen es je nach Lage des Falles der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, vgl. § 34, 18). Keiner Zustimmung bedarf schließlich die Aufhebung oder die Abschwächung von Einziehungsklauseln; beides kann mit satzungsändernder Mehrheit beschlossen werden[269].

130 Die **Ausschließung aus wichtigem Grund** ist als ungeschriebener Grundsatz auch ohne Satzungsregelung zulässig (Näheres vgl. Anh § 34, 8 ff). Die Satzung kann jedoch Näheres über die Ausschließung regeln, insbesondere Bestimmungen über den wichtigen Grund treffen (Anh § 34, 17), die Durchführung der Ausschließung abweichend vom allgemeinen Recht gestalten (Anh § 34, 38) oder Regelungen über Höhe und Zahlungsmodalitäten der **Abfindung** treffen (vgl. Anh § 34, 43 und § 34, 77 ff, 85 ff). Der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedürfen derartige Satzungsänderungen nur dann, wenn sie zu einer deutlichen Verschärfung des Ausschließungsrechts oder zu sonstigen spürbaren Verschlechterungen der Rechtsstellung der Gesellschafter führen[270].

131 Entsprechendes wie für die Ausschließung gilt auch für den **Austritt aus wichtigem Grund**; auch er ist ohne Satzungsregelung möglich (Anh § 34, 44 ff). Die Satzung kann

---

[266] Ganz hM, vgl. außer den Nachw. in Fn 265 nur Scholz/*Priester* 121; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 20; näher *Niemeier* aaO S. 206 ff und oben § 34, 34 ff.

[267] So im Anschluß an *Hueck* DB 1957, 37, 40 zu Recht die heute hM; vgl. dazu § 34, 33 m. Nachw.

[268] Ebenso Scholz/*Priester* 121; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 20; eingeh. *Niemeier* aaO S. 147 ff gegen die bislang vorherrschende, nicht zwischen den verschiedenen Einziehungsarten differenzierende Meinung; vgl. auch oben § 34, 16 f.

[269] Zutr. Scholz/*Priester* 121; Rowedder/*Zimmermann* 27.

[270] Ähnlich Scholz/*Priester* 110; generell für Zustimmungsbedürftigkeit noch BGHZ 9, 157, 160 = NJW 1953, 780 – obiter.

auch insoweit Modifikationen vorsehen[271]. Das Austrittsrecht kann jedoch – als unverzichtbares Minderheitenrecht (Anh § 34, 63, 65) – nicht abbedungen werden. Ein Zustimmungserfordernis besteht für satzungsändernde Beschlüsse über die Ausgestaltung des Austrittsrechts im Regelfall nicht. – Zu Satzungsregelungen über ein Kündigungsrecht der Gesellschafter vgl. § 60, 19; zu Satzungsklauseln über die Höhe der Abfindung in den verschiedenen Ausscheidensfällen vgl. § 34, 77 ff, Anh § 34, 43, 61 ff.

11. Gesellschafterbeschlüsse

Die gesetzlichen Vorschriften der **§§ 46 bis 51 sind zum größten Teil dispositiv** (§ 45 Abs. 2). Das gilt für die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung (§ 46, 3 f), für die Ausgestaltung des Stimmrechts (§ 47, 89 f), für Stimmrechtsvollmachten und Stimmverbote (§ 47, 91, 187 f), für die Form der Abstimmung (§ 48, 68 f) und für die erforderlichen Mehrheiten (§ 47, 18 ff) sowie für die Einberufung und Beschlußfähigkeit der Gesellschafterversammlung (§ 49, 30 f; § 47, 6; § 51, 33 f). Die Abweichungen machen jeweils eine Satzungsregelung erforderlich. Erfolgt sie nachträglich, so genügt grundsätzlich die satzungsändernde Mehrheit, soweit nicht im Einzelfall die Einführung oder Aufhebung von Sonderrechten (Rdn 60) oder sonstige Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz (Rdn 64) in Frage stehen oder soweit die zu ändernde Satzungsregelung ihrerseits höhere Mehrheiten oder besondere Zustimmungserfordernisse vorsieht (Rdn 87). Zu den auch für Satzungsänderungen zu beachtenden Schranken der Mehrheitsherrschaft vgl. Rdn 56 ff, zu dem abweichend von § 45 Abs. 2 zwingenden Charakter der Regelungen des § 53 vgl. Rdn 2. **132**

12. Aufsichtsrat, Beirat

Hat die Gesellschaft, insbesondere nach § 77 BetrVG 1952, nach Mitbestimmungs- oder Montanmitbestimmungsrecht, einen **obligatorischen** Aufsichtsrat zu bilden (vgl. näher § 52, 5 ff und 148 ff, 256 ff), so ist der Satzungsspielraum für die Ausgestaltung des Aufsichtsrats, die Auswahl und die Rechtsstellung seiner Mitglieder begrenzt (§ 52, 149 und 263 ff). Die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften über die Bildung des Aufsichtsrats sind ebenso *zwingend* wie die in § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG 1952, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG in Bezug genommenen Bestimmungen des Aktienrechts. Zur satzungsrechtlichen Ausgestaltung bleibt insoweit nur nach Maßgabe von § 23 Abs. 5 AktG Raum[272]. **133**

Hinsichtlich der Einführung und Beibehaltung eines **fakultativen** Aufsichtsrats sind die Gesellschafter frei. Die hierzu erforderlichen Regelungen sind in der *Satzung* zu treffen, ggf. durch Satzungsänderung; die in § 52 Abs. 1 angeführten aktienrechtlichen Vorschriften gelten nur, soweit die Satzung keine Abweichungen vorsieht (§ 52, 21). Wird ein Aufsichtsrat ohne satzungsrechtliche Grundlage oder abweichend von ihr gewählt, so unterliegen die betreffenden Gesellschafterbeschlüsse der Anfechtung nach den Grundsätzen über die Satzungsdurchbrechung (vgl. Rdn 32 ff und § 52, 16; zur Wahl des ersten Aufsichtsrats vgl. auch § 52 Abs. 2, dazu § 52, 24 ff). Die **Einführung** eines Aufsichtsrats kann mit satzungsändernder Mehrheit beschlossen werden; der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf der hierauf zielende Beschluß nur dann, wenn dadurch zugleich Sonder- oder Minderheitenrechte (etwa Entsendungsrechte) **134**

---

[271] Einzelheiten vgl. in Anh § 34, 64 f; dazu auch *Fichtner* BB 1967, 18.

[272] Str., vgl. Hanau/*Ulmer* MitbestG § 25, 9 und oben § 52, 263 f.

geschaffen werden. Entsprechendes gilt für die Änderung oder Beseitigung der Satzungsvorschriften über den fakultativen Aufsichtsrat; sie bedarf außer der Dreiviertelmehrheit der Zustimmung nur solcher Gesellschafter, denen derartige, durch die Änderung betroffene Sonderrechte eingeräumt waren (§ 52, 42). Ein unentziehbares Mitgliedschaftsrecht auf Beibehaltung des Aufsichtsrats als „dauernde organische Einrichtung der Gesellschaft" ist demgegenüber nicht anzuerkennen[273].

135 Anstelle eines fakultativen Aufsichtsrats, aber auch neben einem obligatorischen Aufsichtsrat, kann ein **Beirat** als Beschlußgremium eingesetzt werden. Als *Gesellschaftsorgan* erfordert seine Schaffung eine Satzungsregelung; sie kann auch nachträglich im Wege der Satzungsänderung eingeführt werden. Darin sind die wesentlichen Entscheidungen betreffend den Beirat, namentlich seine Zusammensetzung und seine Kompetenzen, aufzunehmen. Für *Änderungen* der Satzungsbestimmungen über den Beirat gilt das gleiche wie im Fall des fakultativen Aufsichtsrats (Rdn 134). Die Zustimmung einzelner Gesellschafter zu einer Satzungsänderung kann dann erforderlich sein, wenn diesen ein Sonderrecht auf Entsendung eines Beiratsmitglieds eingeräumt ist, das von der Satzungsänderung einschränkend betroffen wird. Näher zum Beirat in der GmbH vgl. § 52, 297 ff.

VII. Sonstige Grundlagenbeschlüsse

1. Besonderheiten

136 **Kennzeichen** sonstiger, nicht als Satzungsänderungen zu qualifizierender Grundlagenbeschlüsse ist es, daß sie im Unterschied zu den Satzungsänderungsbeschlüssen des § 53 zwar *nicht* unmittelbar auf eine materielle (inhaltliche) Änderung des *Satzungswortlauts* gerichtet sind, wohl aber ähnlich wie diese auf eine Änderung der *Gesellschaftsgrundlagen* abzielen. Es handelt sich um innergesellschaftliche, körperschaftliche Akte in Bereichen, in denen den Geschäftsführern ohne Beschlußfassung der Gesellschafter nicht nur die Geschäftsführungsbefugnis, sondern regelmäßig auch die Vertretungsmacht fehlt (vgl. schon Rdn 37). Das ist im *Aktienrecht* für die Fälle des Abschlusses eines Unternehmensvertrags (§ 293 Abs. 1 und 2 AktG), der Verschmelzung und Umwandlung (§§ 340 c, 362 Abs. 2 AktG) sowie der Vermögensübertragung als Ganzes (§§ 359 bis 361 AktG) ausdrücklich klarstellt. Entsprechendes gilt für das *GmbH-Recht*, auch soweit es bisher an ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen fehlt (vgl. Rdn 137, 162 ff).

2. Unternehmensverträge

Schrifttum

Flume Der Gewinn- und Verlustübernahmevertrag im GmbH-Recht, DB 1989, 665; *Gäbelein* Unternehmensverträge mit abhängigen GmbH, GmbH-Rdsch. 1989, 502; *Heckschen* Gelöste und ungelöste Fragen des GmbH-Konzernrechts, DB 1989, 29; *Hommelhoff/Semler/Doralt/G. H. Roth* Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht, ZGR-Sonderheft 6, 1986; *Kleindiek* Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, ZIP 1988, 613; *Kort* Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht (1986); *ders.* Rechtsfortbildung im GmbH-Konzernrecht, ZIP 1989, 1309; *Lutter/Hommelhoff* Formerfordernisse für Unternehmensverträge im GmbH-Recht, NJW 1988, 1240; *Martens* Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalisti-

[273] AA KG DJZ 1906, 601; dagegen – wie hier – Scholz/*Priester* 109; *Großfeld/Brondics* AG 1987, 109.

schen GmbH (1970); *Mestmäcker* Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre (1958); *Priester* Bestimmungen zum Unternehmensvertrag in der Satzung der GmbH, DB 1989, 1013; *Rehbinder* Die Abwicklung fehlerhafter Unternehmensverträge beim GmbH-Vertragskonzern, Festschrift Fleck (1988) S. 253; *Rix* Gesellschaftsrechtliche Probleme von Gewinnabführungsverträgen bei der GmbH, MittRheinNotK 1986, 29; *U. H. Schneider* (Hrsg.) Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH (1989); *Sonnenschein* Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht (1976); *Stolzenberger-Wolters* Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht (1990); *Timm* Geklärte und offene Fragen im Vertragskonzernrecht der GmbH, GmbH-Rdsch. 1987, 8; *ders.* Unternehmensverträge im GmbH-Recht, GmbH-Rdsch. 1989, 11; *Ulmer* Fehlerhafte Unternehmensverträge im GmbH-Recht, BB 1989, 10; *Wirth* Beendigung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen bei der Veräußerung der abhängigen GmbH, DB 1990, 2105; *Zöllner* Die formellen Anforderungen an Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge bei der GmbH, DB 1989, 913. – Weitere Lit.-Nachw. aus der Zeit vor 1983 vgl. in Voraufl. § 53 (vor Rdn 125).

a) **Überblick.** Eine den § 293 ff AktG entsprechende *gesetzliche* Regelung über **137**
Abschluß und Inhalt von Unternehmensverträgen existiert für das GmbH-Recht *bislang nicht*[274]. Mit einer Kodifizierung des GmbH-Konzernrechts ist wohl erst zu rechnen, wenn der Gesetzgeber aufgrund einer EG-Konzernrichtlinie[275] zur Angleichung des innerstaatlichen Rechts an das EG-Recht verpflichtet wird. Bis dahin bewendet es bei einem durch *Richterrecht* geprägten, im Anh zu § 77 im einzelnen kommentierten Konzernrecht der GmbH[276]; die Zurückhaltung des Gesetzgebers steht dieser höchstrichterlichen Rechtsfortbildung nicht entgegen[276a]. – Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Konsequenzen, die für den **Abschluß von Unternehmensverträgen** aus deren organisationsrechtlichem Charakter und deren satzungsüberlagernder Wirkung (Rdn 137) zu ziehen sind. Dabei scheidet eine pauschale Anlehnung an die aktienrechtlichen Vorschriften wegen der rechtsformspezifischen Unterschiede aus[277].

Unternehmensverträge sind im GmbH-Gesetz zwar nicht besonders geregelt. Ihre **138**
Zulässigkeit auch bei der GmbH steht jedoch außer Streit[278]; sie ist vereinzelt auch gesetzlich (vgl. insbes. § 17 KStG, ferner § 1 MitbestErgG) anerkannt. **Rechtstatsächlich** ist über die Struktur der GmbH-Konzerne und über Art und Häufigkeit von Unternehmensverträgen mit einer beherrschten GmbH bisher wenig Konkretes bekannt (vgl. näher Anh § 77). Am praktisch bedeutsamsten ist aus steuerlichen Gründen[279] zweifellos der *Gewinnabführungsvertrag*; er wird häufig mit einem Beherrschungsvertrag kombiniert (zur Charakterisierung und inhaltlichen Ausgestaltung vgl. Anh § 77)[280]. Reine *Beherrschungsverträge* begegnen demgegenüber selten. Sie werden in der Praxis

---

[274] Vgl. aber den Regelungsvorschlag in §§ 230 ff RegE GmbHG 1971/73 (BT-Drucks. VI/3088 = 7/253), der auf eine im wesentlichen unveränderte Übernahme der aktienrechtlichen Vorschriften in das GmbHG hinauslief. Dazu mit Recht kritisch Voraufl. Anh II zu § 13, 52 (*Barz*); *Ballerstedt* ZHR 135 (1971) 400; Arbeitskreis GmbH-Reform, Bd. 2 (1972), S. 45 ff.

[275] Vgl. dazu die Nachw. bei *Emmerich/Sonnenschein* Konzernrecht[3] § 1 VIII, S. 371 f. Ob es in absehbarer Zeit zu einem europäischen Konzernrecht kommt, ist derzeit allerdings fraglich; vgl. zum Diskussionsstand etwa *Finken/Weitbrecht* ZIP 1990, 963 m. Nachw.

[276] Leitentscheidungen sind BGHZ 103, 1 = NJW 1988, 1326 – Familienheim, und BGHZ 105, 325 = NJW 1989, 295 – Supermarkt.

[276a] Zutr. *Lutter/Hommelhoff* NJW 1988, 1240 ff in Ablehnung von OLG Düsseldorf NJW 1987, 3208 und OLG Celle BB 1987, 2253; aA *Flume* DB 1989, 665 ff (dagegen zu Recht *Zöllner* DB 1989, 913 ff).

[277] Unstr., vgl. nur Baumbach/Hueck/*Zöllner* Schlußanh 7; Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 20, 220; *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 152; *Fleck* ZHR 149 (1985) 412 f; *Timm* BB 1981, 1491, 1492.

[278] Vgl. nur *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 152 und *Sonnenschein* S. 359 ff, jew. m. weit. Nachw.

[279] §§ 14, 17 KStG verlangen den wirksamen Abschluß eines Gewinnabführungsvertrags für die Anerkennung körperschaftsteuerlicher Organschaft, dh die Ergebniszurechnung bei der Organträgerin.

[280] Vgl. auch den Hinweis von *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 157, daß in der Praxis als „Gewinnabführungsvertrag" bezeichnete Verträge häufig auch Beherrschungselemente enthalten.

wohl deshalb verbreitet für entbehrlich gehalten, weil die Mehrheit aufgrund des Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung (vgl. Erläut. zu § 37 und § 46, 118) im Regelfall ohnehin in der Lage ist, ihre Unternehmenspolitik gegenüber der Geschäftsführung durchzusetzen[281]. Rechtlich ist sie dabei freilich dem Unternehmensinteresse der abhängigen Gesellschaft verpflichtet. Deren Ausrichtung auf das *Konzerninteresse* kann ohne Treupflichtverstoß nur dann durchgesetzt werden, wenn entweder ein Beherrschungsvertrag besteht oder die Minderheitsgesellschafter einer faktischen qualifizierten Konzernierung zustimmen (vgl. näher Anh § 77). *Sonstige* Unternehmensverträge (Gewinngemeinschaften, Teilgewinnabführungsverträge, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge u. a., vgl. § 292 AktG) werden, soweit ersichtlich, nur vereinzelt abgeschlossen.

139 b) **Rechtsnatur.** Über die Rechtsnatur von Unternehmensverträgen herrscht heute weithin Einvernehmen. Mit Recht wird ihr **organisationsrechtlicher Charakter** betont[282]; der BGH spricht von einem „gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der Gesellschaft ändert"[283]. Dem entspricht es in der Sache, wenn von einer Überlagerung der Satzung durch den Unternehmensvertrag[284] bzw. von dessen materiell satzungsändernder Wirkung[285] gesprochen wird. Für die Voraussetzungen des wirksamen Abschlusses eines Unternehmensvertrags ergeben sich hieraus eine Reihe von Folgerungen (Rdn 140 ff), und zwar gleichermaßen für die Mehrpersonen- wie für die Einmann-Gesellschaft[286].

140 c) **Abschlußvoraussetzungen. α) Bei der abhängigen Gesellschaft.** Die Zuständigkeit zum Aushandeln eines Unternehmensvertrags liegt grundsätzlich bei den *Geschäftsführern* der abhängigen Gesellschaft. In der Regel vertreten sie die Gesellschaft gegenüber dem Vertragspartner auch beim Abschluß des Vertrags. Ihre organschaftliche Vertretungsmacht erstreckt sich hierauf jedoch nicht; § 37 Abs. 2 ist nicht anwendbar[287]. Die Geschäftsführer handeln daher als *Vertreter ohne Vertretungsmacht*, wenn sie ohne Ermächtigung der Gesellschafter, zu erteilen durch Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung (Rdn 143), einen Unternehmensvertrag abschließen. Das folgt aus dem organisationsrechtlichen Charakter des Unternehmensvertrags. Die allgemeinen Grundsätze über die Nichteinbeziehung körperschaftlicher Akte in die gesetzliche Vertretungsmacht der Geschäftsführer und über die Notwendigkeit ihrer besonderen Ermächtigung durch die **Gesellschafterversammlung** zur Vornahme derartiger Geschäfte (Rdn 37) gelten auch hier. Ein ohne Beteiligung der Gesellschafterversammlung geschlossener Vertrag ist daher zunächst schwebend unwirksam, bis die Zustimmung erfolgt. Wird er freilich durchgeführt, so erlangt er dadurch Wirksamkeit nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft, solange sich kein Vertragsteil – mit der

---

[281] Vgl. nur *Rix* MittRheinNotK 1986, 30.

[282] Vgl. BayObLG WM 1988, 1229, 1230; Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 221; Scholz/*Priester* 159; *Lutter/Hommelhoff* NJW 1988, 1241; grundlegend bereits *Mestmäcker* S. 316 ff, 324; *Würdinger* DB 1958, 1447; aA noch OLG Düsseldorf NJW 1987, 3208; OLG Celle BB 1987, 2253.

[283] BGHZ 103, 1, 4 f = NJW 1988, 1326; 105, 324, 331 = NJW 1989, 295.

[284] *Timm* GmbH-Rdsch. 1981, 1491, 1492 ff.

[285] Vgl. etwa *Lutter/Hommelhoff* NJW 1988, 1241; *Zöllner* DB 1989, 913 f in Auseinandersetzung mit *Flume* DB 1989, 668, der zwar ebenfalls den materiell satzungsändernden Charakter im Grundsatz anerkennt, jedoch zu Unrecht annimmt, es gebe Satzungsänderungen im materiellen Sinne, deren Wirksamkeit nicht an die Erfüllung der gesetzlichen Formerfordernisse gebunden sei.

[286] Zutr. Scholz/*Priester* 161; *Lutter/Hommelhoff* NJW 1988, 1242; *Zöllner* DB 1989, 914; aA OLG Düsseldorf BB 1981, 1482, 1483; LG Hamburg BB 1984, 873; *Flume* DB 1989, 668; *Gäbelein* GmbH-Rdsch. 1989, 503 ff.

[287] Ganz hM, vgl. BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295; Scholz/*Priester* 159; *Rix* MittRheinNotK 1986, 32; aA *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 10; *Skibbe* GmbH-Rdsch. 1968, 245; wohl auch noch OLG Düsseldorf BB 1981, 1482; weit. Nachw. bei BGH aaO.

Folge endgültiger Unwirksamkeit des Vertrags – auf die fehlende Zustimmung beruft (zum fehlerhaften Unternehmensvertrag vgl. näher Rdn 158).

Der Unternehmensvertrag bedarf nach zutr. und ganz hM der **Schriftform**[287a]; § 293 Abs. 3 S. 1 AktG ist entsprechend anwendbar (zum steuerrechtlichen Schriftformerfordernis als Voraussetzung für die Anerkennung der körperschaftsteuerlichen Organschaft vgl. § 17 S. 2 Nr. 1 KStG). Das folgt allein schon aus der Notwendigkeit seiner Einreichung zum Handelsregister (unten Rdn 147); sie macht die schriftliche Niederlegung erforderlich. Zum Erfordernis notarieller Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung vgl. Rdn 154. **141**

Durch den Abschluß des Unternehmensvertrags wird die Satzung der abhängigen Gesellschaft zwar formell nicht angetastet, weil der Vertrag nicht in den Satzungstext aufzunehmen ist[288]. Wohl aber hat der Vertrag in Verbindung mit dem zum Abschluß erforderlichen Zustimmungsbeschluß (Rdn 143) **materiell satzungsändernde Wirkung**[289]. Das ergibt sich für den Fall des *Beherrschungsvertrags* bereits daraus, daß durch ihn die Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung auf die andere Vertragspartei (regelmäßig den Mehrheitsgesellschafter) übertragen wird. Hinzu kommt die mit der Unterwerfung unter die Drittherrschaft im Regelfall verbundene Änderung des Gesellschaftszwecks; anstelle eigener und unabhängiger erwerbswirtschaftlicher Teilnahme am Wirtschaftsverkehr übernimmt die GmbH nunmehr eine dienende, am Konzerninteresse ausgerichtete Rolle. Das berührt die Grundlagen der Gesellschaft auch dann nachhaltig, wenn der Unternehmensgegenstand als das äußerliche Tätigkeitsfeld der Gesellschaft (§ 1, 8) unverändert bleibt. Auch der wirksame Abschluß eines isolierten *Gewinnabführungsvertrags* führt zu einer Änderung der Gesellschaftsgrundlagen, da er das Gewinnrecht der nicht am Vertrag beteiligten Gesellschafter de facto beseitigt. Ebenso wie der Beherrschungsvertrag hinsichtlich der gesellschafterlichen Mitwirkungsrechte bewirkt er daher einen materiell satzungsändernden Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft (vgl. oben Rdn 59)[290]. **142**

Aus dem materiell satzungsändernden Charakter des Unternehmensvertrags folgt die Notwendigkeit, den für die Ermächtigung der Geschäftsführer zum Abschluß erforderlichen **Zustimmungsbeschluß** der Gesellschafterversammlung der abhängigen Gesellschaft mangels gesetzlicher Sonderregelungen nach Art der §§ 293, 294 AktG den gmbH-rechtlichen Vorschriften über *Satzungsänderungen* zu unterwerfen[291]. Dafür sprechen sowohl Gesichtspunkte des Minderheitenschutzes angesichts des Fehlens gesetzlicher Ausgleichs- und Abfindungsregelungen als auch solche des Gläubigerschutzes sowie der Rechtssicherheit und -klarheit. Der Zustimmungsbeschluß der Gesellschafterversammlung bedarf danach gem. § 53 Abs. 2 einer *Dreiviertelmehrheit* **143**

[287a] So mit Recht BGHZ 105, 324, 342 = NJW 1989, 295; LG Hamburg AG 1984, 278; Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 230; *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13, 36; *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 167; *Rix* MittRheinNotK 1986, 36; weitergehend – für notarielle Beurkundung – noch *Timm* BB 1981, 1496 (aufgegeben in AG 1982, 100).

[288] Unstr., vgl. nur *Timm* BB 1981, 1495 f.

[289] Ganz hM, vgl. die Nachw. in Fn 282–286.

[290] Vgl. zum Ganzen auch BGHZ 105, 324, 331 = NJW 1989, 295 m. umf. Nachw.; dazu zu Unrecht krit. *Gäbelein* GmbH-Rdsch. 1989, 503 f.

[291] Zutr. BGHZ 105, 324, 338 = NJW 1989, 295 m. umf. Nachw.; ebenso BayObLG WM 1988, 1229, 1232 f; OLG Hamburg WM 1987, 1163, 1169; Scholz/*Priester* 161; Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 232; aA noch OLG Düsseldorf BB 1981, 1482 f; OLG Düsseldorf WM 1987, 1396; OLG Celle WM 1988, 47; auch – obiter – OLG Schleswig ZIP 1987, 1448, 1453; Voraufl. Anh II zu § 13, 31 (*Barz*); *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 10; *Flume* DB 1956, 457; *ders.* DB 1989, 667 f; *Gutbrod* BB 1980, 289; *Esch* BB 1986, 275; *Gäbelein* GmbH-Rdsch. 1989, 503 ff; *Venzmer* WPg 1990, 309 ff (unter unhaltbarer Berufung auf abweichendes Gewohnheitsrecht); weit. Nachw. aus dem älteren Schrifttum vgl. in Voraufl. 130.

der abgegebenen Stimmen (zum zusätzlichen Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter vgl. Rdn 145) sowie der *notariellen Beurkundung*. Der Niederschrift über die Beschlußfassung ist der Vertrag als Anlage beizufügen (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG). Wirksam wird der Beschluß nach § 54 Abs. 3 erst mit *Eintragung* im Handelsregister (Rdn 147). Das Fehlen der notariellen Beurkundung wird entsprechend § 241 Abs. 1 AktG geheilt, wenn gleichwohl die Eintragung im Handelsregister erfolgt (vgl. Anh § 47, 79). Die ausschließliche Zuweisung der Satzungsänderungskompetenz an die Gesellschafterversammlung (Rdn 23) bedingt im übrigen, daß sich deren Beschluß auf einen konkreten Vertragsentwurf beziehen muß; eine allgemein gehaltene Ermächtigung der Geschäftsführer zum Aushandeln und Abschluß eines Unternehmensvertrags scheidet aus (zur Frage vorsorgender Satzungsklauseln vgl. Rdn 149).

144 Aus dem organisationsrechtlichen Charakter des Unternehmensvertrags folgt, daß auch der andere Vertragsteil bei der Beschlußfassung über die Zustimmung zum Vertragsabschluß stimmberechtigt ist; das **Stimmverbot** nach § 47 Abs. 4 greift **nicht** ein[292]. Dem Schutz der Minderheit ist mit dem Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter (Rdn 145) hinreichend Rechnung getragen.

145 Zusätzlich zur satzungsändernden Dreiviertelmehrheit bedarf der Gesellschafterbeschluß zu seiner Wirksamkeit der **Zustimmung aller** an der Abstimmung nicht beteiligten oder überstimmten **Gesellschafter**[293]. Das gilt nicht nur, wenn sich mit dem Abschluß des Unternehmensvertrags eine Änderung des Gesellschaftszwecks verbindet (vgl. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB), sondern folgt auch aus der mit dem Vertragsschluß meist verbundenen Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Rdn 64) und dem Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft (Rdn 59). Die gegen das Zustimmungserfordernis gerichteten *Einwände* greifen nicht durch. Auf die in § 17 KStG geforderte Dreiviertel-Mehrheit lassen sie sich nicht stützen[294]; die Vorschrift präjudiziert nicht etwa die nach Gesellschaftsrecht begründeten Anforderungen an den Abschluß von Unternehmensverträgen, sondern setzt umgekehrt die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertragsschlusses für dessen steuerrechtliche Anerkennung voraus. Auch eine Analogie zu § 293 Abs. 1 AktG[295], wonach eine Dreiviertel-Mehrheit für den Zustimmungsbeschluß hinreicht und die Satzungsänderungsvorschriften nicht anzuwenden sind, scheidet wegen der unterschiedlichen Interessenlage der Minderheit in AG und GmbH und wegen des Fehlens gmbH-rechtlicher Minderheitsschutzvorschriften nach Art der

---

[292] Vgl. nur Scholz/*Priester* 159; *Heckschen* DB 1989, 30; *Sonnenschein* S. 357 f; aA noch *Flume* I/2, S. 235 f; Baumbach/Hueck/*Zöllner* Schlußanh I, 17; *Martens* S. 164; weit. Nachw. Voraufl. 128.

[293] Ebenso Scholz/*Priester* 164; Baumbach/Hueck/*Zöllner* Schlußanh I, 16; *Ulmer* BB 1989, 14 f; *K. Schmidt* GmbH-Rdsch. 1979, 124; *ders.* GesR § 38 III 2 a, S. 889 (für den Beherrschungsvertrag); *Hönle* DB 1979, 485; *Rix* MittRheinNotK 1986, 34; *Sonnenschein* S. 354 ff, 367; im Erg. ähnlich – für einstimmige Beschlußfassung aller Gesellschafter – Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 233; *Gutbrod* BB 1980, 290; *Martens* S. 165 ff; offenlassend BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295; aA – für Hinreichen einer 3/4- Mehrheit bei materieller Beschlußkontrolle – *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13, 42; Rowedder/*Koppensteiner*[2] Anh § 52, 40; *Lutter* ZGR-Sonderheft 6, S. 196 f; *Heckschen* DB 1989, 29 f; *Kort* S. 105 ff; im Erg. auch *Stolzenberg-Wolters* S. 20 ff (unter Bejahung einer Analogie zu §§ 304, 305 AktG); vermittelnd *Timm* GmbH-Rdsch. 1987, 11 und 1989, 14, der die Zustimmung aller dann für entbehrlich hält, wenn den dissentierenden Gesellschaftern neben einer Ausgleichs- und Abfindungszahlung eine Gesellschafterstellung in der Obergesellschaft angeboten wird; noch anders *ders.* DB 1981, 1494 f (9/10-Mehrheit).

[294] Darauf abstellend aber OLG Düsseldorf BB 1981, 1482, 1483; OLG Celle BB 1987, 2253; *Esch* BB 1986, 274 ff; *Flume* DB 1989, 665; *Gäbelein* GmbH-Rdsch. 1989, 504 f; tendenziell auch *Gutbrod* BB 1980, 288, 290 und *Kort* S. 78 f, 119 f, 129 ff; zu Recht aA BGHZ 105, 324, 339 f = NJW 1989, 295 m. umf. Nachw.; BayObLG WM 1988, 1229, 1233; wie hier auch Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 219; Scholz/*Priester* 162.

[295] Zutr. *Gutbrod* BB 1980, 289; *Kort* S. 109 f, 119; vgl. auch *Gäbelein* GmbH-Rdsch. 1989, 505 f.

§§ 304 ff AktG aus[296]. Schließlich vermag auch die Behauptung eines Wertungswiderspruchs zu § 20 Abs. 2 KapErhG, der für die Verschmelzung von Gesellschaften mbH nur einen mit Dreiviertel-Mehrheit gefaßten Beschluß verlangt[297], nicht zu überzeugen. Der entscheidende *Unterschied der Verschmelzung* gegenüber der Überführung der Gesellschaft in den Vertragskonzern besteht darin, daß bei jener den außenstehenden Gesellschaftern Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden müssen[298], sie folglich weiterhin an einem selbständigen Unternehmen beteiligt bleiben, während die Minderheit im Fall des Unternehmensvertrags – vorbehaltlich der Gewährung eines Austrittsrechts mit Abfindung – eine qualitative Verschlechterung ihrer Mitgliedschaft in der abhängigen Gesellschaft erleidet. Bejaht man aus den genannten Gründen die Notwendigkeit der Zustimmung aller Gesellschafter, so stellt sich die Frage einer materiellen Beschlußkontrolle am Maßstab sachlicher Rechtfertigung (Rdn 67 ff) nicht; die Minderheitsinteressen sind schon durch das Zustimmungserfordernis hinreichend geschützt[298a].

146 Eine **Zustimmungspflicht** der Minderheit kommt selbst dann, wenn ein angemessener Ausgleich angeboten wird, nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht[299]. Gegen sie spricht, daß der Abschluß des Unternehmensvertrags regelmäßig einen Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft darstellt und sich auf die Gesellschafter unter Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unterschiedlich auswirkt. Nur wenn die vertragliche Konzernierung zur Erhaltung der Gesellschaftsexistenz unabdingbar ist, namentlich keine die Minderheitsinteressen weniger stark berührenden Maßnahmen zur Verfügung stehen, ist eine Zustimmungspflicht in Erwägung zu ziehen.

147 Die Ausrichtung der Gesellschaft auf das Konzerninteresse bzw. die Gewinnabführungspflicht ist in entsprechender Anwendung von §§ 54 Abs. 1, 10 Abs. 1 im **Handelsregister** zu verlautbaren. Nach dem „Supermarkt"-Beschluß des BGH, der die Frage für die Praxis abschließend geklärt hat[300], reicht es nicht aus, im Handelsregister lediglich das Zustandekommen des Zustimmungsbeschlusses zu vermerken und im übrigen auf die beigefügten Unterlagen, namentlich den Unternehmensvertrag, zu verweisen[301]. Neben dem Zustimmungsbeschluß samt Datum der Beschlußfassung sind vielmehr auch das Bestehen und die Art des Unternehmensvertrags unter Angabe des anderen Vertragsteils und des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses anzumelden und im Handelsregister einzutragen[302]. Der Unternehmensvertrag selbst und die Niederschrift über den ggf. erforderlichen Zustimmungsbeschluß des anderen Vertragsteils (Rdn 157), der seinerseits nicht der Eintragung bedarf, sind beizufügen[303]. In der Sache bedeutet das eine Analogie zu § 294 Abs. 1 AktG[304].

---

[296] Näher dazu *Ulmer* BB 1989, 14.

[297] So aber Rowedder/*Koppensteiner*[2] Anh § 52, 40; *Timm* AG 1982, 100; *ders.* GmbH-Rdsch. 1987, 11; *ders.* ZGR 1987, 430 f; zu Recht aA *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 163; *Fleck* ZGR 1988, 134.

[298] Dafür auch bei Überführung in den Vertragskonzern folgerichtig *Timm* ZGR 1987, 430 ff.

[298a] Für eine materielle Beschlußkontrolle folgerichtig aber *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13, 42; Rowedder/*Koppensteiner*[2] Anh 52, 40; diff. je nach der „konkreten Realstruktur" der Gesellschaft *Timm* ZGR 1987, S. 432 f; dagegen *Kort* S. 121 f.

[299] Weitergehend namentlich Scholz/*Priester* 164 und *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 164 ff (Zustimmungspflicht, wenn Vertragsschluß sachlich gerechtfertigt, Vermögensinteressen der Außenstehenden voll gewahrt und überwiegende Belange aus deren Sicht nicht entgegenstehen); allgemein zu Voraussetzungen und Grenzen von Zustimmungspflichten im GmbH-Recht vgl. *M. Winter* Treubindungen, S. 167 ff, 178 ff; vgl. auch oben Rdn 67.

[300] Vgl. näher BGHZ 105, 324, 342 ff = NJW 1989, 295.

[301] So noch Voraufl. 131; weit. Nachw. in BGHZ 105, 324, 342, 345 = NJW 1989, 295; wie hier jetzt auch *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13, 37.

[302] Zur unzulässigen Umgehung der durch das Eintragungserfordernis bezweckten Publizität des Unternehmensvertrags durch Aufnahme des wesentlichen Vertragsinhalts in die Satzungsurkunde vgl. zutr. *Priester* DB 1989, 1016.

[303] Vgl. BGHZ 105, 324, 343 = NJW 1989, 295.

[304] Dafür auch Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 230; aA noch OLG Düsseldorf BB 1981, 1482.

148 **β) Beim herrschenden Unternehmen.** Ist das herrschende Unternehmen ebenfalls eine GmbH[305], so bedarf der Abschluß des Unternehmensvertrags auch auf seiner Seite eines **Zustimmungsbeschlusses** der Gesellschafterversammlung, der entsprechend § 293 Abs. 2 S. 2, Abs. 1 S. 2 AktG mindestens mit *drei Vierteln* der abgegebenen Stimmen gefaßt werden muß[306]. Der Beschluß hat für die Obergesellschaft zwar keine satzungsändernde Wirkung; §§ 53, 54 sind nicht einschlägig. Das Verlustausgleichsrisiko des herrschenden Unternehmens entsprechend § 302 AktG (vgl. Anh § 77) berührt jedoch als latente Dauerverpflichtung der Gesellschaft unmittelbar die Interessen der Gesellschafter; das rechtfertigt die Analogie zu § 293 Abs. 2 AktG[307]. Eine notarielle Beurkundung des Beschlusses ist nicht erforderlich[308]; er muß jedoch schriftlich festgestellt werden[309]. Eine Handelsregisterverlautbarung entfällt[310]. Dem Fehlen des Zustimmungsbeschlusses kommt Außenwirkung zu[311]; ohne sein Vorliegen wird der Unternehmensvertrag mangels Vertretungsmacht der Geschäftsführer der Obergesellschaft nicht wirksam (zur Frage satzungsrechtlicher Ermächtigung vgl. Rdn 149, zur Behandlung fehlerhafter Unternehmensverträge vgl. Rdn 158).

149 **d) Satzungsklauseln.** Das Erfordernis eines *Zustimmungsbeschlusses* der Gesellschafter der Ober- und Tochtergesellschaft zum Abschluß von Unternehmensverträgen kann zumal bei Gesellschaften mit einem größeren Gesellschafterkreis einen erheblichen organisatorischen und zeitlichen Aufwand verursachen. Das wirft die Frage auf, inwieweit das Verfahren durch **vorsorgende Satzungsregelungen** vereinfacht werden kann[312]. In Betracht zu ziehen sind zum einen Klauseln, die die Mitwirkungskompetenzen der Gesellschafterversammlung auf die Geschäftsführer zu verlagern suchen, und zum anderen Satzungsbestimmungen, die eine Abweichung von den oben (Rdn 143, 148) genannten Zustimmungsquoren vorsehen. Dabei ist zwischen der Rechtslage bei der abhängigen Gesellschaft und derjenigen bei der Obergesellschaft zu unterscheiden.

150 Bei der **abhängigen Gesellschaft** scheidet eine **satzungsrechtliche Ermächtigung** aufgrund des Umstands aus, daß der Abschluß eines Unternehmensvertrags einer Satzungsänderung gleichsteht (Rdn 143). Bestimmungen, die die Geschäftsführer ermächtigen, ohne Mitwirkung der Gesellschafterversammlung für die Gesellschaft als beherrschte Gesellschaft einen Unternehmensvertrag abzuschließen, scheitern an der zwingenden Geltung von § 53 Abs. 1, der eine Übertragung der Satzungsänderungskompetenz auf andere Gesellschaftsorgane oder Dritte ausschließt (Rdn 2). Eine Ermächtigung der Geschäftsführer, mit satzungsändernder Wirkung über die Ersetzung des Gesellschafts- durch das Konzerninteresse zu befinden, ist danach unzulässig[313]. Das gilt selbst dann, wenn die Satzungsbestimmung den zukünftigen anderen Vertragsteil und den wesentlichen Inhalt des Vertrags bereits konkret benennt, weil auch der

---

[305] Zur AG als die GmbH beherrschendes Unternehmen vgl. zuletzt *Vetter* BB 1989, 2125 ff.

[306] BGHZ 105, 324, 333, 336 = NJW 1989, 295; Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 236; *Ulmer* BB 1989, 12; aA *Gäbelein* GmbH-Rdsch. 1989, 505 f.

[307] BGHZ 105, 324, 335 = NJW 1989, 295.

[308] BGHZ 105, 324, 337 = NJW 1989, 295; aA die in Fn 310 Genannten.

[309] Zum Erfordernis seiner Einreichung beim Registergericht vgl. Rdn 147.

[310] Dafür aber *Heckschen* DB 1989, 31; *U. H. Schneider* WM 1986, 181, 186 f; *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 175.

[311] BGHZ 105, 324, 336 f = NJW 1989, 295; *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13, 38; Rowedder/*Koppensteiner*[2] Anh § 52, 43; aA aber BayObLG WM 1988, 1229, 1232; Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 237; *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 174; weit. Nachw. in BGHZ 105, 324, 334.

[312] Vgl. dazu näher *Priester* DB 1989, 1013 ff und *U. H. Schneider* Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH (1989), S. 17 ff.

[313] Zutr. *Priester* DB 1989, 1014 f; aA *Stolzenberger-Wolters* S. 39 f.

Zeitpunkt für den Eintritt der Satzungsänderung nicht in die Entscheidungsbefugnis der Geschäftsführer gestellt werden kann[314].

Zulässig sind dagegen Satzungsklauseln, die **Abweichungen** von der **Zustimmung aller Gesellschafter** der abhängigen Gesellschaft zum Abschluß des Unternehmensvertrags (Rdn 145) enthalten[315]. Eine Schranke finden entsprechende Mehrheitsklauseln freilich an dem satzungsändernden Charakter des Zustimmungsbeschlusses; die in § 53 Abs. 2 S. 1 geforderte Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen kann auch durch die Satzung nicht unterschritten werden (Rdn 1). Danach kann der Gesellschaftsvertrag für den Beschluß über die Ermächtigung der Geschäftsführer zum Abschluß eines Unternehmensvertrags zwar von der Zustimmung aller Gesellschafter dispensieren; eine geringere als die gesetzliche Dreiviertel-Mehrheit kann er jedoch nicht vorsehen. Auch reicht entsprechend den für Mehrheitsklauseln in Personengesellschaften anerkannten Grundsätzen[316] eine allgemein gefaßte oder dem – formalen – Bestimmtheitsgrundsatz genügende Satzungsregelung nicht aus, weil sich der Abschluß des Unternehmensvertrags als Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft darstellt. Es bedarf vielmehr einer Konkretisierung des der Mehrheitsentscheidung überantworteten Unternehmensvertrags nach Art und Inhalt unter Einschluß der der künftigen Minderheit verbleibenden Rechtsstellung[317]. **151**

Auch soweit die Beteiligung der Gesellschaft mbH als **Obergesellschaft** am Unternehmensvertrag in Frage steht, reicht, wenn dem Schutzzweck des § 293 Abs. 2 AktG Rechnung getragen werden soll, eine allgemeine Ermächtigung der Geschäftsführer zum Abschluß von Unternehmensverträgen nicht aus[318]. In Betracht kommen aber Satzungsklauseln, die den abzuschließenden Unternehmensvertrag inhaltlich hinreichend konkretisieren und den Kreis der ggf. in die Konzernierung einzubeziehenden Gesellschaften benennen; derartige konkrete Handlungsermächtigungen nach Art einer antizipierten Zustimmung sind zuzulassen[319]. Dagegen scheidet eine Absenkung der erforderlichen Dreiviertel-Mehrheit für den Zustimmungsbeschluß bei der herrschenden Gesellschaft angesichts der zwingenden Geltung des im GmbH-Recht analog anwendbaren § 293 Abs. 1 S. 3 AktG aus[320]. Unberührt bleibt die Möglichkeit, in der Satzung ein höheres Zustimmungsquorum festzusetzen. **152**

e) **Änderung und Beendigung.** Bislang wenig geklärt ist die Frage, welche Folgerungen sich aus den vorstehend genannten Anforderungen an den Abschluß von Unternehmensverträgen für die Fälle der Änderung und der Beendigung wirksam begründeter Unternehmensverträge ergeben. Keine Besonderheiten bestehen, wenn der Vertrag für eine *bestimmte Frist* abgeschlossen ist; mit deren Ablauf endet der Vertragskonzern **153**

---

[314] So aber noch *Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 160; *U. H. Schneider* aaO (Fn 312), S. 20 f; dagegen mit Recht jetzt *Priester* DB 1989, 1014. Allg. zur Unzulässigkeit einer dem Vertretungsorgan von der Mitgliederversammlung erteilten Ermächtigung, über die Verwirklichung einer (auf Vorrat beschlossenen) Satzungsänderung durch deren künftige Anmeldung zum Handelsregister zu entscheiden, vgl. (für die AG) LG Frankfurt WM 1990, 237, 238 f; *Zöllner*-KölnKommAktG[2] § 181, 27; *Lutter* Festschrift Quack (1991) S. 301, 306 f.

[315] Vgl. näher *Ulmer* BB 1989, 15; *Priester* DB 1989, 1015 f; auch Baumbach/Hueck/*Zöllner* Schlußanh I, 16 aE; *Kleindiek* ZIP 1988, 617.

[316] Dazu näher MünchKomm.-*Ulmer* BGB[2] § 709, 69 ff, 77 m. weit. Nachw.

[317] Vgl. *Priester* DB 1989, 1015 f, der die Bestimmung adäquater Ausgleichs- und Abfindungsleistungen verlangt.

[318] Vgl. schon BGHZ 83, 122, 131 = NJW 1982, 1703 (Holzmüller), wo der BGH eine allgemein gefaßte Ausgliederungsklausel in der AG-Satzung für unbeachtlich hielt.

[319] Ebenso *Priester* DB 1989, 1016; *Stolzenberger-Wolters* S. 42; zur Frage einer Ermächtigungsklausel, die auf die Größe bzw. das Geschäftsvolumen der abhängigen Gesellschaft abhebt (sog. Bagatellklausel) vgl. *Priester* aaO S. 1017; für die AG vgl. auch *Grunewald* AG 1990, 134 f (dort auch zur Möglichkeit ermächtigender, bis zum nächsten Hauptversammlungstermin befristeter Aktionärsbeschlüsse).

[320] So auch *Priester* DB 1989, 1018.

automatisch, ohne daß es rechtsgeschäftlicher Handlungen der Organe der beteiligten Gesellschaften bedarf. *Anders* liegt es in den Fällen der Kündigung, der einverständlichen Vertragsaufhebung sowie bei inhaltlichen Änderungen des im übrigen fortbestehenden Vertrags. Für die abhängige Gesellschaft folgt aus der satzungsändernden Wirkung, die sich mit dem Abschluß von Unternehmensverträgen nach ganz hM verbindet (Rdn 139), daß grundsätzlich auch die Änderung und Beendigung bestehender Unternehmensverträge den Vorschriften über die Satzungsänderung zu unterstellen ist[321]; anderes gilt nur insoweit, als sich etwaige Änderungen lediglich auf rein „formelle" Bestandteile des Unternehmensvertrags beziehen. Im einzelnen ist wie folgt zu differenzieren.

154 Auf Seiten der **abhängigen** Gesellschaft gehört die einvernehmliche **Aufhebung des Unternehmensvertrags** vor Ablauf seiner Dauer ebenso wie dessen Abschluß nicht zu den Geschäftsführungsangelegenheiten, sondern zu den Gesellschaftsgrundlagen, für die die Geschäftsführer einer Ermächtigung durch die Gesellschafter bedürfen (Rdn 37; zur Rechtslage in der Obergesellschaft vgl. Rdn 157). Wegen der inhaltlich satzungsändernden Wirkung muß der *Gesellschafterbeschluß* den Satzungsänderungserfordernissen der §§ 53, 54 genügen: er muß mit Dreiviertelmehrheit gefaßt, notariell beurkundet und zusammen mit der Vereinbarung über die Vertragsbeendigung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden (vgl. Rdn 147). Das gilt abweichend von § 296 AktG auch dann, wenn der Unternehmensvertrag keine Ausgleichs- oder Abfindungszahlungen an die außenstehenden Gesellschafter vorsieht; mangels einer Regelung nach Art des § 293 Abs. 1 S. 4 AktG haben die gmbH-rechtlichen Vorschriften über Satzungsänderungen Vorrang vor einer Analogie zum Aktienrecht[322]. An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, daß die Vertragsbeendigung die Rückkehr zum „Normalstatut" der GmbH bedeutet[323]; er läßt die körperschaftliche, dem Grundlagenbereich zuzuordnende Natur der einvernehmlichen Beendigung und ihre materiell satzungsändernde Wirkung unberührt. Hinsichtlich der *Beschlußanforderungen* bewendet es grundsätzlich bei der satzungsändernden Dreiviertelmehrheit. Die Zustimmung außenstehender Gesellschafter ist nur dann erforderlich, wenn die Vertragsbeendigung für sie persönlich einen Rechtsnachteil bewirkt, insbes. vertragliche Ausgleichs- oder Abfindungsansprüche entfallen läßt. In *zeitlicher* Hinsicht kann die Vertragsaufhebung entsprechend § 296 Abs. 1 AktG nicht rückwirkend und nur zum Ende des Geschäftsjahrs oder des sonstigen Abrechnungszeitraums für die beiderseits geschuldeten Leistungen erfolgen[323a].

155 Entsprechende Grundsätze wie für die einvernehmliche Beendigung gelten für die **Kündigung** eines Unternehmensvertrags seitens der abhängigen Gesellschaft. Auch sie bedarf eines Ermächtigungsbeschlusses der Gesellschafter unter Beachtung der Satzungsänderungserfordernisse und der Zustimmung derjenigen außenstehenden Gesellschafter, die durch die kündigungsbedingte Beendigung einen Rechtsnachteil erlei-

---

[321] Ebenso Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 277; *Rix* MittRhNotK 1986, 42 f; *Wirth* DB 1990, 2105, 2107; im Ergebnis auch Scholz/*Priester* ZGR-Sonderheft 6, S. 184 f; wohl auch („einer Änderung der Satzung gleichzuhalten") Rowedder/*Koppensteiner*[2] Anh § 52, 72, trotz seines pauschalen Verweises auf das Aktienrecht; für *Inhaltsänderungen* in Anlehnung an das Aktienrecht (§ 295 Abs. 2 AktG) auch *G. Krieger* in *U. H. Schneider* (Hrsg.) Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH (1989) S. 101 f; für die *Vertragsaufhebung* auch *Sonnenschein* S. 401 f; aA *Timm* GmbH-Rdsch. 1987, 14 und GmbH-Rdsch. 1989, 14 f sowie *Krieger* aaO S. 112 ff (jeweils für die Vertragsaufhebung).

[322] AA *Timm* und *Krieger* aaO (Fn 321).

[323] Hierauf abstellend aber *Timm* und *Krieger* aaO (Fn 321).

[323a] So zutr. *Wirth* DB 1990, 2105, 2106 f (auch für den Fall zwischenzeitlicher Veräußerung der Gechäftsanteile der abhängigen GmbH).

den. Die Ermächtigung der Geschäftsführer ist auch dann erforderlich, wenn die Kündigung analog § 297 Abs. 1 AktG *aus wichtigem Grund* erfolgen soll, da ihre organschaftliche Vertretungsmacht sich hierauf nicht erstreckt. Allerdings erscheint es für diesen Fall vertretbar, auf das weitere Erfordernis der Zustimmung der außenstehenden Gesellschafter zu verzichten. Das folgt aus der Einschränkung in § 297 Abs. 2 AktG; als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes[323b] verdient sie auch für das GmbH-Recht Beachtung.

Auch sonstige **Inhaltsänderungen** eines Unternehmensvertrags mit materiell satzungsändernder Wirkung können seitens der Geschäftsführer der abhängigen Gesellschaft nur aufgrund eines Ermächtigungsbeschlusses, der den Satzungsänderungserfordernissen der §§ 53, 54 genügt, vereinbart werden. Die Zustimmung außenstehender Gesellschafter ist für die Wirksamkeit des Ermächtigungsbeschlusses erforderlich, sofern die Änderungen sich nachteilig auf ihre Rechtsstellung auswirken, indem sie entweder zur Verlängerung der Dauer des Unternehmensvertrags bzw. zur sonstigen Ausweitung der Bindungen der abhängigen Gesellschaft führen[324] oder indem sie die der Minderheit vertraglich eingeräumten Ausgleichs- oder Abfindungsansprüche verkürzen (vgl. § 295 Abs. 2 AktG). **156**

Auf Seiten der **Obergesellschaft** in der Rechtsform der GmbH ist die Mitwirkung der Gesellschafterversammlung bei Maßnahmen der Kündigung oder sonstigen Vertragsbeendigung sowie bei Inhaltsänderungen für deren Wirksamkeit grundsätzlich nicht erforderlich. Die Geschäftsführer werden im Rahmen ihrer organschaftlichen Vertretungsmacht tätig; ob sie die Grenzen ihrer Geschäftsführungsbefugnis überschreiten, richtet sich nach deren interner Ausgestaltung. Eine *Ausnahme* gilt dann, wenn die Inhaltsänderung zu einer zeitlichen Ausweitung der Verlustübernahmepflicht entsprechend § 302 AktG führt; in diesem Fall bedarf sie zu ihrer Wirksamkeit entsprechend § 293 Abs. 2 AktG eines mit Dreiviertelmehrheit zu fassenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Obergesellschaft (vgl. Rdn 148)[324a]. **157**

f) **Fehlerhafter Vertragsabschluß.** Fehlt es an einer der vorstehend genannten Abschlußvoraussetzungen, so ist der Unternehmensvertrag unwirksam (zur Heilung fehlender notarieller Beurkundung bei Eintragung vgl. oben Rdn 143). Das gilt auch dann, wenn der erforderliche Gesellschafterbeschluß zwar vorliegt, jedoch auf Grund einer Anfechtungsklage mit Wirkung ex tunc (dazu Anh § 47, 79) für nichtig erklärt wird. Der Vertrag wird erst wirksam, wenn der Fehler beseitigt oder der fehlende Abschlußtatbestand mangelfrei nachgeholt worden ist[325]. Bis dahin kann sich jede Vertragspartei vorbehaltlich des Treuwidrigkeitseinwands auf die Unwirksamkeit des Vertrags berufen; soweit es um Mängel des Zustimmungsbeschlusses auf Seiten der abhängigen Gesellschaft geht, sind auch die außenstehenden (Minderheits-)Gesellschafter zur Geltendmachung der Vertragsunwirksamkeit berechtigt[326]. Wird der fehlerhafte Vertrag **158**

[323b] Zu § 35 BGB str.; wie hier § 14, 24 (*Raiser*); Scholz/*Winter* § 14, 27; Baumbach/*Hueck* § 14, 18; *Rowedder* § 14, 9; *Wiedemann* GesR I § 7 III 1 S. 382; aA MünchKomm.-*Reuter* BGB[2] § 35, 7; Soergel/*Hadding* BGB[12] § 35, 18; *Reichert/Dannecker/Kühr* VereinsR[4] Rdn 462.

[324] So für den Fall der Vertragsverlängerung auch die ganz hM im Aktienrecht, die darin materiell den Abschluß eines neuen Unternehmensvertrags sieht, den sie den Regeln der §§ 293 ff AktG unterstellt; vgl. *Koppensteiner*-KölnKommAktG[2] § 295, 4 m. Nachw.

[324a] Vgl. *Koppensteiner*-KölnKommAktG[2] § 295, 4 und 8.

[325] Dazu näher *Ulmer* BB 1989, 16 f; *Priester* in: *U. H. Schneider* (Hrsg.) Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH (1989) S. 51 ff; zur Geschäftsführerhaftung bei fehlerhaftem Gewinnabführungsvertrag vgl. *Autenrieth* GmbH-Rdsch. 1990, 113 ff.

[326] Vgl. *Ulmer* BB 1989, 17 f; zust. *Priester* aaO (Fn 325), S. 49; *Emmerich* AG 1990, 84.

jedoch **durchgeführt**, so erlangt er dadurch entsprechend den Grundsätzen über die *fehlerhafte Gesellschaft* zunächst Wirksamkeit; eine Beendigung kommt nur mit Wirkung ex nunc durch Kündigung analog § 297 AktG oder sonstige Berufung auf den Vertragsmangel in Betracht[327]. Rückwirkend kann sich weder die herrschende Gesellschaft ihrer Verlustausgleichspflicht entziehen, noch kann die gewinnabführungspflichtige Gesellschaft Gewinnrückzahlung verlangen. Selbst die ex nunc-Beendigung des fehlerhaften Unternehmensvertrags kann im Einzelfall ausgeschlossen sein, wenn die Berufung auf den Vertragsmangel treupflichtwidrig ist[328].

159 Die **Finanzverwaltung** hat den Befund, daß einerseits die steuerliche Anerkennung von Organschaftsverträgen deren zivilrechtliche Wirksamkeit voraussetzt[329], andererseits eine Vielzahl von Verträgen den in der „Supermarkt"-Entscheidung des BGH aufgestellten, über die Vorgaben in §§ 14, 17 KStG hinausgehenden Anforderungen (Rdn 140 ff) nicht genügt, zum Anlaß genommen, für eine Übergangszeit derartige Organschaftsverträge trotz ihrer Fehlerhaftigkeit steuerlich anzuerkennen. Bestehende oder neugeschlossene Gewinnabführungsverträge werden danach für Wirtschaftsjahre, die bis zum 31. 12. 1992 enden, steuerlich nicht beanstandet, wenn sie entsprechend § 17 KStG iVm. Abschn. 64 KStG abgeschlossen und durchgeführt worden sind[330]. Eines Rückgriffs auf die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft bedarf es insoweit nicht[331].

160 g) **Sonstige Unternehmensverträge.** Für sonstige Unternehmensverträge (Gewinngemeinschafts-, Teilgewinnabführungs-, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge, vgl. § 292 AktG und näher Anh § 77) gelten die vorstehenden Grundsätze dann entsprechend, wenn diese Verträge in vergleichbarer Weise wie Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge zu einer grundlegenden Strukturänderung bei der beteiligten GmbH führen, also satzungsüberlagernde Wirkung haben und den Kernbereich der mitgliedschaftlichen Rechte berühren[332]. Das ist für den **Teilgewinnabführungsvertrag**, der den Bilanzgewinn und das Gewinnbezugsrecht verkürzt und sich vom Gewinnabführungsvertrag nur quantitativ, nicht aber qualitativ unterscheidet, zu bejahen[333]. Sein wirksamer Abschluß setzt deshalb einen mit qualifizierter Mehrheit gefaßten, notariell beurkundeten und in das Handelsregister eingetragenen Beschluß der Gesellschafterversammlung voraus, der der Zustimmung auch aller außenstehenden Gesellschafter bedarf. Mit der **Gewinngemeinschaft** ist eine Teilgewinnabführung im Ergebnis zwar nur dann verbunden, wenn sich die Vergemeinschaftung für die betreffende Gesellschaft nachteilig auswirkt. Mit der Rechtssicherheit wäre es jedoch unvereinbar,

---

[327] Vgl. BGHZ 103, 1, 8 f = NJW 1988, 1326 (Familienheim); *Rehbinder* Festschrift Fleck (1988) S. 261 ff; *Ulmer* BB 1989, 15 f; *Ebenroth/Müller* BB 1991, 358, 359 ff; differenzierend *Kleindiek* ZIP 1988, 618 ff, der Fälle fehlender Zustimmung der Minderheitsgesellschafter der beherrschten Gesellschaft ausnehmen will; dem folgend *Priester* aaO (Fn 325) S. 47; wohl auch *Emmerich* AG 1990, 84; *U. Huber* ZHR 152 (1988) 141 (für den Betriebsführungsvertrag). Eingeh. zum Ganzen Anh § 77 m. weit. Nachw.

[328] Vgl. – mit Beispielen – *Kleindiek* ZIP 1988, 625; *Ulmer* BB 1989, 15 f; *Priester* aaO (Fn 325) S. 49 f.

[329] Vgl. nur *Herrmann/Heuer/Raupach* KStG (Stand 1988) § 14, 23; *Felix/Streck* KStG[2], § 14, 57; *Knobbe-Keuk* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht[7], S. 570, 574.

[330] Vgl. das BMF-Schreiben vom 31. 10. 1989 (IV B 7-S 2770-31/89), BB 1990, 48.

[331] Für deren Maßgeblichkeit auch in bezug auf die steuerliche Behandlung fehlerhafter, aber durchgeführter Organschaftsverträge noch *Ulmer* BB 1989, 19; dagegen *Blumers/Schmidt* DB 1989, 32 und jetzt auch das BMF-Schreiben aaO (Fn 330).

[332] Zur Einbeziehung auch von Betriebsführungsverträgen vgl. eingeh. *U. Huber* ZHR 152 (1988) 32 f, 140 ff, m. ausf. Nachw.

[333] So auch *U. H. Schneider* Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH, S. 26; jedenfalls dann, wenn der Teilgewinnabführung keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, auch Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 300 f; *Emmerich/Sonnenschein* KonzernR[3] S. 395 f.

die Entscheidung über die Wirksamkeit des Vertrages von den jeweiligen Beitragsquoten zur Gewinngemeinschaft in concreto abhängig zu machen. Die in §§ 292 ff AktG zum Ausdruck kommende Wertung, daß die abstrakte Möglichkeit einer Unausgewogenheit der Vergemeinschaftung der Gewinne es rechtfertigt, die entsprechenden Abreden den besonderen Abschlußvoraussetzungen zu unterstellen, ist auch für das GmbH-Recht zu beachten. Für den Abschluß von Gewinngemeinschaftsverträgen gelten deshalb die vorstehenden Grundsätze entsprechend[334]. Hiervon nicht erfaßt wird der Abschluß *stiller Gesellschaftsverträge* zwischen der GmbH und Dritten; er ist von der organschaftlichen Vertretungsmacht der Geschäftsführer gedeckt[335].

Betriebspacht und Betriebsüberlassung bedeuten bei einer Gesellschaft, deren Zweck **161**
auf Gewinnerzielung durch Geschäftstätigkeit in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gerichtet ist, einen grundlegenden Eingriff in die Struktur der Gesellschaft; sie wird durch die Unternehmensüberlassung von einer erwerbswirtschaftlich tätigen zu einer bloßen Rentnergesellschaft herabgestuft. Hierauf gerichtete Verträge bedürfen deshalb bei der betroffenen Gesellschaft eines den Satzungsänderungserfordernissen genügenden Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung[336]. Darüber hinaus ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, wenn der Pacht- oder Überlassungsvertrag Beherrschungs- oder Gewinnabführungselemente enthält[337]. So liegt es, wenn dem Pächter gegenüber dem Verpächterunternehmen Weisungsrechte eingeräumt sind oder der Pachtzins kein angemessenes Entgelt für die Betriebsüberlassung darstellt. Das Vorstehende gilt unabhängig davon, ob es sich bei dem anderen Vertragsteil um ein verbundenes Unternehmen handelt[338], was in der Praxis freilich regelmäßig der Fall sein wird. Zum Fall der Betriebsaufspaltung vgl. Rdn 165.

3. Umwandlung, Verschmelzung

Die **Umwandlung** einer GmbH in eine andere Rechtsform ist nicht im GmbHG **162**
geregelt, sondern teils im **AktG** (vgl. §§ 376 bis 383: formwechselnde Umwandlung in eine AG; §§ 389 bis 392: formwechselnde Umwandlung in eine KGaA), teils in § 24 UmwG (formwechselnde Umwandlung in eine OHG, KG, GbR oder auf einen Gesellschafter persönlich; vgl. dazu Voraufl. Anh II zu § 77). Dabei geht es nicht um Fälle einer Satzungsänderung, sondern um sonstige Grundlagenentscheidungen[339]. Jedoch sind auf die Umwandlung in eine AG kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 376 Abs. 2 S. 1 AktG) die Bestimmungen der §§ 53, 54 über Satzungsänderungen entsprechend anwendbar. Ähnliches gilt der Sache nach, wenn auch ohne Verweisung auf §§ 53, 54 und unter Verzicht auf die notarielle Form des Beschlusses, für die Umwandlung in eine KGaA bzw. in eine Personengesellschaft (vgl. §§ 389 ff AktG, §§ 24, 19 Abs. 2 und 3 iVm § 4 UmwG)[340]. Schreibt die Satzung der GmbH besondere Erfordernisse für den Fall ihrer Änderung vor, so sind diese auch für den Umwandlungs-

---

[334] Im Ergebnis ebenso Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 307 f; *Emmerich/Sonnenschein* KonzernR[3] S. 275 f; im Grundsatz auch Rowedder/*Koppensteiner*[2] Anh 52, 44, der allerdings die Zustimmung aller Gesellschafter für entbehrlich hält.

[335] So zutr. Schlegelberger/*K. Schmidt* HGB[5] § 335, 102; *K. Schmidt* ZGR 1984, 309 f; *Zutt*-GroßkommHGB[4] § 230, 59, jew. m. weit. Nachw.; differenz. *U. H. Schneider/Rensch* DB 1989, 715 f.

[336] Ebenso Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 313; auch *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13, 49 und *U. H. Schneider* aaO (Fn 333), freilich unter Beschränkung auf Verträge zwischen bereits verbundenen Unternehmen. Für den Betriebsführungsvertrag wie hier *U. Huber* ZHR 152 (1988) 32 f.

[337] Ähnlich Scholz/*Emmerich* Anh KonzernR 314.

[338] Darauf abstellend aber namentlich *U. H. Schneider* aaO (Fn 333) S. 27 f; vgl. auch *Lutter/Hommelhoff* Anh § 13, 49 und *U. H. Schneider/Rensch* DB 1989, 715 f.

[339] Ebenso Scholz/*Priester* 156; aA *Roth* §§ 80, 81 Tz. 4.

[340] Zutr. Scholz/*Priester* 156.

beschluß zu beachten[341]. Der Zustimmung betroffener Gesellschafter bedarf es zusätzlich zur satzungsändernden Dreiviertelmehrheit dann, wenn die Umwandlung zur Verkürzung oder zum Wegfall von Sonderrechten führt, die ihnen nach der Satzung der umzuwandelnden GmbH zustehen. Die regelmäßigen Wirkungen formwechselnder Umwandlung wie etwa der Wegfall des in § 51 a vorgesehenen Informationsrechts der Gesellschafter und dessen Ersetzung durch die wesentlich schwächeren Rechte des § 166 HGB oder § 131 AktG sind dagegen durch das der qualifizierten Mehrheit kraft Gesetzes eingeräumte Umwandlungsrecht gedeckt; ein besonderes Zustimmungserfordernis läßt sich hierauf nicht stützen.

163 Die **Verschmelzung** von zwei oder mehr Gesellschaften mbH, sei es durch Vermögensübertragung oder durch Neubildung, ist in §§ 19 ff KapErhG geregelt. Auch insoweit handelt es sich – abgesehen von der erforderlichen Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft (§ 22 KapErhG) – nicht um Fälle der Satzungsänderung, sondern um sonstige Grundlagenentscheidungen. Die in **§ 20 KapErhG** geregelten Anforderungen an die Gesellschafterbeschlüsse in den an der Verschmelzung durch Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften entsprechen aber denjenigen des § 53: grundsätzlich genügt die Dreiviertelmehrheit, außer wenn die Einlagen auf die Geschäftsanteile der übernehmenden Gesellschaft noch nicht vollständig bewirkt sind (dann bedarf es nach § 21 Abs. 2 S. 3 KapErhG der Zustimmung aller Gesellschafter, vgl. auch § 53 Abs. 3 GmbHG). Wirksam wird die Verschmelzung erst mit der Eintragung der Verschmelzungsbeschlüsse (vgl. näher §§ 25, 32 KapErhG, dazu Voraufl. Anh II zu § 77).

4. Vermögensübertragung, Betriebsaufspaltung

164 Die **Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens** der GmbH, sei es im Wege der Ausgliederung in eine Tochtergesellschaft oder durch Verkauf an einen Dritten, bedarf auch dann, wenn sich damit keine Änderung von Gesellschaftszweck, Unternehmensgegenstand oder sonstigen Satzungsbestandteilen verbindet, zu ihrer Wirksamkeit eines mit Dreiviertelmehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschlusses. Das folgt aus ihrem Charakter als Grundlagenentscheidung und der analogen Anwendung des § 361 AktG[342]. Von der organschaftlichen Vertretungsmacht der Geschäftsführer sind die auf Übertragung des ganzen Vermögens gerichteten Verpflichtungsgeschäfte der GmbH nicht gedeckt; anderes gilt für die im Vollzug der Unternehmensveräußerung geschlossenen dinglichen Übertragungsakte[343]. Betrifft die Vermögensübertragung nicht das ganze Gesellschaftsvermögen, sondern nur einen **wesentlichen Teil** desselben, so können die Geschäftsführer zwar auch ohne Gesellschafterbeschluß wirksam im Rahmen ihrer unbeschränkten Vertretungsmacht handeln (§ 37 Abs. 2)[344]. Sie überschreiten jedoch die Grenzen ihrer Geschäftsführungsbefugnis und machen sich gegenüber der GmbH schadensersatzpflichtig, wenn sie nicht zuvor die – mit Dreiviertelmehrheit zu beschließende – Zustimmung der Gesellschafterversammlung einholen (vgl. Erläut. zu § 37).

165 Eine **Betriebsaufspaltung**, d. h. die Aufteilung des Unternehmens in eine Besitz KG und eine Betriebs-GmbH (vgl. §§ 32 a, 32 b, 105 m. Nachw.), erfolgt meist in der Weise,

---

[341] Ebenso Baumbach/Hueck/*Zöllner* 21; Scholz/*Priester* 156.

[342] Vgl. Rdn 38; dafür auch Baumbach/Hueck/*Zöllner* 12; Scholz/*Priester* 169; tendenziell ebenso *Lutter* Festschrift Werner (1984) S. 477, 481 f; aA *Meyer-Landrut*/Miller Niehus 9.

[343] So zutr. BGH WM 1991, 1552, 1553; *Kraft*-KölnKommAktG² § 361, 29.

[344] Vgl. BGHZ 83, 122, 128 f = NJW 1982, 1703 – Holzmüller (für die Ausgliederung aus einer AG).

daß das Umlaufvermögen (ggf. auch das bewegliche Anlagevermögen) der bisher selbst am Markt tätigen KG in eine von ihr oder ihren Gesellschaftern gegründete Betriebs-GmbH eingebracht wird, während sich die (Besitz-)KG künftig auf die Verpachtung des ihr verbliebenen Anlagevermögens an die Betriebs-GmbH beschränkt. In derartigen Fällen ist GmbH-Recht nur für die Gründung der Betriebs-GmbH und für deren eigene Geschäftstätigkeit zu beachten; die Voraussetzungen des Betriebsübergangs richten sich nach KG-Recht. Denkbar ist aber auch der umgekehrte Fall der ganzen oder teilweisen **Ausgliederung des Anlagevermögens aus der bestehenden GmbH** und dessen Einbringung in eine neue Besitz-KG. Seine rechtliche Beurteilung richtet sich nach den in Rdn 164 genannten Grundsätzen über die Vermögensübertragung.

§ 54

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung ist der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrags beizufügen; er muß mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein, daß die geänderten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags mit dem Beschluß über die Änderung des Gesellschaftvertrags und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrags übereinstimmen.

Bei der Eintragung genügt, sofern nicht die Abänderung die in § 10 Abs. 1 und 2 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden über die Abänderung. Die öffentliche Bekanntmachung findet in betreff aller Bestimmungen statt, auf welche sich die in § 10 Abs. 3 und in § 12 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen.

Die Abänderung hat keine rechtliche Wirkung, bevor sie in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen ist.

Übersicht

	Rdn
I. Einführung	1
II. Die Anmeldung der Satzungsänderung (Abs. 1)	
1. Allgemeines	
a) Anmeldebedürftige Vorgänge	3
b) Inhalt und Form	6
c) Anmelder	8
d) Anmeldepflicht?	10
e) Zuständiges Gericht	12
2. Beizufügende Urkunden	
a) Beschlußprotokoll	14
b) Vollständiger Satzungswortlaut	15
c) Notarielle Bescheinigung	19
d) Genehmigungsurkunde bei Konzessionspflicht	20
3. Rücknahme der Anmeldung	22
4. Registersperre	23
III. Die Eintragung	
1. Inhalt (Abs. 2 S. 1)	
a) Allgemeines	24
b) Ausdrückliche Eintragungen	25
c) Bezugnehmende Eintragungen	26
2. Wirkungen (Abs. 3)	27
3. Rechtslage zwischen Beschlußfassung und Eintragung	
a) Allgemeines	28
b) Ausführende Beschlüsse	29
c) Rechtsbehelfe gegen den Vollzug der Eintragung	31
4. Wirkungen fehlerhafter Eintragungen	
a) Eintragung fehlerhafter Beschlüsse	32
b) Mängel des Eintragungsverfahrens	33
c) Teilwirksamkeit	35
IV. Die Bekanntmachung	
1. Gegenstände (Abs. 2 S. 2)	36
2. Wirkungen	38
V. Registerkontrolle	
1. Grundsatz	40
2. Satzungsänderungen	
a) Prüfungsgegenstände	
α) Ordnungsmäßigkeit von Beschluß und Anmeldung	41
β) Beschlußinhalt	43
b) Mangelfolgen	
α) Nichtigkeit	45

	Rdn
β) Unwirksamkeit	46
γ) Anfechtbarkeit	47
3. Verfahren	51
4. Aussetzung	52
5. Amtslöschung	
a) Grundlagen	53
b) Voraussetzungen	
α) Amtslöschung nach § 144 Abs. 2 FGG	55
β) Amtslöschung nach § 142 Abs. 1 FGG	57
c) Löschungsverfahren	58

Schrifttum

Jansen FGG, 2. Aufl. 1970; *Keidel/Kuntze/Winkler* Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 12. Aufl. 1987; *Baums* Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen (1981); *Groß* Der „vollständige Wortlaut" des Gesellschaftsvertrags einer Gesellschaft mbH, Rpfleger 1972, 241; *Gustavus* Die Vollmacht zu Handelsregisteranmeldungen bei Personengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbH-Rdsch. 1978, 219; *Röll* Satzungsbescheinigung und Gestaltung des GmbH-Gesellschaftsvertrags, GmbH-Rdsch. 1982, 251; *Winkler* Die Anmeldung der Änderung der GmbH-Satzung, NJW 1980, 2683.

I. Einführung

1 Die Eintragung der GmbH in das Handelsregister ist nach §§ 10, 11 Voraussetzung für ihre Entstehung als juristische Person. Der Anmeldung zur Eintragung ist nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 der Wortlaut des Gesellschaftsvertrags (der Satzung) beizufügen; er unterliegt damit gemäß § 9 HGB der Handelsregisterpublizität. In Übereinstimmung mit diesen auf die Gründung der GmbH bezogenen Vorschriften soll § 54 sicherstellen, daß **Handelsregisterkontrolle und Publizität** auch auf *Satzungsänderungen* Anwendung finden. Dementsprechend ist in Abs. 1 die Anmeldung der Satzungsänderung zum Handelsregister vorgeschrieben. Ihre Wirksamkeit hängt nach Abs. 3 von der Eintragung ab. Für den Inhalt der Eintragung und der Bekanntmachung verweist Abs. 2 auf die für die Gründung geltenden Vorschriften der §§ 10, 12.

2 Die Vorschrift ist durch das sog. **Koordinierungsgesetz**[1] um **Abs. 1 S. 2** erweitert worden. Die darin angeordnete Beifügung des vollständigen Wortlauts der geänderten Satzung soll die Information des Publikums über den jeweils maßgeblichen Satzungsinhalt erleichtern[2]. Bis zur Gesetzesänderung konnte diese Information zumal im Fall häufigerer Satzungsänderungen ohne jeweilige redaktionelle Neufassung der Satzung auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen und ein eingehendes Studium der Handelsregisterakten erforderlich machen.

II. Die Anmeldung der Satzungsänderung (Abs. 1)

1. Allgemeines

3 a) **Anmeldebedürftige Vorgänge.** Nach Abs. 1 S. 1 ist beim Handelsregister anmeldebedürftig jede „Abänderung des Gesellschaftsvertrags"; Eintragungen ohne entsprechende Anmeldung lösen die Wirksamkeitsfolge des Abs. 3 nicht aus (Rdn 33). Als derartige Abänderungen sind nach der Funktion von § 54 (Rdn 1) nur **materielle** Satzungsänderungen (§ 53, 8 ff, 26) zu verstehen. Denn nur bei ihnen ist die Eintragung

[1] Gesetz zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europ. Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 15. 8. 1969, BGBl. I S. 1146.

[2] *Röll* GmbH-Rdsch. 1982, 251.

Wirksamkeitsvoraussetzung; auch kommt nur hier eine Richtigkeitskontrolle durch das Registergericht in Betracht. Soweit es dagegen um die Änderung bloß *formeller*, deklaratorischer Satzungsbestandteile geht, bedarf es der Einhaltung des Eintragungsverfahrens nach § 54 nicht (str., vgl. § 53, 27 und unten Rdn 18 f). – Zur Anmeldung der Errichtung einer Zweigniederlassung vgl. § 12, 20 ff.

Auf Satzungsänderungen im **Gründungsstadium** ist Abs. 1 entsprechend anwendbar (§ 11, 34). Sie sind daher, anders als die Gründung selbst, nicht von sämtlichen Geschäftsführern (§ 78, vgl. § 7, 9) anzumelden; vielmehr genügt eine zur Vertretung der Gesellschaft erforderliche Zahl[3]. Auch der Anmeldung dieser Änderungen ist entsprechend Abs. 1 S. 2 die Neufassung des Gesellschaftsvertrags beizufügen[4]. **4**

Besonderheiten gelten für **rechtskräftige Urteile**, die einen Satzungsänderungsbeschluß für nichtig erklären. Sie sind nach der analog anwendbaren Vorschrift des **§ 248 Abs. 1 S. 2 AktG** zum Handelsregister **einzureichen**. Entsprechendes gilt analog § 248 Abs. 2 AktG für den sich unter Berücksichtigung des Urteils ergebenden Satzungswortlaut. Die Einreichung kann nach § 14 HGB durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. Eine Pflicht zur Einreichung besteht freilich nur, wenn auch der für nichtig erklärte Änderungsbeschluß angemeldet und die Anmeldung nicht zwischenzeitlich zurückgenommen war[5]. War der angefochtene Beschluß schon eingetragen, so muß auch das Urteil eingetragen und bekanntgemacht werden (§ 248 Abs. 1 S. 3 und 4 AktG analog). **5**

b) **Inhalt und Form.** Der **Inhalt** der Anmeldung ist in Abs. 1 S. 1 nicht geregelt. Hierzu war *früher umstritten*, ob in jedem Fall die *Bezugnahme* auf das der Anmeldung beizufügende Beschlußprotokoll (Rdn 14) genügt, aus dem sich die Änderungsbeschlüsse ergeben[6], oder ob es bei Änderungen, die zu den nach § 10 Abs. 1 und 2 in das Handelsregister einzutragenden Gegenständen gehören (vgl. Rdn 25), zusätzlich der *schlagwortartigen Hervorhebung* dieser Änderungen bedarf[7]. Im Anschluß an die Rechtsprechung des BayObLG hat der **BGH** diese Frage inzwischen im Sinne der zweiten Alternative (schlagwortartige Hervorhebung) entschieden[8]. Dem ist zuzustimmen, weil die Anmeldung (als Eintragungsantrag[9]) sich in den Fällen des § 10 Abs. 1 und 2 auf Eintragung der Änderung als *Wirksamkeitserfordernis* richtet und das Registergericht im Interesse der Rechtssicherheit ausdrücklich hierauf hingewiesen werden sollte[10]. **6**

Die **Form** der Anmeldung bestimmt sich nach § 12 Abs. 1 HGB: erforderlich ist öffentliche Beglaubigung. Gleiches gilt für etwaige Vollmachten (§ 12 Abs. 2 HGB). Die anmeldenden Geschäftsführer zeichnen mit ihrem Namen, nicht mit der Firma[11]. **7**

c) **Anmelder.** Die Anmeldung erfolgt durch die **Geschäftsführer**, nach Auflösung der Gesellschaft durch die Liquidatoren. Anders als bei Anmeldung der Gründung **8**

---

[3] Vgl. Rdn 8; aA Scholz/*Priester* 4.

[4] HM, vgl. § 8, 3; OLG Köln GmbH-Rdsch. 1973, 11; OLG Schleswig GmbH-Rdsch. 1975, 183; BayObLG Rpfleger 1978, 143 und DB 1988, 2354; OLG Stuttgart DNotZ 1979, 359; Scholz/*Priester* 16; *Groß* Rpfleger 1972, 241, 244; aA noch OLG Stuttgart MittBayNot 1973, 227 und LG München I MittBayNot 1974, 229 f.

[5] Scholz/*K. Schmidt* § 45, 170; vgl. auch Anh § 47, 236.

[6] So OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 288; Scholz/*Priester* 12; Rowedder/*Zimmermann* 4; *Röll* DNotZ 1973, 483; *Winkler* NJW 1980, 2683, 2684 f.

[7] So BayObLG GmbH-Rdsch. 1979, 15, 16; 1985, 262; OLG Düsseldorf GmbH-Rdsch. 1978, 155; Voraufl. 7; Baumbach/Hueck/*Zöllner*[14] 6; weit. Nachw. vgl. in Fn 10. Weitergehend OLG Schleswig DNotZ 1973, 482 (volle Angabe des Inhalts dieser Änderungen in der Anmeldung).

[8] BGH NJW 1987, 3191 f.

[9] Vgl. *Hüffer*-GroßkommHGB[4] § 8, 42 ff.

[10] So auch Baumbach/Hueck/*Zöllner* 6 (abw. aber *ders.* in KölnKommAktG[2] § 181, 9); *Lutter/Hommelhoff* 2.

[11] KGJ 41 A 134; Scholz/*Priester* 10; *Hüffer*-GroßkommHGB[4] § 12, 19.

bedarf es nicht der Mitwirkung sämtlicher Geschäftsführer; es genügt Anmeldung in *vertretungsberechtigter Zahl* (vgl. § 78; zur Abweichung bei der Anmeldung von Beschlüssen über Kapitalveränderungen vgl. § 57, 19 und § 58, 58). Auch *stellvertretende* Geschäftsführer können, soweit sie Einzelvertretungsbefugnis haben, die Anmeldung vornehmen. Dagegen können **Prokuristen** nur im Rahmen unechter Gesamtvertretung an ihr mitwirken[12].

9 Bei der Anmeldung durch **Bevollmächtigte** ist für die Form der Vollmacht § 12 Abs. 2 HGB zu beachten. Das gilt auch für eine dem *Notar* erteilte Vollmacht. Die vermutete Vollmacht des § 129 FGG bezieht sich nur auf Fälle, in denen eine Anmeldepflicht besteht[13]. Im Falle von Satzungsänderungen greift sie daher nicht ein (vgl. Rdn 10).

10 d) **Anmeldepflicht?** Eine **öffentlichrechtliche** Pflicht zur Anmeldung von Satzungsänderungen ist gesetzlich *nicht* vorgesehen. Ausdruck hierfür ist § 79 Abs. 2, der die Verhängung von Ordnungsstrafen wegen unterlassener Anmeldung in den Fällen der §§ 54, 57 und 58 ausschließt. Den Gesellschaftern bleibt es überlassen, darüber zu entscheiden, ob die Eintragung der von ihnen beschlossenen Satzungsänderungen als Wirksamkeitserfordernis betrieben werden soll oder nicht. Gläubiger oder sonstige Personen haben hierauf auch dann keinen Einfluß, wenn die Satzungsänderung objektiv in ihrem Interesse liegt.

11 Im **Innenverhältnis** sind die Geschäftsführer allerdings grundsätzlich zur alsbaldigen Anmeldung der Satzungsänderung *verpflichtet*, wenn die Gesellschafter ihnen keine abweichenden Weisungen erteilt haben. Anderes gilt bei rechtswidrigen, insbesondere nichtigen Beschlüssen, bei *anfechtbaren* dann, wenn wegen des Widerspruchs einzelner Gesellschafter ernsthaft mit der Erhebung einer Anfechtungsklage zu rechnen und die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist[14]. Ist die Rechtswidrigkeit des Beschlusses umstritten, so handeln die Geschäftsführer auf eigene Gefahr; sie können sich bei Nichtanmeldung nach § 43 schadensersatzpflichtig machen wegen Verstoßes gegen ihre Geschäftsführerpflichten (vgl. näher Voraufl. § 43, 80 ff). Im Falle pflichtwidriger Weigerung können die Gesellschafter namens der GmbH *Klage* gegen die Geschäftsführer auf Vornahme der Anmeldung erheben[15]. Näher liegt es in derartigen Fällen freilich, daß die Gesellschafter im Rahmen ihrer Personalkompetenz (§§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5) die sich weigernden Geschäftsführer durch andere ersetzen, soweit nicht die Sonderregelungen der §§ 30, 31 MitbestG eingreifen.

12 e) **Zuständiges Gericht.** Die Anmeldung hat beim **Registergericht des Sitzes** zu erfolgen, im Fall eines satzungsrechtlichen Doppelsitzes bei beiden Registergerichten (vgl. näher § 3, 15). Auch für die Anmeldung einer auf *Sitzverlegung* gerichteten Satzungsänderung (§ 53, 100) ist das Gericht des bisherigen Sitzes zuständig. Demgegenüber obliegt die Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Sitzverlegung dem Gericht des neuen Sitzes (§ 13 c Abs. 2 HGB, vgl. dazu näher § 3, 17). Werden gleichzeitig mit der Sitzverlegung sonstige, nicht an diese gebundene Satzungsänderungen angemeldet, so können sie nach dem Ermessen des Gerichts des bisherigen Sitzes

---

[12] Vgl. näher Erläut. zu §§ 35, 44.

[13] KG OLGZ 1969, 501, 502; BayObLG DB 1978, 880; Keidel/Kuntze/*Winkler* FGG[12] § 129, 5.

[14] Ähnlich für die AG *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 3 a; zweifelnd wegen des Fehlens einer festen Anfechtungsfrist im GmbH-Recht aber Scholz/*Priester* 25.

[15] So auch Scholz/*Priester* 24; zur Prozeßvertretung der GmbH vgl. näher § 46, 100 ff.

entweder noch von diesem geprüft und eingetragen, oder dem künftigen Sitzgericht zur Prüfung und Eintragung weitergeleitet werden[16].

Bestehen neben der Hauptniederlassung eine oder mehrere **Zweigniederlassungen,** so sind nach § 13 a Abs. 1 HGB eine entsprechende Anzahl von Stücken der Anmeldung einschließlich der Begleiturkunden in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 Abs. 1 HGB) beim Registergericht der Hauptniederlassung einzureichen[17]. Betrifft die Anmeldung ausschließlich die Verhältnisse einzelner Niederlassungen, so genügt die Einreichung der erforderlichen Zahl von Stücken für die Hauptniederlassung und die betroffenen Zweigniederlassungen (§ 13 a Abs. 4 S. 1 HGB). Das Nähere regelt § 13 a HGB, der auch im GmbH-Recht anwendbar ist[18]. Zur Sonderregelung für die Zahl der Belegstücke bei Anmeldung von Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen vgl. § 59, 3. **13**

2. Beizufügende Urkunden

a) **Beschlußprotokoll.** In jedem Fall beizufügen ist das in § 53 Abs. 2 S. 1 vorgeschriebene notarielle Protokoll über den Satzungsänderungsbeschluß (§ 53, 42 ff). Es bildet die Grundlage der Eintragung und verbleibt bei den Handelsregisterakten. Üblicherweise wird es in Ausfertigung eingereicht, jedoch genügt beglaubigte Abschrift (§ 12 Abs. 1 HGB). Hängt die Wirksamkeit des Änderungsbeschlusses darüber hinaus wegen Leistungsvermehrung (§ 53, 74 ff) oder wegen des Eingriffs in unentziehbare Rechte oder Sonderrechte (§ 53, 58 und 60) von der – formlos wirksamen (§ 53, 79) – *Zustimmung* weiterer Gesellschafter ab und läßt sich diese nicht bereits aus dem Beschlußprotokoll entnehmen, so ist sie dem Registergericht gegenüber nachzuweisen, da andernfalls die Eintragung abgelehnt wird[19]. Der *Nachweis* ist grundsätzlich in jeder Weise möglich, insbesondere durch schriftliche Erklärung der betroffenen Gesellschafter. Der Registerrichter kann jedoch öffentliche Beglaubigung der Unterschriften verlangen[20]. **14**

b) **Vollständiger Satzungswortlaut.** Seine Beifügung in der nunmehr geltenden Fassung, wie sie sich als Folge der Satzungsänderung ergibt, ist in Abs. 1 S. 2 zur *Erleichterung des Rechtsverkehrs* vorgeschrieben (Rdn 2). Die Beifügung ist zwar kein Wirksamkeitserfordernis für die Satzungsänderung (Rdn 33); auch kann der Mangel bei trotzdem erfolgter Eintragung durch unverzügliches Nachreichen der Neufassung der Satzung behoben werden[21]. Gleichwohl ist die Anmeldung ohne Beifügung der Neufassung nicht ordnungsgemäß; der Registerrichter hat den Beteiligten durch Zwischenverfügung die Behebung des Mangels aufzugeben und ggf. den Eintragungsantrag zurückzuweisen. Will der Registerrichter wegen sachlicher Beanstandungen nur einen Teil der angemeldeten Satzungsänderungen eintragen, so kann er die Eintragung von der Einreichung eines entsprechend berichtigten Satzungstextes abhängig machen oder dessen Nachreichung veranlassen. **15**

Die Pflicht zur Beifügung des vollständigen Wortlauts gilt in jedem Fall der Anmeldung einer Satzungsänderung, auch wenn die Satzung aus Anlaß der Änderung vollkommen neu gefaßt worden ist und die Neufassung sich daher bereits aus dem **16**

[16] Für für alternative, nach Zweckmäßigkeitsgründen zu entscheidende Zuständigkeit beider Gerichte zutr. OLG Hamm Rpfleger 1974, 195; GmbH-Rdsch. 1991, 321, 322; *Würdinger*-GroßkommHGB[3] § 13 c, 7; aA LG Mannheim GmbH-Rdsch. 1991, 24.

[17] *Hüffer*-GroßkommHGB[4] § 13 a, 3 und 12.

[18] Einzelheiten zum Eintragungsverfahren in diesen Fällen vgl. bei *Hüffer* aaO § 13 a, 34 ff.

[19] KGJ 35 A 162, 163; 53 A 101.

[20] RGZ 136, 185, 192.

[21] Für Pflicht des Registergerichts, auf dieses Nachreichen hinzuwirken, BayObLG DB 1988, 2354, 2355.

Beschlußprotokoll oder seiner Anlage ergibt[22]. Den mit Abs. 1 S. 2 verfolgten, der Erleichterung des Rechtsverkehrs dienenden Zwecken würde andernfalls wegen des Fehlens einer *separaten Urkunde* nicht hinreichend Rechnung getragen. Aus den gleichen Gründen bedarf es der Beifügung einer vollständigen Neufassung auch bei Änderungen im *Gründungsstadium* (Rdn 4). Für den Fall der Nichtigerklärung einzelner Satzungsbestandteile durch rechtskräftiges Urteil schreibt die entsprechend anwendbare Vorschrift des § 248 Abs. 2 AktG ebenfalls die Beifügung der nunmehr geltenden Neufassung bei Einreichung des Urteils (Rdn 5) vor.

17 Der **Inhalt** des „vollständigen Wortlauts" wird hinsichtlich der *materiellen* Satzungsbestandteile durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag und die seither vorgenommenen Änderungen einschließlich der neu angemeldeten bestimmt. Insoweit handelt es sich also um eine rein redaktionelle, durch die Satzungsänderungen genau festgelegte *Zusammenstellung des Vertragstextes*. Sie obliegt den Geschäftsführern, die sie dem Notar übertragen können[23].

18 **Inhaltlich überholte** oder sonstige bloß **formelle**, deklaratorische Satzungsbestandteile können demgegenüber in der Neufassung auch dann unberücksichtigt bleiben, wenn ein förmliches Satzungsänderungsverfahren hierzu nicht durchgeführt wird[24] (zur Notwendigkeit ihrer Streichung im Falle eines unklaren oder mehrdeutigen Satzungsinhalts vgl. Rdn 44). Die Kompetenz zur Entscheidung über den Satzungswortlaut liegt auch insoweit bei der *Gesellschafterversammlung*, die hierüber allerdings mit einfacher Mehrheit beschließt[25]; sie kann auch die Geschäftsführer oder den Notar zur Vornahme der entsprechenden Änderungen ermächtigen (str., vgl. näher § 53, 27 f).

19 c) **Notarielle Bescheinigung.** Sie muß nach Abs. 1 S. 2, 2. Hs. die Bestätigung des Notars zum Ausdruck bringen, daß die geänderten Bestimmungen der Satzung mit dem Satzungsänderungsbeschluß und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt eingereichten Satzungswortlaut übereinstimmen[26]. Nach der hier vertretenen Auffassung (Rdn 3 und § 53, 8 ff) bedeutet das, daß die Bescheinigung sich auf die *materiellen* Satzungsbestandteile der Neufassung und deren Übereinstimmung mit Satzungsänderungsbeschluß bzw. bisherigem Satzungswortlaut beschränkt[27]. Soweit auf Veranlassung der Gesellschafter ohne satzungsändernden Beschluß in der Neufassung auch inhaltlich überholte oder sonstige rein formelle Satzungsbestandteile gestrichen oder geändert werden, hat der Notar zu prüfen, ob diese Änderungen nicht auch den materiellen Satzungsinhalt betreffen; bejahendenfalls muß er die Bestätigung einschränken oder versagen[28]. Der Bescheinigung bedarf es in allen Fällen, in denen der vollständige Satzungswortlaut der Anmeldung beizufügen ist, also auch bei Neufassung der gesamten Satzung sowie bei Änderungen im Gründungsstadium (Rdn 4, 16). Die Form der Bescheinigung richtet sich nach § 39 BeurkG[29]. Sie kann von *jedem* Notar erteilt werden. Wird der die Satzungsänderung beurkundende Notar beauftragt, so handelt es sich um ein gebührenfreies Nebengeschäft (§ 47 S. 1, 2. Hs. KostO).

---

[22] Str., wie hier OLG Schleswig DNotZ 1973, 482; Scholz/*Priester* 16; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 9; aA OLG Celle DNotZ 1982, 493, 494; OLG Zweibrücken Rpfleger 1984, 104, 105; *Groß* Rpfleger 1972, 241, 243; *Gustavus* DNotZ 1971, 229; *Röll* DNotZ 1973, 483.

[23] So zutr. BayObLG DB 1988, 2354, 2355 (m. Nachw. auch zu Gegenans.).

[24] AA Scholz/*Priester* 17 f; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 10; Rowedder/*Zimmermann* 12. Wie hier *Gustavus* BB 1969, 1336 für Angaben über einen zwischenzeitlich abberufenen Geschäftsführer.

[25] AA (Dreiviertel-Mehrheit) Scholz/*Priester* 18.

[26] Vgl. näher *Röll* GmbH-Rdsch. 1982, 251, 253 f.

[27] AA Scholz/*Priester* 19; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 10; Rowedder/*Zimmermann* 13; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 8.

[28] Zur Prüfungspflicht des Notars vgl. *Röll* GmbH-Rdsch. 1982, 253 f.

[29] Keidel/Kuntze/*Winkler* BeurkG § 39, 19.

d) **Genehmigungsurkunde bei Konzessionspflicht.** Die Beantwortung der Frage, ob es für eine Satzungsänderung staatlicher Genehmigung bedarf, richtet sich nach dem für die Genehmigung maßgebenden Gewerbe- oder Wirtschaftsaufsichtsrecht, nicht nach GmbH-Recht. In Betracht kommt das Genehmigungserfordernis namentlich bei der Änderung eines konzessionspflichtigen *Unternehmensgegenstands*, außer wenn an seine Stelle ein konzessionsfreier gesetzt werden soll. Allgemein gefaßte Satzungsänderungen über den Unternehmensgegenstand nötigen, soweit sie überhaupt mit § 3 Abs. 1 Nr. 2 vereinbar und daher eintragungsfähig sind (§ 3, 21ff), das Gericht nicht etwa dazu, sich mit allen danach denkbaren Tätigkeitsbereichen der Gesellschaft zu befassen und zu ihrer gewerberechtlichen Unbedenklichkeit Stellung zu nehmen[30]. *Sonstige*, den Unternehmensgegenstand unberührt lassende Satzungsänderungen sind nur in Ausnahmefällen genehmigungsbedürftig (vgl. § 39 VAG). **20**

Besteht eine Genehmigungspflicht, so ist die Genehmigungsurkunde entsprechend § 8 Abs. 1 Nr. 6 der Anmeldung beizufügen[31]; die Genehmigung ist **Eintragungsvoraussetzung.** In zweifelhaften Fällen kann der Richter sich anstelle der Genehmigungsurkunde mit der Vorlage eines Negativattests begnügen[32]. Das Fehlen der behördlichen Genehmigung steht dem Wirksamwerden einer gleichwohl eingetragenen Satzungsänderung nicht entgegen. Es kann aber einen Auflösungsgrund nach § 61 darstellen, wenn die Genehmigung nicht noch nachträglich erteilt wird (§ 8, 15). – Von dem gewerbe- oder wirtschaftsrechtlichen Erfordernis behördlicher Genehmigung strikt zu unterscheiden ist die nach § 53 Abs. 1 unzulässige Einräumung gesellschaftsrechtlicher Mitspracherechte an Nichtgesellschafter bei Satzungsänderungen (vgl. § 53, 84). **21**

3. Rücknahme der Anmeldung

Bis zur Eintragung können die Anmeldeberechtigten die Anmeldung zurücknehmen und dadurch das Wirksamwerden der Satzungsänderung verhindern[33]. Die Aufhebung des Änderungsbeschlusses (§ 53, 73) ist hierfür nicht Voraussetzung; vielmehr bleiben die Beteiligten auch nach erfolgter Anmeldung in der Disposition über das Betreiben der Eintragung frei (Rdn 11). Ist die Änderung eingetragen, so kann ihre Wirkung nur in einem erneuten Satzungsänderungsverfahren nach Maßgabe der §§ 53, 54 beseitigt werden, soweit sich nicht wegen Vorliegens von Beschluß- oder Eintragungsmängeln ein anderes ergibt. **22**

4. Registersperre

Im Zusammenhang mit der Änderung der Ergebnisverwendungsvorschriften des § 29 durch das BilanzrichtlinienG v. 19. 12. 1985 (§ 29, 141) hat der Gesetzgeber in Art. 12 § 7 BiRiLiG auch Übergangsvorschriften für solche **Altgesellschaften** getroffen, in deren Satzung der Anspruch der Gesellschafter auf den Bilanzgewinn nicht entweder ausdrücklich ausgeschlossen oder von einem entsprechenden Gewinnverwendungsbeschluß abhängig gemacht worden war (zur Abgrenzung vgl. näher § 29, 145 ff). Art. 12 § 7 Abs. 2 BiRiLiG sieht für diese Gesellschaften einerseits die Möglichkeit einer erleichterten, mit *einfacher* Mehrheit zu beschließenden Anpassung der satzungsrecht- **23**

---

[30] Vgl. § 8, 17 und BayObLG GmbH-Rdsch. 1990, 434.

[31] So auch Scholz/*Priester* 14; zum Aktienrecht vgl. § 181 Abs. 1 S. 3 AktG.

[32] *Baums* Eintragung S. 95 f.

[33] Vgl. allgemein zum Widerruf der Anmeldung *Hüffer*-GroßkommHGB[4], § 8, 49 ff; so für die Anmeldung von Satzungsänderungen auch Scholz/*Priester* 26 sowie zum Aktienrecht *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 9 und *Zöllner*-KölnKommAktG § 181, 28.

lichen Gewinnverwendungsregelung an § 29 nF vor (vgl. § 53, 52). Andererseits macht er die Eintragung sonstiger nach dem 1. 1. 1986 beschlossener Satzungsänderungen davon abhängig, daß die Gesellschafter zugleich über die angesichts der neuen Rechtslage mehrheitlich gewünschte Art der Ergebnisverwendung Beschluß fassen. Diese (relative) *Registersperre* gilt nur für die *erstmalige* Satzungsänderung nach Inkrafttreten des BiRiLiG, und zwar unabhängig vom zeitlichen Abstand zum Inkrafttreten des neuen Rechts.

III. Die Eintragung

1. Inhalt (Abs. 2 S. 1)

24 a) **Allgemeines.** Das Gesetz unterscheidet je nach Änderungsgegenstand zwischen ausdrücklichen und bezugnehmenden Eintragungen (vgl. Rdn 25 f). Beide sind nach Abs. 3 zur Wirksamkeit der jeweiligen Satzungsänderung erforderlich. Maßgebend für das Wirksamwerden ist die **Eintragung am Sitz** der Gesellschaft; soweit *Zweigniederlassungen* bestehen, sind die auch sie betreffenden Eintragungen vom Sitzgericht alsbald nach ihrem Vollzug von Amts wegen den entsprechenden Registergerichten mitzuteilen, die sie ohne Nachprüfung übernehmen (§ 13 a Abs. 3 HGB). In jedem Fall **einzutragen** ist nach Abs. 2 S. 1 iVm § 10 Abs. 1 S. 1 der dem Tag des Vertragsabschlusses entsprechende *Tag des Änderungsbeschlusses*[34]; bei aufschiebend befristeten Satzungsänderungen bedarf es zusätzlich der Angabe der Befristung[35]. Ferner soll nach § 130 Abs. 1 FGG der *Tag der Eintragung* im Handelsregister vermerkt werden. Seine Mitteilung ist auch deshalb von Bedeutung, weil er regelmäßig identisch ist mit dem Tag des Wirksamwerdens der Änderung.

25 b) **Ausdrückliche Eintragungen.** Nach den in Abs. 2 S. 1 in Bezug genommenen Vorschriften des § 10 Abs. 1 und 2 sind Änderungen der wichtigsten Satzungsbestandteile im Interesse der Individualisierung der Gesellschaft und der Sicherheit des Rechtsverkehrs ausdrücklich in das Handelsregister einzutragen. Im einzelnen gilt das für Änderungen der *Firma* und des *Sitzes* der Gesellschaft, des *Unternehmensgegenstands* und der Höhe des *Stammkapitals*, ferner der Bestimmungen über die *Dauer* der Gesellschaft und die *Vertretungsbefugnis* der Geschäftsführer und Liquidatoren. Eine wörtliche Wiedergabe der geänderten Satzungsbestimmungen ist nicht erforderlich, wohl aber die **deutliche Bezeichnung** des Inhalts der Änderung, etwa in der Art: „Die Firma ist geändert in ...", „Der Sitz ist verlegt nach ...". Nimmt die Eintragung anstelle der ausdrücklichen Anführung der betreffenden Änderungen auf diese nur Bezug, so ist sie fehlerhaft und löst die Wirkungen des Abs. 3 nicht aus (Rdn 33 f). Bei nachträglicher Aufnahme der fehlenden Angaben erlangt sie erst in diesem Zeitpunkt Wirksamkeit[36].

26 c) **Bezugnehmende Eintragungen.** Sie reichen bei allen sonstigen, nicht in Rdn 25 genannten Satzungsänderungen für deren Wirksamwerden aus. Es genügt, wenn die Tatsache der Änderung sowie der Tag des Änderungsbeschlusses (Rdn 24) eingetragen und im übrigen auf die beim Gericht eingereichten Urkunden über die Änderung Bezug genommen wird. Auch die Angabe der Gegenstände der Änderung ist nicht erforderlich[37]; sie ist freilich auch nicht schädlich. Zur Bekanntmachung vgl. Rdn 36.

---

[34] HM, vgl. KGJ 46 A 296; Scholz/*Priester* 61; Rowedder/*Zimmermann* 23; *Lutter/Hommelhoff* 7; aA Baumbach/Hueck/*Zöllner* 24.

[35] Vgl. § 53, 24; so auch Scholz/*Priester* 57; Rowedder/*Zimmermann* 33.

[36] Ebenso Scholz/*Priester* 58.

[37] Zust. Scholz/*Priester* 60.

2. **Wirkungen (Abs. 3)**

Die Eintragung am Sitz der Hauptniederlassung (Rdn 24) hat **konstitutive** Wirkung **27**
für die Satzungsänderung; im Falle eines Doppelsitzes tritt sie erst ein, wenn die Eintragung in beiden Registern vollzogen ist (§ 3, 15). Maßgebend ist der **Tag der Eintragung**, außer wenn der Beschluß in zulässiger Weise eine aufschiebende Befristung enthält (§ 53, 24). Auf die spätere Eintragung in den Zweigregistern (§ 13 a Abs. 3 S. 2 HGB) kommt es nicht an. Eine Rückwirkung der Satzungsänderung ist im Außenverhältnis ausgeschlossen (§ 53, 25); zur Schwebezeit zwischen Beschlußfassung und Eintragung vgl. Rdn 28 ff. Die Bekanntmachung der Eintragung ist auf die Wirksamkeit der Satzungsänderung ohne Einfluß. Ihr Fehlen kann jedoch dazu führen, daß Dritten die Änderung entgegen § 15 Abs. 2 HGB nicht entgegengesetzt werden kann. – Zur Heilungswirkung der Eintragung bei fehlerhaften Beschlüssen vgl. Rdn 32.

3. **Rechtslage zwischen Beschlußfassung und Eintragung**

a) **Allgemeines.** Für den Zeitraum vor Eintragung wird verbreitet davon gespro- **28**
chen, es bestehe eine innergesellschaftliche Bindung an den Änderungsbeschluß[38]. Das ist zwar insofern richtig, als die Geschäftsführer mangels gegenteiliger Weisung der Gesellschafterversammlung grundsätzlich gehalten sind, die beschlossene Satzungsänderung anzumelden und dadurch das Eintragungsverfahren in Gang zu setzen (Rdn 11). Auch gelten die Beschlüsse gegenüber **neuen Gesellschaftern**, die nach Beschlußfassung, aber vor Eintragung der Satzungsänderung Geschäftsanteile erworben haben, ohne daß es auf ihre Kenntnis vom Inhalt der Beschlüsse oder auf ihre Zustimmung im Falle einstimmig beschlossener Leistungsvermehrungen u. a. ankäme[39]. Irrtum, Täuschung o. ä. kann der Erwerber nicht gegenüber der Gesellschaft, sondern nur gegenüber dem Veräußerer geltend machen. Eine weitergehende *Bestandskraft* besteht vor Eintragung jedoch *nicht*. Insbesondere ist die Gesellschafterversammlung nicht gehindert, den Änderungsbeschluß mit einfacher Mehrheit und ohne die Form des § 53 Abs. 2 S. 1 wieder aufzuheben (str., vgl. § 53, 73) oder die Geschäftsführer zur Rücknahme der Anmeldung anzuweisen (Rdn 22).

b) **Ausführende Beschlüsse.** Häufig bilden Satzungsänderungen die Grundlage für **29**
entsprechende Ausführungsbeschlüsse. So wenn die in der Satzung festgelegte Zahl der Geschäftsführer erhöht oder deren Vertretungsmacht geändert wird, wenn ein Aufsichtsrat eingerichtet oder zum Zweck der freiwilligen Einziehung eines Anteils diese in der Satzung zugelassen wird oder schließlich wenn der bisher in der Satzung enthaltene Ausschluß der Teilung von Geschäftsanteilen (§ 17 Abs. 6) aufgehoben wird. Soweit die Gesellschafterversammlung in derartigen Fällen zugleich mit dem Änderungsbeschluß einen entsprechenden Ausführungsbeschluß faßt, ist dieser regelmäßig dahin auszulegen, daß er aufschiebend bedingt gefaßt ist und **Wirksamkeit erst mit Eintragung der Satzungsänderung** erlangen soll[40].

Nicht ausgeschlossen ist freilich, daß die Gesellschafter die **sofortige Wirksamkeit** **30**
des Ausführungsbeschlusses vor Wirksamwerden der Satzungsänderung beschließen[41]. Dabei handelt es sich der Sache nach nicht etwa um eine – nur im Innenverhältnis

[38] Vgl. OLG Hamm GmbH-Rdsch. 1973, 57, 59; Scholz/*Priester* 68.

[39] Ebenso Scholz/*Priester* 69; zur Rechtslage im Falle eines Beitritts durch Übernahme neuer Stammeinlagen vor Eintragung der auf Leistungsvermehrung gerichteten, nach § 55 Abs. 2 S. 2 in die Übernahmeerklärung aufzunehmenden Satzungsregelungen vgl. § 55, 66 f.

[40] HM, vgl. Scholz/*Priester* 70; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 26.

[41] AA Scholz/*Priester* 71 unter Hinweis in Fn 117 auf RGZ 24, 54, 58 und andere ältere Urteile.

und mit schuldrechtlicher Wirkung mögliche (§ 53, 25) – Rückwirkung der Satzungsänderung[42], sondern um eine vorübergehende *Satzungsdurchbrechung*. Ein hierauf abzielender Gesellschafterbeschluß ist grundsätzlich wirksam, wenn auch anfechtbar (§ 53, 32). Das gilt sowohl für die Wahl weiterer Geschäftsführer oder die Einsetzung eines Aufsichtsrats vor Wirksamwerden der entsprechenden Satzungsänderungen als auch für die Einziehung oder Teilung von Geschäftsanteilen unter Verstoß gegen die noch geltende Satzung. In derartigen Fällen sind dann auch Handlungen der neubestellten Organe für die Gesellschaft verbindlich, ohne daß es ihrer Bestätigung oder Neuvornahme nach Eintragung der Satzungsänderung bedarf[43]. Eine *Einschränkung* ist für die Fälle zu machen, in denen das Ausführungsgeschäft – wie namentlich bei Übernahme neuer Stammeinlagen[44] – ohne entsprechende Satzungsänderung ins Leere geht: insoweit bleibt für seinen Vollzug die Eintragung abzuwarten.

31 c) **Rechtsbehelfe gegen den Vollzug der Eintragung.** Besteht zwischen den Gesellschaftern Streit über die Gesetz- oder Sittenwidrigkeit eines Änderungsbeschlusses oder über das dabei angewendete Verfahren, so kann das Registergericht gemäß § 127 FGG die beantragte Eintragung nach pflichtgemäßem Ermessen aussetzen, bis das Prozeßgericht über die streitige Frage entschieden hat (Rdn 52). Daneben haben aber auch Gesellschafter, die sich auf die Fehlerhaftigkeit des angemeldeten Satzungsänderungsbeschlusses berufen, nach **§ 16 Abs. 2 HGB** die Möglichkeit, der Eintragung zu widersprechen, wenn sie eine entsprechende beim Prozeßgericht zu beantragende einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft erwirkt haben (dazu vgl. Anh § 47, 258). Zweck des § 16 Abs. 2 HGB ist es, dem sich auf die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit Berufenden vorbeugenden Rechtsschutz im Registerverfahren zu gewähren[45]. Das Registergericht ist an die vom Widersprechenden vorgelegte Entscheidung des Prozeßgerichts nur in den Grenzen gebunden, die sich aus den allgemeinen Grundsätzen über das Verhältnis von streitiger zu freiwilliger Gerichtsbarkeit ergeben[46].

4. Wirkungen fehlerhafter Eintragungen

32 a) **Eintragung fehlerhafter Beschlüsse.** Zu den Wirkungen der Eintragung fehlerhafter Beschlüsse vgl. allgemein Anh § 47, 23, 79 ff, zur Fehlerhaftigkeit von Satzungsänderungen § 53, 88 ff, zu derjenigen von Kapitalerhöhungen § 57, 37 ff. Nach den entsprechend anwendbaren Vorschriften des Aktienrechts werden *Beurkundungsmängel* unmittelbar durch die Eintragung geheilt (§ 242 Abs. 1 AktG). *Nichtigkeitsgründe* aufgrund von Einberufungsmängeln (§ 53, 93) oder Inhaltsmängeln (§ 53, 94) können analog § 242 Abs. 2 AktG mit dem Ablauf von drei Jahren nach Eintragung nicht mehr geltend gemacht werden, wenn nicht vorher Nichtigkeitsklage erhoben wurde[47]. Entsprechendes gilt, wenn der Änderungsbeschluß wegen Fehlens der erforderlichen Zustimmung *unwirksam* ist (§ 53, 91). Ist der Satzungsänderungsbeschluß dagegen – wie im Regelfall – nur *anfechtbar*, so tritt dessen Wirksamkeit nach Abs. 3 mit der Eintragung ebenso wie bei fehlerfreien Beschlüssen ein. Die Anfechtungsklage kann gleichwohl solange erhoben werden, wie die Anfechtungsfrist (Anh 47, 177) nicht abgelaufen ist. Zur Prüfungspflicht des Registergerichts im Hinblick auf Beschlußmängel vgl. Rdn 41 ff.

---

[42] So auch Baumbach/Hueck/*Zöllner* 26; Rowedder/*Zimmermann* 26.

[43] AA Scholz/*Priester* 71.

[44] RGZ 77, 152, 155; 82, 375, 378; dazu auch unten § 55, 77 und 87.

[45] Vgl. *Hüffer*-GroßkommHGB[4] § 16, 24 ff; *Baur* ZGR 1972, 421, 424.

[46] Dazu *Hüffer* aaO (Fn 45) 27.

[47] BGHZ 80, 212, 216 = NJW 1981, 2125; vgl. näher Anh § 47, 80.

b) **Mängel des Eintragungsverfahrens.** Ist zwar der Beschluß fehlerfrei, fehlt es **33**
aber an einer **Anmeldung** oder ist diese nicht durch vertretungsberechtigte Personen vorgenommen, so hat die gleichwohl erfolgte Eintragung keine Wirkung[48]. Die fehlende Anmeldung kann freilich nachgeholt werden[49]. Hierzu ist den Beteiligten vor Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens nach § 142 Abs. 1 FGG (Rdn 57) Gelegenheit zu geben. Auf die Wirksamkeit der Eintragung ohne Einfluß ist demgegenüber das Fehlen oder die Unrichtigkeit des in Abs. 1 S. 2 vorgeschriebenen vollständigen Satzungswortlauts oder der notariellen Bescheinigung[50]. Beides kann auch nachträglich angefordert werden.

Sind Beschluß und Anmeldung in Ordnung, trägt das Registergericht jedoch verse- **34**
hentlich etwas **Abweichendes** ein, so wird die Satzungsänderung mangels Vorliegens der Voraussetzungen des Abs. 3 nicht wirksam[51]. Gleiches gilt, wenn in den Fällen des § 10 Abs. 1 und 2 dem Erfordernis ausdrücklicher Eintragung (Rdn 25) nicht genügt wird oder wenn die Eintragung im Register nicht des satzungsmäßigen Sitzes, sondern einer Zweigniederlassung erfolgt. Zur Amtslöschung in derartigen Fällen vgl. Rdn 57, zur Frage der Teilwirksamkeit vgl. Rdn 35.

c) **Teilwirksamkeit.** Gibt eine Eintragung den Satzungsänderungsbeschluß nur teil- **35**
weise richtig wieder, so sollte nach früher verbreiteter Ansicht[52] teilweise Wirksamkeit insoweit eintreten, als der mit dem Beschluß übereinstimmende Teil der Eintragung als solcher Bestand haben konnte. Dem ist, abgesehen vom Sonderfall der teilweisen Übereinstimmung angemeldeter und eingetragener Kapitalerhöhung (dazu vgl. § 57, 54 f), nur in den Fällen zu folgen, in denen einerseits der übereinstimmende Teil von Beschluß und Eintragung auch getrennt hätte angemeldet werden können und andererseits anzunehmen ist, daß die Anmeldung trotz Unwirksamkeit der restlichen Teile auch in diesem beschränkten Umfang gewollt gewesen wäre[53]. Für eine Teilwirksamkeit einheitlicher und sachlich zusammenhängender, unrichtig eingetragener Satzungsänderungen bleibt somit nur in seltenen Fällen Raum. Zur Frage der Teilnichtigkeit eines teilweise fehlerhaften *Änderungsbeschlusses* vgl. § 53, 97.

IV. Die Bekanntmachung

1. Gegenstände (Abs. 2 S. 2)

Die allgemeine Pflicht zur Bekanntmachung von Handelsregistereintragungen ist in **36**
§ 10 HGB geregelt (zum Ort der Bekanntmachung vgl. § 10, 23). Für den Fall der Satzungsänderung bestimmen sich die Gegenstände der Veröffentlichung nach § 54 Abs. 2 S. 2 iVm § 10 Abs. 3 und § 12 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Durch das **Gericht des Sitzes** zu veröffentlichen ist danach der **Inhalt der Eintragung**, d. h. die ausdrücklichen Eintragungen in den Fällen von § 10 Abs. 1 und 2 (Rdn 25), im übrigen die Mitteilung, daß die Satzung geändert wurde, sowie der Tag des Gesellschafterbeschlusses und das Datum der Eintragung[54]. Darüber hinaus bedarf es nach § 10 Abs. 3 aE auch der Veröffentlichung von geänderten oder neueingefügten Satzungsregelungen über die

[48] HM, vgl. BayObLG DB 1985, 1223; Scholz/*Priester* 83; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 28; *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 8; aA *Baums* aaO S. 133 ff; zur Frage der Teilwirksamkeit bei Auseinanderfallen von Anmeldung und Eintragung vgl. Rdn 35.

[49] KGJ 28 A 228, 229.

[50] Scholz/*Priester* 83; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 28.

[51] Ebenso Scholz/*Priester* 85.

[52] RGZ 132, 22, 26; Hachenburg/*Schilling*[6] 6; *Scholz*[5] 20.

[53] So auch Keidel/Kuntze/*Winkler* FGG[12] § 127, 12 aE; Scholz/*Priester* 88; früher schon *Köhler* JW 1931, 2983 in Auseinandersetzung mit RGZ 132, 22, 25 f; ähnlich *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 8.

[54] Ebenso Scholz/*Priester* 74.

Form öffentlicher Bekanntmachungen der Gesellschaft. Hierbei genügt ebenso wie in den Fällen des § 10 Abs. 1 und 2 die deutliche Bezeichnung des Inhalts der Änderung (Rdn 25); einer Veröffentlichung des Wortlauts der Neufassung bedarf es nicht. Im Fall von *Sachkapitalerhöhungen* genügt abweichend von § 10 Abs. 3 nach der Sonderregelung des § 57 b nF anstelle der Veröffentlichung der Festsetzungen eine Bezugnahme auf die Eintragungsunterlagen (§ 57 b, 3).

37 Für das **Gericht der Zweigniederlassung** bestehen nach § 12 Abs. 2 S. 2 grundsätzlich die gleichen Veröffentlichungspflichten. Eine Einschränkung gilt nur für Angaben über Sacheinlagen, wenn die Eintragung im Zweigregister später als zwei Jahre nach Eintragung dieser Angaben in das Register am Sitz der Gesellschaft erfolgt (§ 12 Abs. 2 S. 2 aE).

2. Wirkungen

38 Die Wirkungen der Veröffentlichung bestimmen sich nach **§ 15 Abs. 2 und 4 HGB.** Ist die Veröffentlichung erfolgt, so müssen Dritte die eingetragenen und bekanntgemachten Satzungsänderungen auch dann gegen sich gelten lassen, wenn sie hiervon keine Kenntnis erlangt haben; eine Einschränkung gilt nach § 15 Abs. 2 S. 2 HGB nur während der Übergangszeit von 15 Tagen nach Bekanntmachung. Bedeutung kommt der Offenlegungsfunktion des § 15 Abs. 2 HGB vor allem in denjenigen Fällen zu, in denen Satzungsänderungen über die Vertretungsmacht der Geschäftsführer in Frage stehen. Die Anwendung von § 15 Abs. 1 HGB kommt demgegenüber bei Satzungsänderungen nur für die Zeit zwischen Eintragung und Bekanntmachung in Betracht, weil die Änderung erst mit der Eintragung Wirksamkeit erlangt (§ 54 Abs. 3) und bis dahin Dritten schon deshalb nicht entgegengesetzt werden kann.

39 Im Falle **unrichtiger Bekanntmachung** einer Satzungsänderung greift § 15 Abs. 3 HGB jedenfalls dann ein, wenn die Eintragung (und Bekanntmachung) von den Organen der GmbH durch Anmeldung veranlaßt worden ist[55]. Darauf, ob nur die Bekanntmachung oder auch die Eintragung selbst unrichtig, die Satzungsänderung also gar nicht wirksam geworden ist, kommt es für die Anwendung der Vorschrift nicht an[56]. Ihre Rechtsfolge besteht darin, daß die GmbH gegenüber demjenigen, der sich auf den Inhalt der bekanntgemachten Satzungsänderung beruft, deren Unrichtigkeit nicht geltend machen kann, sofern sie ihm nicht bekannt ist.

V. Registerkontrolle

1. Grundsatz

40 Allgemein zu Rechtsgrundlagen, Gegenständen und Umfang der **registergerichtlichen Prüfungsfunktion** im Rahmen von GmbH-Eintragungen vgl. § 9 c, 6 ff. Die in §§ 9 c, 57 a für die Prüfung von Gründung und Kapitalerhöhung zum Ausdruck kommenden Grundsätze gelten auch für die Kontrolle sonstiger die GmbH betreffender Eintragungen in das Handelsregister, darunter namentlich für diejenige von Satzungsänderungen, auch soweit sie anders als Kapitalerhöhungsbeschlüsse nicht unter § 57 a fallen[57]. Ein Umkehrschluß von dieser Sondervorschrift auf sonstige Satzungsänderun-

---

[55] Zum Streit um die Geltung des Veranlassungsprinzips im Rahmen von § 15 Abs. 3 vgl. *Hüffer*-GroßkommHGB[4] § 15, 43 ff, 48 m. Nachw.

[56] *Hüffer* aaO 50.

[57] EinhM, vgl. Scholz/*Priester* 28; Rowedder/*Zimmermann* 15; so schon RGZ 148, 175, 187 für die Satzungsänderung einer AG.

gen und deren Herausnahme aus der Registerkontrolle wäre weder mit dem für das GmbH-Recht geltenden Normativsystem (§ 9c, 6) noch mit der Publizitätsfunktion des Handelsregisters vereinbar (vgl. auch § 57a, 2).

2. Satzungsänderungen

a) Prüfungsgegenstände. α) Ordnungsmäßigkeit von Beschluß und Anmeldung. 41
Gegenstand der Prüfung ist entsprechend § 9c S. 1 in erster Linie die Ordnungsmäßigkeit der Beschlußfassung und der Anmeldung der Satzungsänderung[58]. Hierzu gehört die **Kontrolle des Änderungsbeschlusses** darauf, ob die Dreiviertelmehrheit der Stimmen erreicht und er in der gehörigen Form beurkundet ist, sowie ob im Fall von Leistungsvermehrungen oder Eingriffen in Sonderrechte oder sonstige unentziehbare Rechte die betroffenen Gesellschafter ihre Zustimmung erteilt haben (vgl. auch Rdn 45 f). Hinsichtlich des *Inhalts des notariellen Beschlußprotokolls* und der darin getroffenen Feststellungen über die Zahl der abgegebenen Stimmen sowie über die Gesellschaftereigenschaft oder Vertretungsmacht der an der Abstimmung Teilnehmenden kann das Registergericht grundsätzlich von der Richtigkeit ausgehen[59]. Anderes gilt bei Unklarheiten des Protokollinhalts sowie beim Vorliegen konkreter Verdachtsmomente oder sonstiger begründeter Zweifel an der Richtigkeit des Protokolls: hier kann der Richter auch eigene Sachverhaltsermittlungen vornehmen oder die Beteiligten zu den erforderlichen Aufklärungen veranlassen (§ 12 FGG). Soweit es um die *Prüfung der Gesellschaftereigenschaft* geht, ist er nicht auf die nach § 40 eingereichte Gesellschafterliste und die Erklärungen der Geschäftsführer beschränkt, sondern kann sich bei Bedarf auch die Erwerbsurkunden vorlegen lassen[60]. Eine routinemäßige Anforderung der Erwerbsurkunden wäre allerdings als Überspannung der Prüfungsfunktion zu beurteilen.

Bei der **Kontrolle der Anmeldung** hat der Registerrichter die *Legitimation* der 42
Anmelder, die *Form* der Anmeldung (§ 12 Abs. 1 HGB) sowie die Vollständigkeit und Ordnungsmäßigkeit der beizufügenden *Unterlagen* (Rdn 14 ff) zu prüfen. Ebenso fällt hierunter die Kontrolle der Übereinstimmung von Anmeldungsinhalt und Änderungsbeschluß; dazu gehört auch die schlagwortartige Angabe der in § 54 Abs. 2 S. 1 iVm § 10 Abs. 1 und 2 genannten, die ausdrückliche Eintragung erforderlich machenden Änderungsgegenstände (Rdn 25).

β) Beschlußinhalt. Neben der Prüfung der Ordnungsmäßigkeit von Beschlußfassung 43
und Anmeldung gehört zur Registerkontrolle nach heute ganz hM auch diejenige des **Inhalts der Änderungsbeschlüsse**[61]. Das gilt uneingeschränkt für die Prüfung des Vorliegens von *Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgründen* (vgl. Rdn 45 f). Dagegen beschränkt sich im Falle der *Anfechtbarkeit* die Prüfungsfunktion auf solche Mängel, die auf Verstößen des Beschlußinhalts gegen zwingende Vorschriften des GmbHG beruhen (str., vgl. Rdn 49). Die Geltendmachung von Verstößen gegen Satzungsvorschriften, aber auch von solchen gegen die sog. beweglichen Schranken der Mehrheitsherrschaft (Gleichbehandlungsgrundsatz, Treupflicht, vgl. § 53, 64 ff), bleibt den betroffenen Gesellschaftern im Wege der Anfechtungsklage überlassen; der Registerrichter hat entsprechenden Bedenken weder von Amts wegen nachzugehen noch kann er

---

[58] BayObLG BB 1983, 83; vgl. auch § 9c, 9 ff.

[59] AA (für zwingende Bindung des Registergerichts an die notariellen Feststellungen zum Beschlußergebnis) *Baums* Eintragung S. 88 f; so wohl auch Scholz/*Priester* 34; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 19; wie hier Rowedder/*Zimmermann* 17.

[60] So auch Scholz/*Priester* 33.

[61] Vgl. näher § 9c, 9, 19 ff, 22.

deshalb die Eintragung ablehnen. Zu den besonderen registerrichterlichen Prüfungsaufgaben bei Sachkapitalerhöhungen vgl. § 57 a, 5 und 8 ff.

44 Das Registergericht hat die Änderungsbeschlüsse weiter auch darauf zu kontrollieren, ob sie in den *für Dritte bedeutsamen Satzungsteilen*, wie etwa bei den Regelungen über die Kapitalverhältnisse (§§ 55 bis 58) oder über die Vertretungsmacht der Geschäftsführer (§ 35 Abs. 2), **offensichtliche Unklarheiten oder Unrichtigkeiten** enthalten[62]. Eine generelle Kontrolle der Satzung oder ihrer Änderungen auf Eindeutigkeit und Klarheit des Beschlußinhalts ist zwar nicht seine Aufgabe[63]; ebenso scheidet eine bloße Zweckmäßigkeitskontrolle aus[64]. Wohl aber hat das Registergericht darüber zu wachen, daß der Satzungswortlaut in den auch für *Nichtgesellschafter* relevanten Teilen nicht die Gefahr einer Irreführung begründet[65]. Das folgt aus den gleichen dem Verkehrsschutz dienenden Gründen, die zur Bejahung der Kontrollbefugnis bei Verstößen gegen zwingendes Recht führen, auch wenn diese nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit des Änderungsbeschlusses zur Folge haben (Rdn 49). In diesen Grenzen hat das Registergericht offensichtlich mehrdeutige oder im Widerspruch zum sonstigen Satzungsinhalt stehende Änderungsbeschlüsse zu beanstanden und auf eine Klarstellung hinzuwirken; so wenn im Zuge einer Kapitalerhöhung zwar die Stammkapitalziffer in der Satzung geändert wird, die Angaben über die früheren Stammeinlagen der Gesellschafter jedoch unverändert beibehalten bleiben[66]. Die Beanstandungen können sich auch gegen die Beibehaltung inhaltlich überholter, für Dritte bedeutsamer Bestandteile im Satzungswortlaut richten, namentlich wenn diese wegen Unvereinbarkeit mit neuerem zwingendem Recht außer Kraft getreten sind (zur Streichungskompetenz bei derartigen redaktionellen Änderungen vgl. § 53, 27 f). Kommt die Gesellschaft dem Klarstellungsverlangen nicht nach und räumt sie die Bedenken des Registergerichts auch nicht auf andere Weise aus, so hat dieses die Eintragung abzulehnen.

45 b) **Mangelfolgen.** α) **Nichtigkeit.** Nichtige Beschlüsse darf das Registergericht *nicht* eintragen[67]. Das gilt auch dann, wenn durch die Eintragung die Nichtigkeit geheilt würde (Rdn 32). Bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten über das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes, so kann das Registergericht nach pflichtgemäßem Ermessen, wenn es nicht selbst über die Eintragungsvoraussetzungen entscheiden will, von Amts wegen oder auf Antrag die *Eintragung* nach § 127 FGG solange *aussetzen*, bis eine Entscheidung des Prozeßgerichts über die Streitfrage ergangen ist[68]. Ist noch kein Rechtsstreit anhängig, so kann es den Beteiligten nach § 127 S. 2 FGG eine Frist zur Klageerhebung setzen und bei Nichteinhaltung der Frist die Eintragung ablehnen, weil die Rechtmäßigkeit des Beschlusses nicht nachgewiesen ist[69]. Zur *Eintragung rechtskräftiger Urteile*, durch die eine eingetragene Satzungsänderung für nichtig erklärt ist, vgl. Rdn 5, zur Amtslöschung nichtiger Eintragungen Rdn 55 f.

46 β) **Unwirksamkeit.** Satzungsänderungsbeschlüsse sind trotz Erreichens der Dreiviertelmehrheit unwirksam, solange eine nach GmbH-Recht erforderliche Zustimmung

---

[62] HM, vgl. KG DR 1942, 1059; BayObLG DB 1971, 1612; WM 1985, 572; OLG Stuttgart Justiz 1980, 354; § 9 c, 10; Scholz/*Priester* 35; *Baums* S. 103.

[63] OLG Köln WM 1981, 1263, 1264; LG Frankfurt Rpfleger 1976, 251; Scholz/*Priester* 35.

[64] BayObLG BB 1983, 83; WM 1985, 572.

[65] So zu Recht auch BayObLG WM 1985, 572; aA OLG Köln und LG Frankfurt aaO (Fn 63).

[66] BayObLG DB 1971, 1612.

[67] EinhM, vgl. BayObLG DB 1972, 1015; GmbH-Rdsch. 1982, 43; Anh § 47, 84; Scholz/*Priester* 41; *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 7 a.

[68] Vgl. auch Rdn 52; zu den für die Ermessensausübung maßgebenden Gesichtspunkten vgl. *Jansen* FGG² § 127, 6.

[69] Vgl. näher *Jansen* FGG² § 127, 2 ff; Keidel/Kuntze/*Winkler* FGG¹² § 127, 27 ff, 39 f; aA *Baums* Eintragung S. 62 ff und BB 1981, 263, der den Registerrichter für verpflichtet hält, einzutragen, solange nicht die Nichtigkeit des Beschlusses feststeht.

einzelner Gesellschafter noch aussteht (§ 53, 91). Stellt das Gericht einen derartigen Mangel fest, so kann es den Beteiligten durch Zwischenverfügung aufgeben, die fehlende Zustimmung einzuholen und den Nachweis hierüber zu führen. Steht die Verweigerung der Zustimmung fest oder kommen die Beteiligten der Aufforderung nicht nach, so ist die Eintragung abzulehnen[70].

47 γ) **Anfechtbarkeit.** Ergeben sich im Rahmen der registergerichtlichen Prüfung oder aufgrund von Hinweisen Beteiligter konkrete Anhaltspunkte für die Anfechtbarkeit des Satzungsänderungsbeschlusses, so fragt sich, ob das Registergericht die beantragte Eintragung gleichwohl verfügen darf. Eine vor allem im Registerrecht verbreitete Meinung ging bisher dahin, die Eintragungsfähigkeit für das GmbH-Recht grundsätzlich zu bejahen[71]. Demgegenüber befürwortet die neuere Ansicht zu Recht eine *differenzierende Lösung* je nach Verfahrensstand und Art des Anfechtungsgrundes[72]. Im einzelnen ist wie folgt zu unterscheiden.

48 Ist **Anfechtungsklage** erhoben, so hat das Registergericht nach *pflichtgemäßem Ermessen* zu entscheiden, ob es dem Eintragungsantrag gleichwohl stattgibt[73]. Im Zweifel wird es die Eintragung nach § 127 S. 1 FGG bis zur Entscheidung des Anfechtungsprozesses aussetzen (Rdn 52). Eine alsbaldige Eintragung trotz des schwebenden Anfechtungsprozesses kommt vor allem dann in Betracht, wenn sich die Anfechtungsgründe bei vorläufiger Prüfung als wenig stichhaltig erweisen und ein berechtigtes Interesse der Gesellschaft bzw. der satzungsändernden Mehrheit an alsbaldiger Eintragung besteht[74]. Entsprechendes gilt im Fall *angekündigter* Anfechtungsklage vor Ablauf der Anfechtungsfrist; hier hat das Registergericht im Fall der Aussetzung den ankündigenden Gesellschaftern nach § 127 S. 2 FGG eine Frist zur Klageerhebung zu setzen (Rdn 52).

49 Ohne erhobene oder angekündigte Anfechtungsklage bildet die **Anfechtbarkeit** des Satzungsänderungsbeschlusses grundsätzlich nur dann ein Eintragungshindernis, wenn **Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit** berührt sind[75]. Das ist zu bejahen im Falle von – nicht zur Nichtigkeit führenden – Verstößen gegen zwingendes GmbH-Recht oder gegen sonstige, auch dem Interessse der Gläubiger oder der Öffentlichkeit dienende, aber nicht den Nichtigkeitsgrund des § 241 Nr. 3 AktG auslösende Vorschriften[76]. Demgegenüber sind die Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie Verstöße gegen Satzungsrecht oder gegen ungeschriebene, ausschließlich dem Interesse der Gesellschafter(-minderheit) dienende Schranken solange nicht als Eintragungshindernis

---

[70] Ganz hM, vgl. RGZ 136, 185, 192; KGJ 35 A 162, 166; 53 A 101; Scholz/*Priester* 48; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 18; enger *Baums* Eintragung S. 93.

[71] Vgl. *Jansen* FGG² § 125, 24; Keidel/Kuntze/*Winkler* FGG¹² § 127, 13; ebenso noch Voraufl. Anh § 47, 221 (*Schilling/Zutt*); tendenziell auch Scholz/*K. Schmidt* § 45, 126.

[72] So im Anschluß an die Entwicklung der aktienrechtlichen Diskussion die heute wohl schon hM im GmbH-Recht, vgl. Scholz/*Priester* 52 f; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 19 f; *Lutter/Hommelhoff* 6; für den Fall erhobener oder angekündigter Anfechtungsklage auch Rowedder/*Zimmermann* 20. Vgl. auch Anh § 47, 187 (*Raiser*).

[73] So – mit tendenziell unterschiedlicher Akzentsetzung – auch Scholz/*Priester* 53; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 19 f; Rowedder/*Zimmermann* 20.

[74] So auch *Jansen* FGG² § 127, 7; Keidel/Kuntze/*Winkler* FGG¹² § 127, 36 f; Scholz/*Priester* 53; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 126; Rowedder/*Zimmermann* 20; ebenso im Aktienrecht *Wiedemann*-GroßkommAktG § 181, 7 c; *Zöllner*-KölnKommAktG² § 181, 37; enger *Baums* Eintragung S. 159 ff.

[75] So im Anschluß an die durch *Lutter* (NJW 1969, 1873, 1878) angestoßene aktienrechtliche Diskussion Scholz/*Priester* 52; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 19 f; *Lutter/Hommelhoff* 6; wohl auch BayObLG WM 1987, 502, 503; aA (für grundsätzliche Eintragbarkeit, solange Anfechtungsklage weder erhoben noch angedroht ist) OLG Köln GmbH-Rdsch. 1982, 211, 212; Rowedder/*Zimmermann* 21.

[76] Vgl. Scholz/*Priester* und Baumbach/Hueck/*Zöllner* aaO (Fn 75) mit Beisp. Weitergehend *Baums* S. 57 f, 64 ff, der jeden Verstoß gegen zwingendes Recht als Eintragungshindernis wertet.

anzusehen, als sich nicht ein Teil der Gesellschafter hierauf beruft[77]; das gilt umso mehr im Fall der Einmann-GmbH. Dagegen, aktienrechtlichem Vorbild entsprechend in derartigen Fällen auf den Ablauf der Anfechtungsfrist abzustellen, spricht namentlich auch das Fehlen einer eindeutigen, auf einen Monat nach Beschlußfassung beschränkten Anfechtungsfrist entsprechend § 246 Abs. 1 AktG (vgl. Anh § 47, 177)[78].

50 Eine Besonderheit gilt für die Eintragung von **Verschmelzungsbeschlüssen**. Für sie verlangt § 24 Abs. 2 S. 1 KapErhG (in Übereinstimmung mit § 345 Abs. 2 S. 1 AktG für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften) als Anmeldungserfordernis die Erklärung der Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaften mbH, daß die Beschlüsse innerhalb der Anfechtungsfrist nicht angefochten worden sind. Insoweit ist daher entgegen den Ausführungen in Rdn 48 auch im GmbH-Recht grundsätzlich der Ablauf der Anfechtungsfrist abzuwarten. Anderes gilt nach zutr. BGH-Rechtsprechung dann, wenn die Anfechtungsklage unzulässig oder unbegründet, d. h. nach Ansicht des Registergerichts „zweifelsfrei ohne Erfolgsaussicht" ist[79]: dann braucht der Ausgang des Anfechtungsprozesses nicht abgewartet zu werden.

3. Verfahren

51 Für die Sachverhaltsermittlung durch das Registergericht, den Erlaß einer **Zwischenverfügung** und die Fristsetzung für die Beseitigung von Eintragungshindernissen durch die Anmelder gelten die allgemeinen Grundsätze des Registerrechts. Hierzu und zu den Beschwerdemöglichkeiten der Anmelder vgl. Näheres in § 9c, 41 und 43f m. Nachw.

4. Aussetzung

52 Von der Ablehnung der Eintragung zu unterscheiden ist die Möglichkeit der Aussetzung nach § 127 FGG. Sie erfordert in jedem Fall das Bestehen eines **streitigen Rechtsverhältnisses** zwischen klageberechtigten Gesellschaftern und der GmbH und kommt auch nur dann in Betracht, wenn der Registerrichter es nach pflichtgemäßem Ermessen für angebracht hält, eine Klärung durch das Prozeßgericht abzuwarten (vgl. schon Rdn 48). Das wird bei *angefochtenen* Änderungsbeschlüssen regelmäßig der Fall sein, wenn nicht entweder die Aussichten der Anfechtungsklage gering sind oder durch die Aussetzung der Eintragung wesentliche Interessen der Gesellschaft betroffen werden (Rdn 48). Ist die Anfechtungsklage angedroht, aber noch nicht erhoben, so kann der Registerrichter hierfür nach § 127 S. 2 FGG eine Frist bestimmen. Ist die Frist des § 127 S. 2 FGG oder die „angemessene" Anfechtungsfrist (Anh § 47, 177) abgelaufen, so hat das Registergericht die bloß anfechtbare Satzungsänderung in jedem Fall einzutragen.

5. Amtslöschung

53 a) **Grundlagen.** Eine Amtslöschung eingetragener Satzungsänderungen kommt nach Maßgabe der §§ 142 Abs. 1, 144 Abs. 2 FGG in Betracht. Soweit es um **sachliche**

---

[77] Ähnlich Baumbach/Hueck/*Zöllner* 19f; wohl auch *Lutter/Hommelhoff* 6; weitergehend (für Eintragungspflicht auch bei Anfechtbarkeit wegen Gesetzesverstoß) Rowedder/*Zimmermann* 21; auf die Umstände des Falles abstellend Scholz/*K. Schmidt* § 45, 126; aA *Baums* S. 57f, 64ff (keine Eintragungsfähigkeit bei Verstößen gegen zwingendes Recht).

[78] So zutr. Scholz/*Priester* 50.

[79] BGH NJW 1990, 2747, 2750; ähnlich schon OLG Hamm WM 1980, 943; OLG Frankfurt ZIP 1990, 509; *Hoffmann-Becking* Festschrift Fleck (1988) S. 105, 118; *Timm/Schick* DB 1990, 1221f.

Mängel geht, die auf inhaltlichen Verstößen des Satzungsänderungsbeschlusses gegen zwingendes Recht beruhen, greift die hierauf bezogene Sondervorschrift des § 144 Abs. 2 FGG ein (Rdn 55); ein Rückgriff auf § 142 Abs. 1 FGG ist in diesen Fällen ausgeschlossen[80].

Umstritten ist demgegenüber die Löschungsbefugnis im Fall von **Verfahrensmängeln** **54**
(Fehlen einer Anmeldung durch Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl, Auseinanderfallen von Anmeldung und Eintragung u. a.). Während die Rechtsprechung der Registergerichte auch insoweit auf die strenge Vorschrift des § 144 Abs. 2 FGG abstellt, weil darin die Löschungsvoraussetzungen eines eingetragenen Gesellschafterbeschlusses abschließend geregelt seien[81], zieht die in der Literatur ganz überwM insoweit die auf unzulässige Eintragungen bezogene Vorschrift des **§ 142 Abs. 1 FGG** heran[82]. Dem ist angesichts des Wortlauts und der Funktion der §§ 142 Abs. 1, 144 Abs. 2 FGG zu folgen. Für einen weitergehenden, an § 144 Abs. 2 FGG orientierten Bestandsschutz unzulässiger Eintragungen besteht auch bei Kapitalgesellschaften keine Notwendigkeit.

b) **Voraussetzungen. α) Amtslöschung nach § 144 Abs. 2 FGG.** Sie setzt voraus, **55**
daß *erstens* der eingetragene Beschluß durch seinen **Inhalt zwingendes Recht verletzt** und *zweitens* seine **Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich** erscheint. Öffentliches Interesse umfaßt sowohl das Interesse der Allgemeinheit als auch dasjenige bestimmter außenstehender Gruppen, namentlich der Gläubiger, nicht aber dasjenige der Gesellschafter[83]. Die Löschungsvoraussetzungen ähneln damit den Nichtigkeitsgründen des § 241 Nr. 3 AktG; dies freilich mit der Besonderheit, daß das öffentliche Interesse sich auf die Beseitigung des Beschlusses beziehen muß. Auch wenn die Dreijahresfrist des § 242 Abs. 2 AktG abgelaufen und der Mangel der Nichtigkeit dadurch geheilt ist, steht das der Amtslöschung nicht entgegen; allerdings wird das Interesse an der Beseitigung regelmäßig um so geringer sein, je mehr Zeit seit Eintragung des Beschlusses verstrichen ist[84].

Entsprechend den in Rdn 55 genannten Voraussetzungen kommt eine Amtslöschung **56**
nach § 144 Abs. 2 FGG in aller Regel nur bei solchen Satzungsänderungen in Betracht, die die **Nichtigkeitsvoraussetzungen des § 241 Nr. 3 oder 4 AktG** erfüllen. Demgegenüber wird die Nichtigkeit wegen Einberufungs- oder Formmangels von § 144 Abs. 2 FGG nicht erfaßt. Für eine Amtslöschung nach dieser Vorschrift ist aber auch bei Beschlüssen, die wegen fehlender Zustimmung *unwirksam* sind (§ 53, 91), regelmäßig kein Raum, da es hier am öffentlichen Interesse an ihrer Beseitigung fehlt[85]. Gleiches gilt für eine Amtslöschung bloß *anfechtbarer* Beschlüsse. Sie scheidet ohnehin aus, soweit die Anfechtbarkeit im Unterschied zur Nichtigkeit kein Eintragungshindernis bildet (vgl. näher Rdn 43, 47 ff).

β) **Amtslöschung nach § 142 Abs. 1 FGG.** Sie bezieht sich auf Eintragungen, die **57**
wegen „Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig" waren. Ein Rückgriff

---

[80] Ganz hM, vgl. *Jansen* FGG² § 144, 6; Keidel/Kuntze/*Winkler* FGG¹² § 144, 5; Scholz/*Priester* 78; *Zöllner*-KölnKommAktG § 241, 140 ff, 143.

[81] So grundlegend KGJ 37 A 152, 155 f; BayObLGZ 1955, 333, 340 und 1956, 303, 310 ff; OLG Hamm OLGZ 1971, 226, 227 und BB 1981, 259, 261; OLG Karlsruhe BB 1986, 550, 551. Ebenso noch Hachenburg/*Schilling*⁶ 14; dem zust. jetzt auch *Lutter/Friedewald* ZIP 1986, 691, 692 f.

[82] So *Jansen* FGG² § 144, 6; Keidel/Kuntze/*Winkler* FGG¹² § 144, 5; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 28; Rowedder/*Zimmermann* 34; *Zöllner*-KölnKommAktG § 241, 143; der Sache nach auch Scholz/*Priester* 78, 83 ff; aA *Lutter/Friedewald* ZIP 1986, 691, 692 f.

[83] *Jansen* FGG² § 144, 15; Scholz/*Priester* 77.

[84] Scholz/*Priester* 80; *Zöllner*-KölnKommAktG § 241, 138.

[85] So auch Scholz/*Priester* 81.

hierauf ist bei eingetragenen Satzungsänderungen wegen des Vorrangs von § 144 Abs. 2 FGG (Rdn 53) nur im Fall von **Verfahrensmängeln** möglich (str., vgl. Rdn 54). Unter ihnen scheiden die verfahrensrechtlichen Nichtigkeitsgründe des § 241 Nr. 1 (Einberufungsmangel) und Nr. 2 (Formmangel) aus; dieser wegen der Heilungswirkung der Eintragung (§ 242 Abs. 1 AktG), jener deshalb, weil es sich nicht um einen gravierenden Mangel iSv § 142 Abs. 1 FGG handelt und seine Geltendmachung den Beteiligten überlassen bleiben kann[86]. Wohl aber können nach § 142 Abs. 1 FGG solche Eintragungen gelöscht werden, die ohne oder **ohne wirksame Anmeldung** vorgenommen worden sind (Rdn 33) oder deren Inhalt von der beschlossenen und angemeldeten Satzungsänderung abweicht (Rdn 34)[87].

58 c) **Löschungsverfahren.** Vgl. dazu näher Erläut. zu § 75. Seine Einleitung erfolgt von Amts wegen, ggf. aufgrund der Anregung von an der Löschung interessierten Personen oder von Organen des Handelsstands[88]. Zuständig ist das **Registergericht**, daneben nach Maßgabe von § 143 FGG auch das ihm vorgeordnete Landgericht. Die Entscheidung erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen; dabei hat das Gericht namentlich einerseits das Interesse der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung der sie betreffenden Eintragung, andererseits das öffentliche Interesse an der Beseitigung einer im Handelsregister verlautbarten unrichtigen oder gesetzwidrigen Eintragung zu berücksichtigen. Die **Gesellschaft als Beteiligte** ist in jedem Fall von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen. Ihr ist eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen (§ 142 Abs. 2 FGG); im Fall von § 144 Abs. 2 FGG soll die Frist mindestens drei Monate betragen (§ 144 Abs. 3 FGG). Über den *Widerspruch* entscheidet das die Amtslöschung betreibende Gericht. Gegen die zurückweisende Verfügung ist die sofortige Beschwerde, gegen deren Zurückweisung im Falle einer vom Registergericht betriebenen Löschung die sofortige weitere Beschwerde, jeweils innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, gegeben (§§ 22, 29 Abs. 2, 141 Abs. 3, 142 Abs. 3, 143 Abs. 2 FGG). Die *Löschung* darf nur erfolgen, wenn Widerspruch nicht erhoben oder wenn die den Widerspruch zurückweisende Verfügung rechtskräftig geworden ist (§§ 141 Abs. 4, 142 Abs. 3 FGG).

§ 55

Wird eine Erhöhung des Stammkapitals beschlossen, so bedarf es zur Übernahme jeder auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers.

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

Wird von einem der Gesellschaft bereits angehörenden Gesellschafter eine Stammeinlage auf das erhöhte Kapital übernommen, so erwirbt derselbe einen weiteren Geschäftsanteil.

---

[86] So auch *Zöllner*-KölnKommAktG § 241, 141 f.

[87] So auch *Jansen FGG*[2] § 144, 6; Scholz/*Priester* 83 und 85; *Zöllner*-KölnKommAktG § 241, 143; Gegenansichten vgl. in Fn 81.

[88] Zur Beschwerdemöglichkeit bei Ablehnung der Verfahrenseinleitung vgl. §§ 19, 20 FGG; dazu OLG Hamm BB 1981, 259, 260.

Die Bestimmungen in § 5 Abs. 1 und 3 über den Betrag der Stammeinlagen sowie die Bestimmung in § 5 Abs. 2 über die Unzulässigkeit der Übernahme mehrerer Stammeinlagen finden auch hinsichtlich der auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage Anwendung.

Übersicht

	Rdn
I. Einführung	
1. Inhalt der Vorschrift	1
2. Sonstige für Kapitalerhöhungen relevante Vorschriften	3
3. Reform	4
4. Anwendbarkeit von Gründungsrecht?	5
5. Andere Arten von Kapitalerhöhungen	
a) Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln	6
b) Ausschüttungs-Rückholverfahren	7
c) Sonstige	8
6. Neubildung von Geschäftsanteilen ohne Kapitalerhöhung	9
II. Der Kapitalerhöhungsbeschluß	
1. Notwendige Erfordernisse	
a) Satzungsänderung	10
b) Erhöhungsbetrag	12
c) Zustimmung nach § 53 Abs. 3?	16
d) Neufassung des Satzungswortlauts	18
2. Sonstiger Beschlußinhalt	
a) Nebenpflichten und Vorzugsrechte	20
b) Fakultative Bestandteile	21
c) Aufstockung von Geschäftsanteilen (Abs. 3)	22
3. Zeitpunkt der Kapitalerhöhung	
a) Allgemeines	24
b) Im Gründungsstadium	26
c) Im Liquidationsstadium	
α) Grundsatz	27
β) Nach Konkurseröffnung	28
4. Zustimmungspflicht der Gesellschafter	
a) Kraft Rechtsgeschäft	30
b) Kraft Treupflicht	31
5. Beschlußmängel	32
III. Die Zulassung zur Übernahme (Abs. 2 S. 1)	
1. Zulassungsbeschluß	
a) Bedeutung und Rechtsnatur	33
b) Zuständigkeit der Gesellschafter	35
c) Verhältnis zu Erhöhungsbeschluß und Übernahmevertrag	37
2. Bezugsrecht der Gesellschafter?	
a) Meinungsstand	39
b) Stellungnahme	40
c) Folgerungen	44
3. Schranken des Zulassungsbeschlusses	
a) Gleichbehandlungsgrundsatz	46
b) Treupflicht	47
c) Rechtsfolgen fehlerhafter Zulassung	49
4. Person des Übernehmers	
a) Grundsatz	50
b) Gesamthandsgemeinschaften	53
c) Keine Übernahme durch die Gesellschaft selbst oder verbundene Unternehmen	56
IV. Die Übernahme der neuen Stammeinlagen	
1. Bedeutung und Rechtsnatur	59
2. Die Übernahmeerklärung	
a) Form (Abs. 1)	61
b) Inhalt	65
c) Zeitliche Bindung	68
d) Bedingungen	70
3. Zustandekommen des Übernahmevertrags	
a) Annahme durch die Gesellschaft	71
b) Grenzen aus § 181 BGB	73
4. Wirkungen der Übernahme	
a) Allgemeines	75
b) Rücktritt des Übernehmers	79
c) Über- oder Unterschreitung des Erhöhungsbetrags durch das Zeichnungsergebnis	80
5. Schuldrechtliche Nebenabreden	82
6. Vorverträge	
a) Allgemeines	83
b) Verpflichtung zur Übernahme	84
c) Zusicherung von Anteilen	86
7. Mängel des Übernahmevertrags – Geltendmachung vor Eintragung	87
V. Das Ausschüttungs-Rückholverfahren	
1. Allgemeines	90
2. Satzungsrechtliche Rückgewährpflichten	92
3. Satzungsregelungen über Kapitalerhöhungen	95

Schrifttum

Vgl. die Angaben vor den einzelnen Abschnitten.

I. Einführung

1. Inhalt der Vorschrift

§ 55 bestimmt für die ordentliche, durch Zuführung neuer Einlagen erfolgende 1
Kapitalerhöhung diejenigen Beschluß- und Formerfordernisse, die zusätzlich zu den

allgemein für Satzungsänderungen geltenden Vorschriften des § 53 (Rdn 10) zu beachten sind. Hinsichtlich der *rechtsgeschäftlichen Elemente* einer Kapitalerhöhung sind danach im einzelnen drei Schritte zu unterscheiden. Erforderlich ist erstens der – in § 55 vorausgesetzte – **Kapitalerhöhungsbeschluß** der Gesellschafter, der den Mehrheits- und Formerfordernissen des § 53 Abs. 2 entsprechen muß, als solcher aber keine Einlageverpflichtungen begründet und daher auch nicht der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter nach § 53 Abs. 3 bedarf. Das zweite Element bildet der in § 55 Abs. 2 S. 1 geregelte, ebenfalls von den Gesellschaftern zu fassende **Zulassungsbeschluß**, der Bestimmungen über das Recht der Gesellschafter oder Dritter zur Beteiligung an der Kapitalerhöhung trifft. Schließlich bedarf es drittens der in § 55 Abs. 1 vorgesehenen formbedürftigen **Übernahmeerklärung** als Teil des zwischen Gesellschaft und Übernehmer abzuschließenden, auf Übernahme einer Stammeinlage im Zuge der Kapitalerhöhung gerichteten Übernahmevertrags.

2 Darüber hinaus regelt § 55 eine Reihe **technischer Details**, die von der Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung zu beachten sind. So muß sich die Übernahmeerklärung eines Dritten, der dadurch der Gesellschaft beitritt, nach **Abs. 2 S. 2** ausdrücklich auch auf etwaige in der Satzung vorgesehene sonstige Leistungen (Nebenleistungen, Nachschußpflichten) erstrecken. Nach **Abs. 3** ist für die Teilnahme an einer Kapitalerhöhung vorgeschrieben, daß sie nicht durch Erhöhung des Nennwerts der von bisherigen Gesellschaftern bereits gehaltenen Geschäftsanteile, sondern nur durch Erwerb eines weiteren Geschäftsanteils erfolgen kann; die Vorschrift wird von der heute ganz hM mit Recht stark restriktiv ausgelegt (Rdn 22). Schließlich stellt **Abs. 4** durch Verweisung auf § 5 Abs. 1 und 3 sicher, daß bei Kapitalerhöhungen ebenso wie bei der Gründung der Gesellschaft der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem (erhöhten) Stammkapital übereinstimmt, daß die einzelnen Stammeinlagen (= Geschäftsanteile) durch hundert teilbar sind und sich auf mindestens fünfhundert DM belaufen (Rdn 14) sowie daß kein Gesellschafter mehr als eine Stammeinlage übernehmen darf. Daß die Höhe dieser Einlagen entsprechend der Zeichnungshöhe der Übernehmer unterschiedlich festgesetzt werden kann, ergibt sich aus § 5 Abs. 3 S. 1.

2. Sonstige für Kapitalerhöhungen relevante Vorschriften

3 Weitere für die ordentliche Kapitalerhöhung und ihre Durchführung relevante Vorschriften finden sich in den **§§ 56 bis 57 b.** Unter ihnen stellt § 56 zusätzliche Erfordernisse für den Fall von Sachkapitalerhöhungen auf, § 56 a schreibt ausdrücklich die Geltung der Gründungsvorschriften über die Bewirkung von Mindesteinlagen vor Anmeldung auch für den Fall der Kapitalerhöhung vor, § 57 regelt die Anmeldungserfordernisse einer Kapitalerhöhung und die Haftung der Geschäftsführer im Fall unrichtiger Angaben, die neueingeführte Vorschrift des § 57 a übernimmt durch Verweisung auf § 9 c die Grundsätze über die Prüfungsfunktion des Registergerichts und § 57 b regelt den Inhalt der Bekanntmachung über die Kapitalerhöhung. Die ebenfalls auf Kapitalerhöhungen bezogene Vorschrift des § 59 über die Anmeldungserfordernisse beim Vorhandensein von Zweigniederlassungen hat wegen der im Jahre 1937 eingeführten, allgemein geltenden Vorschriften der §§ 13, 13 a HGB über das Verfahren in Registersachen beim Vorhandensein von Zweigniederlassungen Bedeutung nur hinsichtlich der Zahl der einzureichenden Belegstücke (§ 59, 3). Zur Frage der Geltung von Gründungsrecht bei Kapitalerhöhungen vgl. Rdn 5.

3. Reform

Durch die **GmbH-Novelle 1980** wurde § 55 nicht verändert; anderes gilt für die **4**
Vorschriften der §§ 56 bis 57 b, deren Änderungen freilich überwiegend redaktionellen oder klarstellenden Inhalt haben (vgl. die einführenden Erläut. zu diesen Vorschriften). Entgegen § 156 Abs. 1 S. 2 RegE GmbHG 1971 hat der Reformgesetzgeber auch darauf verzichtet, die Vorschrift des § 55 Abs. 3 über den Erwerb jeweils eines neuen Geschäftsanteils durch die an der Kapitalerhöhung beteiligten Altgesellschafter der inzwischen geänderten Praxis anzupassen; eine Ablehnung dieser Praxis ist darin freilich nicht zu sehen (Rdn 22). Ebenso ist es abweichend von § 157 RegE 1971 nicht zur gesetzlichen Einführung eines Bezugsrechts der Altgesellschafter gekommen. Zur umstr. Frage, ob ein solches auch ohne ausdrückliche Regelung nach aktienrechtlichem Muster anzuerkennen ist, vgl. näher Rdn 39 ff.

4. Anwendbarkeit von Gründungsrecht?

Aufgrund der Feststellung in RGZ 85, 311, 314 f, die Kapitalerhöhung sei ein „nach **5**
Inhalt und Wesen der Gründung ähnlicher Vorgang", auf den die Gründungsvorschriften bei Lückenhaftigkeit der Regelungen über die Kapitalerhöhung entsprechend anwendbar seien, wurde früher nicht selten von der Kapitalerhöhung als „Zusatzgründung" gesprochen[1]. Die Parallele und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen über die Anwendbarkeit von Gründungsrecht[2] waren indessen schon **nach früherem Recht** *nicht unproblematisch*, da eine Reihe von Besonderheiten des Gründungsrechts, darunter namentlich die Konstituierung der Gesellschaft als juristische Person auf dem Wege über die Vor-GmbH, bei der Kapitalerhöhung keine Entsprechung finden. Soweit dem Gründungsrecht entsprechende Vorschriften für den Fall der Kapitalerhöhung fehlten, berechtigte das schon bisher nicht ohne weiteres dazu, eine Lücke anzunehmen und diese im Analogiewege zu schließen. Das gilt um so mehr seit der **GmbH-Novelle 1980**, die in verschiedenen Punkten eine ausdrückliche Verweisung auf bestimmte Gründungsvorschriften eingeführt hat (vgl. §§ 56 a, 57 a und 57 b). Angesichts dieser Gesetzestechnik bedarf es selbst für die im Gründungs- wie Kapitalerhöhungsrecht gleichermaßen zentrale Sicherung der Kapitalaufbringung jeweils konkreter Prüfung, ob über die ausdrücklichen Verweisungen hinaus für eine analoge Anwendung sonstigen Gründungsrechts Raum ist[3].

5. Andere Arten von Kapitalerhöhungen

a) **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.** Sie unterscheidet sich von der in § 55 **6**
geregelten ordentlichen Kapitalerhöhung dadurch, daß sie nicht der Zuführung neuer Einlagen an die Gesellschaft dient, sondern sich auf eine Umwandlung schon vorhandener, wenn auch bisher nicht nach §§ 30, 31 zugunsten der Gläubiger gebundener Eigenmittel der Gesellschaft in haftendes Kapital beschränkt. Der lebhafte frühere Streit über die Zulässigkeit dieser Art von Kapitalerhöhung[4] ist durch das KapErhG vom 23. 12. 1959 (Anh § 57 b) seit langem überholt. Kennzeichen der darin vorgesehenen Kapitalerhöhung ohne Einlageleistung sind die **Umbuchung von offenen Rücklagen**

---

[1] So im Anschluß an *Brodmann* § 57, 2 auch *Feine* S. 600 und *Scholz*[5] 1.

[2] Vgl. RGZ 85, 311, 314 (Erhöhung des Stammkapitals als nach Inhalt und Wesen der Gründung ähnlicher Vorgang); OLG Hamm GmbH-Rdsch. 1975, 83, 85.

[3] Für die (Gründungs-)Vorschriften über die Sicherung der Kapitalaufbringung eine Analogie tendenziell befürwortend Scholz/*Priester* 8.

[4] Vgl. 6. Aufl. Rdn 22 ff.

in Stammkapital aufgrund einer testierten Bilanz, deren Stichtag bei Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses nicht länger als sieben Monate zurückliegen darf (§§ 1 bis 4, 7 KapErhG), sowie die strikte *Gleichbehandlung* der Gesellschafter bei Zuteilung des erhöhten Kapitals, sei es durch Erhöhung der vorhandenen oder durch Schaffung neuer Geschäftsanteile (§§ 6, 9, 12 KapErhG). Einzelheiten vgl. im Anhang zu § 57 b.

7 b) **Ausschüttungs-Rückholverfahren.** Hierbei handelt es sich nicht um eine besondere, von § 55 bzw. den Vorschriften des KapErhG zu unterscheidende Form der Kapitalerhöhung, sondern um ein – nicht selten durch entsprechende Satzungsvorschriften erleichtertes – Verfahren, um der Gesellschaft einen Teil der an die Gesellschafter verteilten Gewinne als Eigen- oder Fremdkapital wieder zuzuführen. Seine Verbreitung hat durch die stärkere steuerliche Begünstigung ausgeschütteter Gewinne im Zuge der Körperschaftsteuerreform 1977 zugenommen. Mit dieser Praxis sollen die steuerlichen Vorteile der Gewinnausschüttung wahrgenommen, zugleich aber deren Auswirkungen auf die betriebswirtschaftlich erwünschte Einbehaltung eines Teils des Jahresüberschusses zum Zweck der Selbstfinanzierung der Gesellschaft neutralisiert werden. Näheres hierzu vgl. in Rdn 90 ff.

8 c) **Sonstige.** Sonstige, nicht unter § 55 oder unter die Vorschriften des KapErhG fallende Arten der Kapitalerhöhung sind dem GmbH-Recht im Unterschied zum Aktienrecht **unbekannt.** Das gilt sowohl für die *bedingte* Kapitalerhöhung, sei es zum Zweck der Gewährung von Umtausch- oder Bezugsrechten an Gläubiger von Wandelschuldverschreibungen, zur Vorbereitung eines Zusammenschlusses oder zur Vermögensbeteiligung von Arbeitnehmern (vgl. §§ 192 bis 201 AktG), als auch für die Schaffung eines *genehmigten* Kapitals nach Art der §§ 202 bis 206 AktG. Auch eine analoge Anwendung dieser Vorschriften scheidet gegenüber der zwingenden und – vorbehaltlich des KapErhG – grundsätzlich abschließenden Geltung der §§ 55 bis 57 b aus. Hierzu besteht im GmbH-Recht auch kein Regelungsbedarf. Denn anstelle des Rückgriffs auf genehmigtes Kapital können Kapitalerhöhungen angesichts des meist kleinen Gesellschafterkreises auch kurzfristig beschlossen werden, wenn sich ein Bedürfnis hierfür ergibt; das kann auch in der – dem genehmigten Kapital nahekommenden – Form *befristeter* Kapitalerhöhung geschehen (Rdn 24). Und für eine *bedingte* Kapitalerhöhung wäre im Hinblick auf die hierfür in Betracht kommenden Zwecke (vgl. § 192 Abs. 2 AktG) bei einer GmbH schon mit Rücksicht auf die regelmäßige Beschränkung des Gesellschafterkreises nur selten ein Anlaß gegeben. Die Absicherung der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen durch eine GmbH kann gesellschaftsrechtlich auf andere Weise geschehen[5].

6. Neubildung von Geschäftsanteilen ohne Kapitalerhöhung

9 Hinzuweisen ist schließlich auf Fälle, in denen eine den Vorschriften der §§ 5 Abs. 3 S. 2, 14 widersprechende, planwidrige **Diskrepanz zwischen Stammkapital und Summe der Geschäftsanteile** besteht. Sie kann entweder auf der Einziehung von Geschäftsanteilen nach § 34 oder auf der – vom Registergericht nicht bemerkten – Unwirksamkeit einer Beitrittserklärung bei Gründung oder späterer Kapitalerhöhung beruhen (vgl. hierzu § 2, 102 ff, 110). Zur Behebung dieser Diskrepanz bietet sich die Ausgabe eines oder mehrerer neuer Geschäftsanteile aufgrund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses an. Eine Kapitalerhöhung ist hierin nicht zu sehen. Das in der Satzung

[5] Vgl. dazu *Boesebeck* GmbH-Rdsch. 1962, 2; *Witteler* Wandeldarlehen bei der GmbH, Diss. Heidelberg 1966.

festgelegte Stammkapital bleibt unverändert; einer Einschaltung des Handelsregisters bedarf es nicht. Hiervon abgesehen sind die Vorschriften der §§ 53, 55 ff auf die Schaffung und Ausgabe neuer Geschäftsanteile entsprechend anzuwenden (vgl. § 53, 99).

II. Der Kapitalerhöhungsbeschluß

Schrifttum

Groß Fassung des GmbH-Vertrages bei Kapitalerhöhung, Rpfleger 1972, 126; *Gustavus* Die Kapitalanpassung nach der GmbH-Novelle mit minderjährigen Gesellschaftern, GmbH-Rdsch. 1982, 10; *Lindacher* Übergangsregelung nach Art. 12 § 1 GmbH-Novelle und GmbH-Innenrecht, in: *Roth* Die Zukunft der GmbH (1982) S. 47 ff; *Lutter* Gescheiterte Kapitalerhöhungen, in Festschrift W. Schilling (1973) S. 207 ff; *Priester* Die Formulierung des GmbH-Vertrages bei Kapitalerhöhung, GmbH-Rdsch. 1973, 169; *Robrecht* Kapitalerhöhungsbeschluß und Konkurseröffnung bei der GmbH, GmbH-Rdsch. 1982, 126; *Winnefeld* Kapitalerhöhung im Konkurs einer GmbH, BB 1976, 1202.

1. Notwendige Erfordernisse

10 a) **Satzungsänderung.** Der Beschluß über die Kapitalerhöhung zielt auf die Änderung des Stammkapitals als eines nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 zentralen Satzungsbestandteils; er ist daher satzungsändernder Natur (§ 53, 5). Die allgemein für Satzungsänderungen geltenden Beschlußerfordernisse des § 53 finden auch auf ihn Anwendung[6]. Dementsprechend sind für die Beschlußfassung ausschließlich die *Gesellschafter* zuständig (§ 53 Abs. 1); sie können die Kompetenz nicht auf ein anderes Organ übertragen. Der Beschluß bedarf der *Dreiviertelmehrheit* der Stimmen, soweit die Satzung keine höheren Mehrheiten oder sonstige Erfordernisse vorschreibt; er ist *notariell zu beurkunden* (§ 53 Abs. 2; vgl. näher § 53, 42 ff). Im Einvernehmen aller kann er auch ohne Gesellschafterversammlung im schriftlichen Verfahren gefaßt werden (str., vgl. § 53, 40). Das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 greift wegen des auf innergesellschaftliche Willensbildung gerichteten Beschlußinhalts nicht ein[7]. Das gilt auch dann, wenn der Beschluß dazu bestimmt ist, die Grundlage für die Aufstockung der Beteiligung nur eines oder einzelner Gesellschafter zu bilden[8]. Es gilt das Verbot bedingter oder rückwirkender Satzungsänderungen (vgl. Rdn 8 und § 53, 24 f). Zur *Befristung* von Kapitalerhöhungen vgl. Rdn 24, zur Aufnahme einer Bedingung oder Befristung in die Übernahmeerklärungen Rdn 68, 70.

11 Bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung sind die Gesellschafter nicht gehindert, den Beschluß aufzuheben und die Anmeldung zurückzunehmen. Für die ersatzlose **Aufhebung des Beschlusses** genügt einfache Mehrheit (str., vgl. § 53, 73); anderes gilt bei seiner (den Anforderungen des § 53 Abs. 2 unterliegenden) *Änderung* vor Eintragung. Die Vorschriften des § 58 über die Kapitalherabsetzung greifen nicht ein, solange die Kapitalerhöhung nicht eingetragen und daher nicht wirksam geworden ist. Der Aufhebungsbeschluß bedarf keiner besonderen Form; er kann auch *konkludent* im Zusammenhang mit anderen dem Kapitalerhöhungsbeschluß nachfolgenden Grundlagenbeschlüssen gefaßt werden, namentlich solchen über die Auflösung der Gesellschaft, die Konkursanmeldung oder die Kapitalherabsetzung wegen wesentlicher Einschrän-

---

[6] RGZ 77, 152, 154 (einhM).

[7] BGHZ 33, 189, 194 = NJW 1960, 2285; 49, 117, 119 = NJW 1968, 398.

[8] AA noch RGZ 122, 159, 161 f; zur generellen Unanwendbarkeit von § 47 Abs. 4 auf Satzungsänderungen vgl. § 47, 166; § 53, 53; zur entsprechenden Rechtslage beim Zulassungsbeschluß vgl. Rdn 35 f.

kung des Geschäftsbetriebs[9]. Zur Schadensersatzpflicht der Gesellschaft aus zwischenzeitlich abgeschlossenen Übernahmeverträgen im Fall grundloser Aufhebung des Erhöhungsbeschlusses vgl. Rdn 75.

12 b) **Erhöhungsbetrag.** Zentraler Gegenstand des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist der Betrag in DM (§ 3, 44), um den das Stammkapital erhöht werden soll. Er kann als **fester Betrag** beschlossen werden mit der Maßgabe, daß die Anmeldung der Kapitalerhöhung – und damit auch deren Durchführung – nur vorgenommen werden kann, wenn das erhöhte Kapital vollständig gezeichnet ist und die erforderlichen Mindesteinlagen erbracht sind. Dieses Vorgehen bietet sich namentlich in Fällen an, in denen – wie häufig – bei der Beschlußfassung bereits feststeht, wer die Stammeinlagen aus der Kapitalerhöhung übernehmen wird.

13 Zulässig ist es demgegenüber auch, das Stammkapital bis zu einer bestimmten **Höchstziffer** zu erhöhen und den Betrag der Kapitalerhöhung danach zu bestimmen, in welchem Umfang neue Stammeinlagen gezeichnet werden[10]; dabei bedarf es zur Konkretisierung der Festlegung einer *Zeichnungsfrist*[11]. Der Wille der Gesellschafter zu einem derartigen „flexiblen" Verfahren muß sich freilich deutlich aus dem Erhöhungsbeschluß ergeben (etwa: Erhöhung „bis zu ..." o. ä.). Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Kapitalerhöhungsbeschluß hinreichend bestimmt. Die *endgültige Festlegung* des neuen Kapitals innerhalb der durch den Beschluß gezogenen Grenzen wird in diesem Fall durch Anmeldung und Eintragung desjenigen Betrags bewirkt, der aufgrund des Zeichnungsergebnisses erzielt worden ist[12]. Ohne erneute Beschlußfassung ist daher eine zusätzliche Kapitalerhöhung im Rahmen des zunächst nicht ausgeschöpften Erhöhungsspielraums ebenso *unzulässig* wie ein Erhöhungsbeschluß, der auf stufenweise Erhöhung des Kapitals entsprechend den jeweiligen Zeichnungsergebnissen zielt und hierfür den Geschäftsführern eine Art Generalermächtigung erteilt[13]. Zur Möglichkeit befristeter Kapitalerhöhung vgl. Rdn 24.

14 Der **Mindestbetrag der Erhöhung** des Stammkapitals ergibt sich grundsätzlich aus der in Abs. 4 iVm § 5 Abs. 1 festgelegten Mindestziffer von 500 DM für eine Stammeinlage. Soweit abweichend von Abs. 3 ausnahmsweise eine Aufstockung bestehender Geschäftsanteile in den hierfür geltenden Grenzen (Rdn 23) beschlossen wird, beläuft sich die Mindestziffer nach Abs. 4 iVm § 5 Abs. 3 auf 100 DM. Das für die Gründung geltende Mindestkapital von 50 000 DM ist für den Umfang von Kapitalerhöhungen ohne Belang. Zum Sonderfall der *Anpassung von Altgesellschaften* an das durch die Novelle 1980 erhöhte Mindestkapital vgl. Voraufl. Rdn 28 f. Ein gesetzliches Höchstkapital ist dem GmbH-Recht unbekannt.

15 Die Höhe der neuen **Stammeinlagen** muß im Kapitalerhöhungsbeschluß selbst, abweichend vom Gründungsrecht (§ 3 Abs. 1 Nr. 4), nicht angegeben werden; entsprechendes gilt für die Person der Übernehmer (zur Zulässigkeit der Aufnahme dieser Angaben in die Satzung vgl. Rdn 18). Beides ist regelmäßig Inhalt des rechtlich vom Kapitalerhöhungsbeschluß zu unterscheidenden, wenn auch meist mit ihm zusammenfallenden Zulassungsbeschlusses (Rdn 33, 37). Die Gesellschafter können aber auch die Geschäftsführer oder ein anderes Organ ermächtigen, über Voraussetzungen und

---

[9] Vgl. dazu näher *Lutter* Festschrift W. Schilling (1973) S. 210 ff.

[10] EinhM, vgl. RGZ 85, 205, 207; KGJ 29, 102; Scholz/*Priester* 20; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 6; *Lutter* Festschrift W. Schilling S. 213 f.

[11] So auch Scholz/*Priester* 20; Rowedder/*Zimmermann* 9; aA Baumbach/Hueck/*Zöllner* 6.

[12] RGZ 85, 205, 207.

[13] OLG Hamburg OLGR 10, 243; im Erg. auch Scholz/*Priester* 20.

Umfang der Zulassung zur Kapitalerhöhung zu entscheiden. Zur Frage eines Bezugsrechts der bisherigen Gesellschafter entsprechend ihrer Beteiligung vgl. Rdn 39 ff.

c) **Zustimmung nach § 53 Abs. 3?** Der Kapitalerhöhungsbeschluß selbst begründet, **16** anders als die Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 und deren Annahme durch die Gesellschaft, keine erhöhten Leistungspflichten der Gesellschafter. Mittelbare Leistungsvermehrungen auch für solche Altgesellschafter, die an der Kapitalerhöhung nicht selbst teilnehmen, können sich zwar durch **Erhöhung der Ausfallhaftung nach §§ 24, 31** infolge vollzogener Kapitalerhöhung ergeben. Diese Rechtsfolge ist im Regelfall jedoch so wenig spürbar, daß die ganz hM sie im Rahmen von § 53 zu Recht vernachlässigt und die Kapitalerhöhung nicht etwa zu einem zustimmungsbedürftigen Beschluß macht (vgl. näher § 53, 68).

Auch aus **sonstigen Gründen** ist eine Zustimmung einzelner oder sämtlicher Gesell- **17** schafter regelmäßig **nicht** erforderlich. Insbesondere gibt es kein unentziehbares Recht (vgl. dazu § 53, 59) auf Beibehaltung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse. Selbst wenn man nach aktienrechtlichem Vorbild ein Bezugsrecht der Gesellschafter auch im GmbH-Recht anerkennen wollte (vgl. dazu Rdn 39 ff), stünde dieses entsprechend § 186 Abs. 3 AktG doch unter dem Vorbehalt des mehrheitlichen Ausschlusses aus überwiegenden Interessen der Gesellschaft. Denkbar ist allenfalls ein *Sonderrecht* auf Beibehaltung der bestehenden Kapitalverhältnisse oder auf Mitsprache bei ihrer Veränderung, das den Erhöhungsbeschluß von der Zustimmung des betreffenden Gesellschafters abhängig macht (§ 53, 57 f). Schließlich kann sich die Zustimmungsbedürftigkeit auch unter dem Gesichtspunkt der *Gleichbehandlung* (§ 53, 64) ergeben, sofern im Zuge der Kapitalerhöhung Vorzugsgeschäftsanteile geschaffen werden sollen und entweder nicht gesichert ist, daß sich alle Gesellschafter hieran beteiligen können, oder der Wert des Vorzugs über demjenigen der bei der Kapitalerhöhung zu erbringenden Einlage einschließlich eines Aufgelds liegt (vgl. § 53, 110).

d) **Neufassung des Satzungswortlauts.** Einer gesonderten Beschlußfassung nach § 53 **18** über die durch die Kapitalerhöhung erzielte **Stammkapitalziffer** bedarf es neben dem Erhöhungsbeschluß nicht. Sie ergibt sich als notwendige Folge dieses Beschlusses und ist entsprechend in die der Anmeldung nach § 54 Abs. 1 S. 2 beizufügende Neufassung der Satzung aufzunehmen (vgl. näher § 53, 104 m. Nachw.). Angegeben werden muß nur der Betrag des neuen Stammkapitals; die zusätzliche Angabe seiner bisherigen Entwicklung ist zulässig, aber nicht erforderlich[14]. Die Namen der **Übernehmer** brauchen in der Satzung auch dann *nicht* aufgeführt zu werden, wenn die neuen Einlagen nicht voll erbracht sind; ihre Aufnahme in die Satzung hätte nur deklaratorische Bedeutung[15]. Zur Zulässigkeit späterer Streichung der in § 3 Abs. 1 Nr. 4 für den *Gründungszeitpunkt* vorgeschriebenen Angaben der Übernehmer des ursprünglichen Kapitals vgl. § 3, 48, zur Möglichkeit der Aufnahme der Namen der jeweiligen Gesellschafter als *formelle* Satzungsbestandteile vgl. § 3, 49 und § 53, 8.

Enthält die Satzung im Zuge der Kapitalerhöhung in ihren auch für Dritte relevanten **19** Teilen eine in sich **nicht verständliche Fassung,** indem etwa der Betrag des Stammkapitals geändert wird, die bisherigen Angaben über die Gründer und die von ihnen

[14] KG JW 1937, 2655, 2656; BayObLG DB 1971, 88, 89; dazu auch *Ripfel* GmbH-Rdsch. 1958, 101; *Priester* GmbH-Rdsch. 1973, 169 f.

[15] Ganz hM, vgl. KG DNotZ 1940, 157, 159; BayObLG DB 1971, 88, 89 und NJW 1982, 1400, 1401; OLG Karlsruhe Rpfleger 1972, 309, 310; Scholz/*Priester* 28; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 10; *Priester* GmbH-Rdsch. 1973, 171; *Röll* GmbH-Rdsch. 1982, 251 f; aA LG Hannover Rpfleger 1972, 142, 143; *Groß* Rpfleger 1972, 126, 127.

übernommenen Stammeinlagen aber unverändert beibehalten bleiben, so hat der Registerrichter die Anmeldung der Kapitalerhöhung im Rahmen seiner Prüfungsfunktion zu *beanstanden* und durch Zwischenverfügung auf Klarstellung hinzuwirken[16].

2. Sonstiger Beschlußinhalt

20 a) **Nebenpflichten und Vorzugsrechte.** Sämtliche Regelungen, die speziell den **Inhalt der neuen Geschäftsanteile** betreffen und zu einer Abweichung nicht nur vom dispositiven Recht, sondern auch vom bisherigen Satzungsinhalt führen, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in den Satzungsänderungsbeschluß und der Eintragung im Handelsregister. Das gilt für die Festsetzung eines *Aufgelds (Agio)* bei Ausgabe der neuen Anteile[17], aber auch für die Begründung sonstiger, nicht bereits allgemein für die jeweiligen Gesellschafter geltender *Neben- oder Nachschußpflichten* im Zuge der Kapitalerhöhung (zu der davon zu unterscheidenden Aufnahme derartiger Leistungspflichten, wenn sie im Zuge der Kapitalerhöhung *nicht* neu begründet werden, sondern schon bisher in der Satzung geregelt waren, in die *Übernahmeerklärung* neu beitretender Gesellschafter vgl. Rdn 66). Ebenso werden *Vorzugsrechte oder Sondervorteile* nur wirksam, wenn sie mit der hierfür erforderlichen Zustimmung der Mitgesellschafter (§ 53, 118) in die Satzung selbst aufgenommen werden (§ 5, 162 und 178); das kann auch im Zuge einer Kapitalerhöhung geschehen. Zu den notwendigen Angaben im Fall einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen vgl. § 56, 17 ff; die erst nach Handelsregistereintragung erfolgende Umwandlung einer Bareinlage in eine Sacheinlage ist nach bisher hM unzulässig[18].

21 b) **Fakultative Bestandteile.** Bei ihnen geht es um Regelungen, deren Aufnahme in den Kapitalerhöhungsbeschluß im Unterschied zu den in Rdn 20 genannten Nebenpflichten und Sonderrechten nicht erforderlich, aber zulässig ist. Hierunter fallen etwa Angaben über *Zahl und Höhe der neuen Stammeinlagen*, soweit sie nicht im Zulassungsbeschluß (Rdn 31) geregelt oder den Geschäftsführern im Rahmen der Durchführung der Kapitalerhöhung zur Festsetzung überlassen werden, ferner die *Einzahlungsbedingungen* für die neuen Stammeinlagen, soweit sie abweichend von § 56 a eine höhere Einzahlung vor Anmeldung des Erhöhungsbeschlusses vorsehen (§ 56 a, 4). Auch über die *Gewinnberechtigung* der neuen Geschäftsanteile kann der Kapitalerhöhungsbeschluß Angaben enthalten; fehlt es hieran, so nehmen die neuen Anteile voll am Gewinn desjenigen Jahres teil, in dem die Kapitalerhöhung durch Eintragung wirksam wird[19].

22 c) **Aufstockung von Geschäftsanteilen.** Nach **Abs. 3** erwirbt ein Gesellschafter, der sich an der Kapitalerhöhung beteiligt, einen weiteren Geschäftsanteil im Mindestnennbetrag von 500 DM (Abs. 4 iVm § 5 Abs. 1); eine Aufstockung von Geschäftsanteilen anstelle des Neuerwerbs ist danach nicht zulässig. Der **Normzweck** richtet sich darauf, bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen den in § 22 geregelten, nach Kaduzierung des Anteils möglichen *Rückgriff auf den Rechtsvorgänger* nicht dadurch zu erschweren, daß der Geschäftsanteil im Zuge einer Kapitalerhöhung seine Selbständigkeit verliert

---

[16] BayObLG DB 1971, 1612; vgl. auch § 54, 44.

[17] *Feine* S. 604; Scholz/*Priester* 27; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 8.

[18] Vgl. zur Umwandlung nach Gründung § 5, 27 m. Nachw., zur Umwandlung nach Kapitalerhöhung BayObLG DB 1978, 337. AA neuerdings mit guten Gründen, sofern im Änderungsbeschluß die Anforderungen der §§ 5 Abs. 4, 56 Abs. 1 beachtet werden, *Lutter/Gehling* WM 1989, 1453 ff; *Butzke* ZHR 154 (1990) 365; *Priester* DB 1990, 1755; so jetzt auch § 19, 117 (*Ulmer*).

[19] So auch Scholz/*Priester* 28; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 9.

und infolgedessen entgegen § 22 Abs. 4 vom zahlenden Rechtsvorgänger nicht erworben werden kann[20]. Angesichts dieses begrenzten Zwecks ist die Vorschrift ihrem Wortlaut nach unnötig weit gefaßt und bedarf *restriktiver Auslegung;* sie greift nur in den Fällen ein, in denen ein Rückgriff gegen den Rechtsvorgänger in Betracht kommt[21].

Dementsprechend bestehen gegen eine **Aufstockung** dann keine Bedenken, wenn **23** der aufzustockende Geschäftsanteil entweder *voll eingezahlt* ist oder sich noch *in der Hand des Gründers* befindet[22]. Weitere Voraussetzung der Aufstockung ist die entsprechende *Festsetzung im Kapitalerhöhungsbeschluß*; andernfalls bewendet es bei der Regel des Abs. 3[23]. Der Betrag der Aufstockung kann unter 500 DM liegen, muß jedoch nach Abs. 4 iVm § 5 Abs. 3 durch hundert teilbar sein[24]. Einer Volleinzahlung bedarf es nicht, selbst wenn der ursprüngliche Anteil voll eingezahlt war (zur Mindesteinlage vgl. § 56 a, 6). Zur Aufstockung von Geschäftsanteilen bei Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln vgl. Anh § 57 b, KapErhG § 6, 8; zur Möglichkeit der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen vgl. § 53, 106.

3. Zeitpunkt der Kapitalerhöhung

a) **Allgemeines.** Enthält der Kapitalerhöhungsbeschluß keine Frist, so ist seine **24** Durchführung durch Abschluß der Übernahmeverträge, Einziehung der Mindesteinlagen und Anmeldung der Kapitalerhöhung *unverzüglich* zu betreiben[25]. Ebenso wie bei sonstigen Satzungsänderungen (§ 53, 24) steht es den Gesellschaftern jedoch frei, die Kapitalerhöhung unter einer **aufschiebenden Frist** zu beschließen[26]. Zur Verbindung der Kapitalerhöhung mit einer Kapitalherabsetzung vgl. § 58, 79 f; zur Unzulässigkeit bedingter Kapitalerhöhung vgl. Rdn 8, zu derjenigen rückwirkender Satzungsänderung vgl. § 53, 25, zur befristeten Bindung der Übernehmer an ihre Übernahmeerklärung Rdn 68 f.

Die **Volleinzahlung des bisherigen Kapitals** ist abweichend von § 182 Abs. 4 AktG **25** *nicht* Voraussetzung einer Kapitalerhöhung[27]. Die Durchführung einer Kapitalerhöhung vor vollständiger Einzahlung der früher übernommenen Stammeinlagen hat allerdings zur Folge, daß im Rahmen von § 24 nicht nur die Altgesellschafter, sondern auch neu Beitretende für die auf andere Weise nicht durchsetzbaren Einlagerückstände auf das bisherige Kapital haften[28].

b) **Im Gründungsstadium.** Ebenso wie sonstige Satzungsänderungen ist auch eine **26** Kapitalerhöhung bereits im Gründungsstadium zulässig (vgl. § 11, 34). Sie setzt die *einstimmige* Änderung des Gründungsstatuts in der *Form des* § 2 voraus (§ 2, 19). Dient sie nicht der Aufnahme weiterer Gesellschafter, sondern der Erhöhung der Beteiligung der Gründer, so führt sie nach § 5 Abs. 2 zu entsprechend erhöhten einheitlichen Stammeinlagen.

c) **Im Liquidationsstadium.** α) **Grundsatz.** Die Auflösung steht einer Satzungsände- **27** rung grundsätzlich nicht entgegen (§ 53, 29). Das gilt auch für Kapitalerhöhungen,

---

[20] BGHZ 63, 116, 117 = NJW 1975, 118.

[21] So heute einhM, vgl. BGHZ 63, 116, 117 f = NJW 1975, 118; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 28; Scholz/*Priester* 25; *Pastor/Werner* DB 1968, 1935.

[22] BGHZ 63, 116, 118 = NJW 1975, 118; OLG Hamm DB 1982, 945; LG Berlin GmbH-Rdsch. 1983, 200.

[23] Ebenso BGH NJW 1989, 168, 169; Scholz/*Priester* 26; *Lutter/Hommelhoff* 6.

[24] BGHZ 63, 116, 119 = NJW 1975, 118.

[25] RGZ 144, 138, 142.

[26] So auch Scholz/*Priester* 34; für Höchstfrist von sechs Monaten zwischen Erhöhungsbeschluß und Durchführung der Erhöhung aber *Lutter* Festschrift W. Schilling (1973) S. 214.

[27] EinhM, vgl. RGZ 132, 392, 397; Scholz/*Priester* 16.

[28] RGZ 82, 116, 118 ff; 132, 392, 394 ff; vgl. näher § 24, 19 f.

namentlich wenn sie dazu bestimmt sind, die erforderlichen Mittel zur Befriedigung der Gläubiger zu beschaffen[29]. In einem Kapitalerhöhungsbeschluß nach Auflösung kann je nach Lage des Falles zugleich ein Fortsetzungsbeschluß liegen (vgl. näher § 60, 87). Ist der Kapitalerhöhungsbeschluß freilich schon *vor* der zwischenzeitlich eingetretenen Auflösung gefaßt, so ist sorgfältig zu prüfen, ob er hierdurch nicht seine Grundlage verloren hat; ein späterer Auflösungsbeschluß umfaßt regelmäßig die konkludente Aufhebung des vorhergehenden Kapitalerhöhungsbeschlusses[30]. Zur Bedeutung der Auflösung für eine schon vorher abgegebene Übernahmeerklärung vgl. Rdn 79.

28 **β) Nach Konkurseröffnung.** Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für Kapitalerhöhungen, die nach Konkurseröffnung beschlossen werden. Entgegen früher verbreiteter Ansicht[31] stehen sie dem Konkursziel nicht entgegen; auch greift die Gesellschafterversammlung dadurch nicht etwa unzulässig in den Aufgabenbereich des Konkursverwalters ein[32]. Ziel der Kapitalerhöhung ist regelmäßig die *Sanierung* des notleidenden Unternehmens durch Beschaffung der erforderlichen Mittel, um einen Zwangvergleich zu ermöglichen oder die Gesellschaft nach Durchführung des Konkurses fortzusetzen[33]. Die Einlageforderungen sind wegen ihrer Entstehung erst nach Konkurseröffnung nicht Teil der Konkursmasse, sondern bilden konkursfreies Vermögen der Gesellschaft[34].

29 War der Kapitalerhöhungsbeschluß schon **vor Konkurseröffnung** gefaßt und waren die Stammeinlagen auch bereits gezeichnet, die Mindesteinzahlungen geleistet und war die Kapitalerhöhung beim Handelsregister ordnungsgemäß angemeldet, so ist das Registergericht trotz zwischenzeitlicher Konkurseröffnung grundsätzlich nicht gehindert, die Eintragung vorzunehmen[35]. Allerdings enthält die zwischenzeitliche Konkurseröffnung im Regelfall einen wichtigen Grund für die Übernehmer, um sich von ihren Leistungspflichten zu lösen (Rdn 79). Auch die Gesellschafter selbst sind durch die Konkurseröffnung nicht gehindert, den Kapitalerhöhungsbeschluß mit einfacher Mehrheit aufzuheben, solange seine Eintragung nicht erfolgt ist[36]. Jede der beiden Maßnahmen führt dazu, daß die Eintragung wegen des Fehlens einer ihrer Voraussetzungen abzulehnen ist; eine gleichwohl erfolgende Eintragung ist fehlerhaft (vgl. § 57, 42 ff, 48). Da die Einlageforderungen bis zum Zeitpunkt der Eintragung unter dem Vorbehalt des Wirksamwerdens der Kapitalerhöhung stehen (Rdn 76), kann in dem Rücktritt des Übernehmers oder der Aufhebung des Erhöhungsbeschlusses auch nicht etwa eine unzulässige Masseschmälerung gesehen werden[37]. Der Konkursverwalter ist zur Anmeldung einer bei Konkurseröffnung zwar beschlossenen, aber noch nicht angemeldeten Kapitalerhöhung nicht legitimiert[38].

---

[29] So auch Scholz/*Priester* 30 und für die AG BGHZ 24, 179, 186 = NJW 1957, 990; aA OLG Bremen NJW 1957, 1560.

[30] Vgl. Rdn 11; für stete Auslegung in diesem Sinn beim Fehlen gegenteiliger Bestimmungen *Lutter* Festschrift W. Schilling (1973) S. 210 f.

[31] RGZ 77, 152, 155; 85, 205, 207; OLG Bremen NJW 1957, 1560; so im Aktienrecht auch noch Baumbach/*Hueck* AktG[13] § 182, 4, und *Wiedemann* GroßkommAktG § 182, 15.

[32] Vgl. § 63, 95; so auch LG Heidelberg AG 1989, 447, 448 (für die AG); Jaeger/*Weber* KO §§ 207, 208, 31; Scholz/*Priester* 33; Scholz/*K. Schmidt* § 63, 63; *Lutter*-KölnKommAktG § 182, 35 ff und Festschrift W. Schilling (1973) S. 212; *Kalter* KTS 1955, 59; *Robrecht* GmbH-Rdsch. 1982, 126, 128 (heute ganz hM).

[33] Vgl. *Robrecht* GmbH-Rdsch. 1982, 128; *Winnefeld* BB 1976, 1202.

[34] Jaeger/*Weber* KO §§ 207, 208, 54; aA Scholz/*K. Schmidt* § 63, 54 und *ders./Schulz* ZIP 1982, 1015, 1021; vgl. auch Kuhn/*Uhlenbruck* KO[10] § 1, 4 a.

[35] AA anscheinend *Robrecht* GmbH-Rdsch. 1982, 126, 127 wegen des Wegfalls der Legitimation der Geschäftsführer zur Anmeldung.

[36] Für Leistungsverweigerungsrecht der Gesellschafter auch ohne Aufhebungsbeschluß, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, OLG Hamm DB 1989, 167; Rowedder/*Zimmermann* 26.

[37] So auch Scholz/*Priester* 32.

[38] *Robrecht* GmbH-Rdsch. 1982, 127.

4. Zustimmungspflicht der Gesellschafter

a) Kraft Rechtsgeschäft. Die Gesellschafter können sich im Rahmen von Stimmbin- **30**
dungsverträgen, aber auch ad hoc verpflichten, einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals zuzustimmen (zu entsprechenden Pflichten im Rahmen des Ausschüttungs-Rückholverfahrens vgl. Rdn 92). Die Verpflichtung muß einen hinreichend bestimmbaren Inhalt haben[39]. In den Grenzen des Zulässigen (vgl. § 47, 78) kann sie auch gegenüber Nichtgesellschaftern eingegangen werden (zur fehlenden Kompetenz der Geschäftsführer, derartige Bindungen namens der GmbH einzugehen, vgl. § 53, 37; zur Begründung einer Verpflichtung der Gesellschaft, mit Dritten einen Übernahmevertrag über ihre Beteiligung an einer Kapitalerhöhung abzuschließen, vgl. Rdn 86). Der Einhaltung der für den Kapitalerhöhungsbeschluß erforderlichen notariellen Form bedarf ein hierauf gerichtetes Verpflichtungsgeschäft nicht (§ 53, 43). Die Formbedürftigkeit des Gründungsvorvertrags beruht auf dem weitergehenden Formzweck des § 2 (§ 2, 44 f); sie steht der Formfreiheit von Stimmbindungsverträgen der hier behandelten Art nicht entgegen. Verpflichten sich Gesellschafter untereinander, eine Veränderung der Kapitalverhältnisse nur einvernehmlich zu beschließen, so steht die Vereinbarung unter dem Vorbehalt der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht; ihre Nichteinhaltung im Fall eines im Gesellschaftsinteresse gebotenen Kapitalerhöhungsbeschlusses begründet daher keine Schadensersatzansprüche[40].

b) Kraft Treupflicht. Allg. zur Treupflicht in der GmbH vgl. § 14, 52 ff; zur **31**
Möglichkeit einer Zustimmungspflicht zu Satzungsänderungen kraft Treupflicht vgl. § 53, 70 f. Für den Fall von *Kapitalerhöhungen* hat der BGH eine Zustimmungspflicht widersprechender Gesellschafter zum Erhöhungsbeschluß ausnahmsweise anerkannt, wenn die Kapitalerhöhung zur Erhaltung der GmbH (hier: Anpassung an das durch die GmbH-Novelle 1980 erhöhte Mindestkapital) notwendig ist und durch die Erhöhung keine Nachteile für zustimmungsunwillige Gesellschafter eintreten, insbes. sich für sie weder Haftungsrisiken noch eine Reduzierung ihrer Gewinnquote ergeben[41]. Diese Rechtsprechung deckt sich mit der ganz überwM in der Literatur zur Zustimmungspflicht kraft Treupflicht[42]; ihr ist zu folgen. Eine Pflicht zur Übernahme neuer Stammeinlagen im Zuge der Kapitalerhöhung läßt sich aus der Treupflicht demgegenüber allenfalls in seltenen Ausnahmefällen ableiten[43]; auch wenn die Übernahme für den Erhalt der Gesellschaft unverzichtbar sein sollte, wird es doch regelmäßig an der erforderlichen Zumutbarkeit der Begründung der Einlagepflicht für die hierzu nicht freiwillig bereiten Gesellschafter fehlen.

5. Beschlußmängel

Für die Mängel des Kapitalerhöhungsbeschlusses und ihre Rechtsfolgen gelten die **32**
allgemeinen Grundsätze für fehlerhafte Satzungsänderungen (vgl. § 53, 88 ff; zu den Folgen für Eintragungsverfahren und Registerkontrolle vgl. § 57, 40 ff und § 57 a, 3 ff).

---

[39] RG JW 1927, 2992.

[40] BGH BB 1970, 897.

[41] BGHZ 98, 276, 280 f = NJW 1987, 189; bestätigt durch BGH NJW 1987, 3192, 3193 (jew. betreffend Anpassung an das erhöhte Mindestkapital).

[42] Vgl. grundlegend *M. Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988) S. 63 ff, 175 ff, 180 m. Nachw.; § 14, 58 (*Raiser*); dem BGH zustimm. auch Scholz/*Priester* 121; Baumbach/*Hueck* § 5, 56; Rowedder/*Zimmermann* 18; *Lutter/Hommelhoff* 12; *Timm* WM 1991, 481, 485. Weit. Nachw. zur Diskussion im Zusammenhang mit der Anpassung an das erhöhte Mindestkapital vgl. in Voraufl. 28.

[43] So auch Scholz/*Priester* 69, 123; Rowedder/*Zimmermann* 18; *Raiser* KapGesR § 38 IV; *M. Winter* (Fn 42) S. 181; weitergehend wohl *K. Schmidt* NJW 1980, 1770; generell ablehnend Baumbach/Hueck/*Zöllner* 23; *Lutter/Hommelhoff* 12; *Timm* GmbH-Rdsch. 1980, 289.

Die Kapitalerhöhung wird nicht wirksam, wenn sie wegen des Beschlußmangels nicht eingetragen wird (vgl. § 54 Abs. 3). Das gilt unabhängig davon, ob die Stammeinlagen übernommen sind und die Kapitalerhöhung durch Einzahlung der Mindesteinlagen, Ausübung von Mitgliedschaftsrechten oder Anmeldung „in Vollzug gesetzt" ist. Für die Übernahme der Grundsätze über die **fehlerhafte Gesellschaft** auf fehlerhafte, nicht eingetragene Kapitalerhöhungen ist kein Raum[44] (zu den Folgen nichtiger Kapitalerhöhungsbeschlüsse *nach* Eintragung vgl. § 57, 42 ff). Die für fehlerhafte Gesellschaftsverträge im Gründungsstadium geltende abweichende Wertung (vgl. § 2, 92) beruht auf den Besonderheiten der Gründerorganisation (Vor-GmbH) und ihrer rechtlichen Anerkennung nach innen und außen schon vor der Eintragung (§ 11, 22 ff). Von ihnen unterscheidet sich die Lage bei fehlerhaften Kapitalerhöhungen aus einem doppelten Grunde. Denn einerseits besteht die GmbH als solche trotz des fehlerhaften Erhöhungsbeschlusses, ihre Vernichtung steht nicht in Frage. Und zum anderen ist die beschlossene Kapitalerhöhung anders als die Gründervereinigung vor der Eintragung rechtlich nicht existent. Sie verschafft noch keine Mitgliedschaftsrechte, so daß auch aus diesem Grunde kein Anlaß besteht, bei fehlerhaftem Erhöhungsbeschluß von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. – Zur Beurteilung fehlerhafter Übernahmevereinbarungen vgl. Rdn 87 ff.

III. Die Zulassung zur Übernahme (Abs. 2 S. 1)

Schrifttum

Hirte Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung (1986); *Immenga* Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970); *Lutter* Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG (1964); *ders.* Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses, ZGR 1979, 401; *Maiberg* Übernahme einer Stammeinlage durch eine Erbengemeinschaft bei Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH, DB 1975, 2419; *Martens* Der Ausschluß des Bezugsrechts: BGHZ 33, 175, Festschrift Rob. Fischer (1979) S. 437 ff; *Pastor/Werner* Die Erhöhung der Nennbeträge alter Geschäftsanteile bei der GmbH, DB 1968, 1935; *Priester* Das gesetzliche Bezugsrecht bei der GmbH, DB 1980, 1925; *Schockenhoff* Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluß (1988); *Skibbe* Das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen der GmbH, GmbH-Rdsch. 1963, 46; *Winkler* Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH, GmbH-Rdsch. 1972, 73; *ders.* Erwerb von GmbH-Anteilen durch Minderjährige und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, ZGR 1990, 131; *M. Winter* Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (1988) S. 262 ff.

1. Zulassungsbeschluß

33 a) **Bedeutung und Rechtsnatur.** Der Kapitalerhöhungsbeschluß bestimmt nach gesetzlicher Regel nur den Betrag, um den das Stammkapital erhöht werden soll. Er befindet jedoch nicht über die Personen der Übernehmer und über die Höhe der ihnen zur Zeichnung anzubietenden Stammeinlagen (Rdn 15). Auch ein unmittelbares Bezugsrecht der bisherigen Gesellschafter, aus dem sich ohne besonderen Zulassungsbeschluß der Kreis der Übernehmer und die ihnen zustehenden Stammeinlagen ableiten ließen, ist abweichend von § 186 Abs. 1 AktG im GmbHG nicht vorgesehen und nach geltendem Recht daher nicht anzuerkennen (str., vgl. Rdn 39 ff). Vielmehr bedarf es nach Abs. 2 S. 1 noch *besonderer Bestimmung* durch die „Gesellschaft" (Rdn 36) über die Frage, ob die bisherigen Gesellschafter oder Dritte zur Übernahme zugelassen

[44] So auch Scholz/*Priester* § 57, 47; Rowedder/*Zimmermann* 22.

werden sollen[45]. Ohne einen solchen Zulassungsbeschluß fehlt es auch an der – darin regelmäßig konkludent enthaltenen – Ermächtigung der Geschäftsführer, die einzelnen Übernahmeerklärungen namens der GmbH anzunehmen (Rdn 72). Zu den Wirksamkeitsschranken dieses Zulassungsbeschlusses vgl. Rdn 46 ff.

Auf den Satzungsinhalt, insbesondere auf die Neufestsetzung des Stammkapitals **34** im Zuge der Kapitalerhöhung, hat der Zulassungsbeschluß als solcher keinen Einfluß; er unterliegt daher *nicht* den Vorschriften über die *Satzungsänderung*. Wohl aber kann er – und wird regelmäßig – mit dem Kapitalerhöhungsbeschluß verbunden werden; das kann mangels Formvorschrift auch konkludent geschehen (Rdn 37). Seiner Rechtsnatur nach handelt es sich bei dem Zulassungsbeschluß um einen **Akt innergesellschaftlicher Willensbildung.** Er bereitet die Durchführung der Kapitalerhöhung vor und bildet die Grundlage für die Übernahmeerklärungen durch die zur Kapitalerhöhung zugelassenen Personen sowie für deren Annahme seitens der hierzu ermächtigten Geschäftsführer. Ansprüche auf Beteiligung an der Kapitalerhöhung werden dadurch nach Maßgabe des Beschlußinhalts zwar für die *bisherigen Gesellschafter* begründet; hierin zeigt sich zugleich die funktionelle Verwandtschaft mit der aktienrechtlichen Regelung über das Bezugsrecht (Rdn 33). Im Verhältnis zu *Dritten* enthält er dagegen regelmäßig nur eine Ermächtigung an die Geschäftsführer zu deren Aufnahme, nicht jedoch eine Selbstbindung der Gesellschafter nach Art eines Vertrags zugunsten Dritter.

b) **Zuständigkeit der Gesellschafter.** Die Kompetenz für die Entscheidung über die **35** Zulassung zur Übernahme neuer Stammeinlagen innerhalb der GmbH ist in Abs. 2 S. 1 („Gesellschaft") nicht ausdrücklich geregelt. Anders als im Aktienrecht[46] liegt sie mangels abweichender Bestimmung in der Satzung oder im Kapitalerhöhungsbeschluß bei der **Gesellschafterversammlung** als dem über die innergesellschaftliche Willensbildung entscheidenden obersten Organ der GmbH[47]. *Stimmberechtigt* sind alle Gesellschafter; das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 greift wegen des korporationsrechtlichen Charakters des Zulassungsbeschlusses nicht ein (§ 47, 167). Das gilt nicht nur bei Zulassung *sämtlicher* Altgesellschafter zur Übernahme entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung (insoweit einhM), sondern auch bei quotaler Bevorzugung *einzelner* Gesellschafter bzw. beim Ausschluß von Mitgesellschaftern von der Übernahme[48]. Der in derartigen Fällen gebotene *Minderheitenschutz* ist nicht über § 47 Abs. 4, sondern über besondere Mehrheitserfordernisse (Rdn 36) sowie über die aus Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht folgenden Wirksamkeitsschranken des Beschlusses (Rdn 46 ff) zu gewährleisten.

Fraglich ist, mit welcher **Stimmenmehrheit** der Zulassungsbeschluß zu fassen ist; **36** die Frage stellt sich nur dann, wenn die Gesellschafter ihn nicht mit dem Kapitalerhöhungsbeschluß verbinden und wie diesen den nach § 53 Abs. 2 für Satzungsänderungen geltenden Anforderungen unterstellen. Grundsätzlich genügt für Gesellschafterbeschlüsse im GmbH-Recht die *einfache* Mehrheit, soweit nicht Gesetz oder Satzung abweichendes bestimmen (vgl. § 47 Abs. 1). Von dieser Mehrheit ist regelmäßig auch

---

[45] So auch Rowedder/*Zimmermann* 27 f, 30; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 14; *Roth* 3.3.1; *M. Winter* S. 263 f; aA (Zulassungsbeschluß nur bei Ausschluß oder Einschränkung des Bezugsrechts der Gesellschafter) Scholz/*Priester* 40; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 14; *Lutter/Hommelhoff* 9.

[46] Zur Kompetenz des Vorstands, die Zeichnungserklärung der Aktionäre namens der AG anzunehmen, vgl. nur *Lutter*-KölnKommAktG[2] § 185, 5 ff, § 187, 12.

[47] EinhM, vgl. Scholz/*Priester* 59 f; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 13 f; *Feine* S. 609; wohl auch BGH WM 1966, 1262, 1263.

[48] Heute hM, vgl. § 47, 167 (*Hüffer*); Scholz/*Priester* 61; Scholz/*K. Schmidt* § 47, 113; Rowedder/*Zimmermann* 28; aA Baumbach/Hueck/*Zöllner* 14 und § 47, 58; *Zöllner* Schranken S. 248 f; *Roth* 3.3.3; so wohl auch RGZ 109, 77, 80; 122, 159, 161 f.

für den Zulassungsbeschluß nach § 55 Abs. 2 S. 1 auszugehen[49]. Soll freilich die Anwartschaft der Gesellschafter auf gleichmäßige Teilnahme an der Kapitalerhöhung (mittelbares Bezugsrecht, vgl. Rdn 40 ff) ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, so sprechen abweichend von der Voraufl. (Rdn 33) gute Gründe dafür, insoweit analog § 186 Abs. 3 AktG die *Dreiviertelmehrheit* zu verlangen[50].

37 c) **Verhältnis zu Erhöhungsbeschluß und Übernahmevertrag.** Zulassungsbeschluß und **Kapitalerhöhungsbeschluß** fallen regelmäßig zusammen, da die Zuständigkeit in beiden Fällen bei der Gesellschafterversammlung liegt und beide Beschlüsse der innergesellschaftlichen Willensbildung über die Kapitalerhöhung einschließlich der Modalitäten ihrer Durchführung dienen, d. h. also auf das gleiche Ziel gerichtet sind[51]. Das ändert freilich nichts daran, daß für beide Beschlüsse bei getrennter Beschlußfassung unterschiedliche Mehrheits- und Formerfordernisse bestehen (Rdn 10, 35). Auch wird der Zulassungsbeschluß und die darin meist liegende Ermächtigung der Geschäftsführer zum Abschluß der Übernahmeverträge anders als die Kapitalerhöhung sogleich wirksam; sie stehen allerdings unter dem Vorbehalt (der Rechtsbedingung) der Handelsregistereintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses (Rdn 76).

38 Ein sachlicher und häufig auch zeitlicher Zusammenhang besteht weiter auch zwischen dem Zulassungsbeschluß und dem auf seiner Grundlage erfolgenden, im Unterschied zur formbedürftigen Übernahmeerklärung des Zeichners (Rdn 61) ebenfalls konkludent möglichen Abschluß der **Übernahmeverträge.** Auch hierfür sind grundsätzlich die Gesellschafter zuständig, wenn sie nicht die Geschäftsführer zum Abschluß ermächtigen (Rdn 72); die Vertretungsmacht nach § 35 Abs. 1 erstreckt sich nicht auf körperschaftliche Rechtsgeschäfte nach Art des Übernahmevertrags (vgl. Rdn 60 und § 53, 37). Sind die zur Übernahme berechtigten bisherigen Gesellschafter bei der Beschlußfassung über Kapitalerhöhung und Zulassung anwesend oder vertreten und erklären sie die Übernahme einer Stammeinlage in der nach Abs. 1 vorgeschriebenen Form (Rdn 61 f), so kommen die Übernahmeverträge im Zweifel schon in diesem Zeitpunkt durch stillschweigende Annahme seitens der Gesellschafter zustande. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem Übernahmevertrag und den Beschlüssen über Kapitalerhöhung und Zulassung bleibt hiervon freilich unberührt. Insbesondere werden die Einzahlungspflichten der Übernehmer durch den Vertrag und nicht durch die logisch vorangehenden Akte der innergesellschaftlichen Willensbildung begründet.

2. Bezugsrecht der Gesellschafter?

39 a) **Meinungsstand.** Das GmbHG enthält *keine* Vorschrift entsprechend der Regelung des § 186 AktG, wonach den Aktionären bei Kapitalerhöhungen der AG ein gesetzliches Bezugsrecht in anteiliger Höhe ihrer Beteiligung zusteht und dieses nur im Kapitalerhöhungsbeschluß, unter Beachtung der Erfordernisse des § 186 Abs. 3, 4 AktG, ausgeschlossen werden kann. Gleichwohl geht die heute ganz hM zu Recht davon aus, daß auch in der GmbH die Gesellschaftermehrheit nicht beliebig über die Zulassung von Gesellschaftern oder Dritten zur Übernahme der neuen Stammeinlagen beschließen

---

[49] So (ohne Einschränkung) auch Rowedder/*Zimmermann* 33; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 15; *Fleck* ZGR 1988, 116 f; *M. Winter* S. 266 f; wie hier *Roth* 3.1, 3.3.3; Gegenans. vgl. in Fn 50.

[50] So auch *Roth* 3.3.3 sowie im Ergebnis diejenigen Autoren, die ein ungeschriebenes gesetzliches Bezugsrecht der GmbH-Gesellschafter bejahen (vgl. Rdn 39) und dessen Ausschluß analog § 186 Abs. 3, 4 AktG nur im Rahmen des mit satzungsändernder Mehrheit zu fassenden Kapitalerhöhungsbeschlusses für zulässig halten (Scholz/*Priester* 59; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 13; *Lutter/Hommelhoff* 9).

[51] So auch BGH WM 1966, 1262, 1263.

kann, sondern hierbei an die aus Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht folgenden Schranken (vgl. allg. § 14, 52 ff; § 53, 64 f) gebunden ist[52]. Unter Hinweis auf diese Schranken bejaht ein Teil des Schrifttums[53] im Anschluß an *Priester*[54] ein Bezugsrecht auch der GmbH-Gesellschafter analog § 186 Abs. 1 AktG. Es mache im Regelfall, vorbehaltlich seiner Einschränkung oder seines Ausschlusses im Zusammenhang mit der konkreten Kapitalerhöhung, einen besonderen Zulassungsbeschluß der Gesellschafterversammlung gegenstandslos[55]. Den Gesellschaftern stehe vielmehr bereits aufgrund des Kapitalerhöhungsbeschlusses ein Anspruch gegen die GmbH auf anteilige Übernahme der neuen Stammeinlagen zu; die auf die Notwendigkeit eines Zulassungsbeschlusses hinweisende Vorschrift des § 55 Abs. 2 S. 1 sei inhaltlich überholt[56]. Demgegenüber hält die *Gegenansicht*[57] unter Hinweis auf § 55 Abs. 2 S. 1 am Erfordernis eines Zulassungsbeschlusses fest. Dem auch von ihr anerkannten Interesse der einzelnen Gesellschafter, anteilig zur Übernahme neuer Stammeinlagen zugelassen zu werden, will sie – durch Betonung der aus Gleichbehandlungsgrundsatz und Treupflicht folgenden Schranken der Mehrheitsherrschaft – bei der Beschlußfassung der Gesellschafter über die Zulassung zur Übernahme Rechnung getragen wissen.

b) **Stellungnahme.** Für die Stellungnahme ist *zu unterscheiden* zwischen dem rechtlich anzuerkennenden Interesse der Gesellschafter an der Aufrechterhaltung ihrer quotenmäßigen Beteiligung an der GmbH auch im Fall von Kapitalerhöhungen und der Frage, wie dieses Interesse vor dem Hintergrund der vom Aktienrecht abweichenden Regelungstechnik in § 55 GmbHG rechtlich gesichert werden kann. Hinsichtlich des ersten Aspekts, der Sicherung der **Anwartschaft** der Gesellschafter auf Teilnahme an der Kapitalerhöhung, verdient die neuere Lehre volle Zustimmung. In der Tat besteht kein Anlaß, den einzelnen GmbH-Gesellschaftern den in § 186 AktG enthaltenen materiell-rechtlichen Schutz vor der Verwässerung ihrer Beteiligung im Zuge von Kapitalerhöhungen vorzuenthalten. Im Gegenteil ist ein derartiger Verwässerungsschutz angesichts der typisch personalistischen Struktur der GmbH umso mehr geboten[58]. Das Schweigen des GmbHG und der Verzicht der GmbH-Novelle 1980 darauf, die auf gesetzliche Einführung eines Bezugsrechts gerichteten Vorschläge des RegE GmbHG 1971/73[59] zu übernehmen, stehen der rechtlichen Anerkennung dieses Interesses nicht entgegen (vgl. näher Rdn 4). **40**

Anderes gilt demgegenüber für die **Durchsetzung** dieser Anwartschaft, d. h. für den rechtstechnischen Weg zur Sicherung des Interesses der Gesellschafter, an der Kapitalerhöhung beteiligt zu werden. Die insoweit von der neueren Lehre vertretene Analogie zu § 186 Abs. 1, 3 und 4 AktG unter Anerkennung eines allein aus dem uneingeschränkten Kapitalerhöhungsbeschluß folgenden, einen Übernahmeanspruch jedes Gesellschafters gegen die GmbH begründenden echten *Bezugsrechts* ist unvereinbar mit der insoweit unterschiedlichen Regelungstechnik von AktG und GmbHG[60]. Solange das GmbHG in § 55 Abs. 2 S. 1 einen besonderen *Zulassungsbeschluß* für den **41**

---

[52] Heute ganz hM, vgl. nur Scholz/*Priester* 52 ff; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 15; *M. Winter* S. 266 ff m. weit. Nachw.; aA *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 19.

[53] Scholz/*Priester* 41; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 13; *Lutter/Hommelhoff* 8; *K. Schmidt* GesR § 37 V 1 a ee S. 874; *Raiser* KapGesR § 39 II 2.

[54] DB 1980, 1925 ff; so der Sache nach auch schon *Lutter* AcP 180 (1980) 84, 123.

[55] Zu den Ausnahmen bei Ausschluß oder Einschränkung des Bezugsrechts vgl. Nachw. in Fn 50.

[56] So Scholz/*Priester* 46 unter Hinweis auf das im Aktienrecht erst nach 1892 eingeführte gesetzliche Bezugsrecht.

[57] Rowedder/*Zimmermann* 30; *Meyer-Landrut*/Miller/Niehus 14; *Roth* 3.3.1; *M. Winter* S. 266 ff.

[58] So zutr. schon *Priester* DB 1980, 1927; näher *M. Winter* S. 266 ff.

[59] Vgl. BT-Drucks. 7/253, RegE § 157.

[60] So zu Recht auch *M. Winter* S. 263 ff, 267 f.

Abschluß von Übernahmeverträgen voraussetzt, ist für eine Analogie zu § 186 Abs. 1 AktG kein Raum.

42 Daß die Regelung des § 55 Abs. 2 S. 1 trotz Anerkennung einer Übernahme-Anwartschaft der bisherigen Gesellschafter nicht funktionslos geworden ist, lehrt auch der Blick auf die **besondere Kompetenzverteilung in der GmbH.** Da hier – anders als im Aktienrecht[61] – der Abschluß von Übernahmeverträgen durch das Vertretungsorgan nicht von § 35 Abs. 1 gedeckt ist, sondern einer besonderen Ermächtigung der Geschäftsführer durch die Gesellschafter bedarf (Rdn 72), kann auf einen die Übernahme zulassenden Gesellschafterbeschluß schon aus diesem Grunde nicht verzichtet werden. Mit dieser Kompetenzverteilung ist es daher auch unvereinbar, wenn die Befürworter eines Bezugsrechts den übergangenen Gesellschaftern einen unmittelbaren, durch Leistungsklage gegen die GmbH geltendzumachenden Anspruch auf Abschluß des Übernahmevertrags gewähren wollen[62]. Richtiger Beklagter ist hier nicht die GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer, sondern die Gesellschaftermehrheit (vgl. Rdn 72).

43 Im **Ergebnis** unterscheiden sich beide Ansichten hinsichtlich des dadurch bewirkten Minderheitenschutzes nicht wesentlich[63]. Das gilt jedenfalls dann, wenn man für den auf vollständigen oder teilweisen Ausschluß der Bezugsanwartschaft gerichteten *Zulassungsbeschluß* aus den oben (Rdn 36) genannten Gründen trotz Verneinung eines unmittelbaren Bezugsrechts *Dreiviertelmehrheit* analog § 186 Abs. 3 AktG fordert; dieser Analogie steht die abweichende Regelungstechnik des GmbHG nicht entgegen. Die Initiative zur Beschlußfassung über den Bezugsrechtsausschluß liegt nach beiden Ansichten bei den hieran interessierten Gesellschaftern, die dafür einen mit qualifizierter Mehrheit zu fassenden Gesellschafterbeschluß benötigen. Auch hinsichtlich der Inhaltsschranken dieses Mehrheitsbeschlusses und hinsichtlich des Erfordernisses seiner Anfechtung durch die Minderheit stimmen beide Ansichten überein. *Unterschiedlich* wird demgegenüber zwar die *Beklagtenrolle* beurteilt (Rdn 42); jedoch hat es die neue Lehre bisher versäumt, die Vereinbarkeit ihrer Ansicht, wonach richtiger Beklagter nicht die Mitgesellschafter seien, sondern die GmbH, mit der Kompetenzverteilung im GmbH-Recht darzutun. Als weiterer Unterschied bleibt der – nur nach der hier abgelehnten neuen Ansicht mögliche[64] – *Handel mit Bezugsrechten.* Indessen dürfte ihm schon wegen der auch insoweit zu beachtenden Anteilsvinkulierung (§ 15 Abs. 5) keine wesentliche Bedeutung zukommen. Im übrigen läßt sich dasselbe Ziel durch die vertragliche Abtretung künftiger Geschäftsanteile erreichen (§ 15, 26).

44 c) **Folgerungen.** An der Notwendigkeit eines Zulassungsbeschlusses ist somit festzuhalten. Daß dieser konkludent zustande kommen kann, sei es im Beschluß über die Kapitalerhöhung oder in demjenigen über die Annahme der Übernahmeerklärungen, steht nicht entgegen. Der Kapitalerhöhungsbeschluß als solcher führt nicht zu einem einklagbaren Anspruch der Gesellschafter gegen die GmbH auf anteilige Teilnahme an der Kapitalerhöhung, sondern nur dazu, daß die einzelnen Gesellschafter von den anderen aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Treupflicht Mitwirkung an der Beschlußfassung über die Zulassung unter voller Berücksichtigung ihres Beteiligungsinteresses verlangen können[65]; die Klage kann freilich mit derjenigen auf Abschluß des Übernahmevertrags (oder auf Ermächtigung der Geschäftsführer hierzu) verbunden werden.

---

[61] Vgl. Nachw. in Fn 46.
[62] Darauf weist zutr. M. *Winter* S. 267 hin.
[63] Dezidiert aA Baumbach/Hueck/*Zöllner* 13.
[64] Vgl. Scholz/*Priester* 51; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 16.
[65] Vgl. näher M. *Winter* S. 181 ff, 268.

Die durch den Zulassungsbeschluß zu realisierende **Anwartschaft auf Teilnahme an der Kapitalerhöhung** steht grundsätzlich *allen bisherigen Gesellschaftern* entsprechend ihrer Beteiligungshöhe zu. Das gilt auch dann, wenn der Anteil mit einem *Nießbrauch* oder einem *Pfandrecht* belastet ist[66]; beim Bestehen von *Vor- und Nacherbschaft* fällt der vom Vorerben erworbene neue Geschäftsanteil in den gebundenen Nachlaß[67]. Der Gesellschaft selbst steht aus eigenen Anteilen eine Anwartschaft nicht zu; sie kann an der Kapitalerhöhung weder selbst teilnehmen (Rdn 56) noch über die Anwartschaft verfügen (str., vgl. näher § 33, 69 f). **45**

3. Schranken des Zulassungsbeschlusses

a) **Gleichbehandlungsgrundsatz.** Ihm kommt im Hinblick auf den Zulassungsbeschluß wesentliche Bedeutung zu (vgl. dazu allg. § 14, 67 ff und § 53, 56 ff). Auch ohne Anerkennung eines Bezugsrechts der Gesellschafter (Rdn 39 ff) stellt er schon nach geltendem GmbH-Recht sicher, daß **im Falle der Zulassung bisheriger Gesellschafter** zur Kapitalerhöhung grundsätzlich allen Gesellschaftern anteilig das Recht zur Beteiligung einzuräumen ist[68]. Abweichungen hiervon sind, sofern nicht sämtliche Gesellschafter für die Ungleichbehandlung stimmen, nur beim Vorliegen dringender im Gesellschaftsinteresse liegender, die Minderheitsinteressen überwiegender Gründe zulässig[69]. Die Notwendigkeit der Abweichung zu rechtfertigen ist im Streitfall Sache der Gesellschaft (§ 53, 66). Hieran sind um so strengere Anforderungen zu stellen, je schwerer der Eingriff in die mitgliedschafts- und vermögensrechtliche Stellung der übergangenen Gesellschafter wiegt; es gilt der zum Aktienrecht[70] entwickelte *Maßstab der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit*[71]. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt auch vor, wenn die neuen Anteile zwar nicht unmittelbar einzelnen Gesellschaftern, wohl aber einer diesen nahestehenden Person oder Gruppe angeboten werden. **46**

b) **Treupflicht.** Sollen an der Kapitalerhöhung weder unmittelbar noch mittelbar bisherige Gesellschafter beteiligt werden, so scheidet ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus. Wohl aber ist zu prüfen, ob nicht die Mehrheit durch den Zulassungsbeschluß ihre nicht nur gegenüber der GmbH, sondern auch gegenüber der Minderheit bestehende Treupflicht verletzt[72]. Die danach gebotene Rücksichtnahme auf die Belange der Minderheit im Rahmen des Gesamtinteresses gestattet den Ausschluß der Gesellschafter von der Kapitalerhöhung und die daraus folgende quotenmäßige Verminderung ihrer Beteiligungsrechte nach dem auch insoweit geltenden Maßstab der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit (Rdn 46) nur dann, wenn die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftssicht – auch unter Berücksichtigung der Interessen der Minder- **47**

---

[66] *Priester* DB 1980, 1930 m. Nachw.; Scholz/*Priester* 50; so für den Nießbrauch auch Staudinger/*Promberger* Anh §§ 1068, 1069, 86. Zur Frage der Erstreckung von Pfandrecht und Nießbrauch auf den neuen Geschäftsanteil (bejahend Scholz/*Priester* 50) vgl. Anh § 15, 43 und 63.

[67] *Priester* DB 1980, 1930.

[68] Heute ganz hM; vgl. Baumbach/*Hueck* 15; Scholz/*K. Schmidt* § 45, 106; *Lutter/Hommelhoff* 7; so auch schon *Feine* S. 606; *G. Hueck* Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht S. 345; eingehend zum Verhältnis von Gleichbehandlungsgrundsatz und Gesellschaftsinteresse *Schockenhoff* S. 51 ff, 83 ff.

[69] Vgl. BGHZ 71, 40, 44 f = NJW 1978, 1316 (Kali + Salz); ähnlich schon BGHZ 33, 175, 186 = NJW 1961, 26 (jeweils zum Aktienrecht); dazu näher *Schockenhoff* S. 31 ff.

[70] Vgl. BGHZ 71, 40, 44 ff = NJW 1978, 1316; 83, 319, 321 = NJW 1982, 2444; *Lutter* ZGR 1979, 401, 403 ff; *Martens* Festschrift Rob. Fischer (1979) S. 437, 444 ff; *Wiedemann* Gesellschaftsrecht I S. 447 f. Grundlegend *Zöllner* Schranken S. 349 ff.

[71] Vgl. zum GmbH-Recht Scholz/*Priester* 52; Baumbach/Hueck/*Zöllner* 15; eingehend jetzt *M. Winter* Treubindungen S. 141 ff, 268 ff.

[72] Diesen Aspekt betont zutr. *M. Winter* S. 131 ff, 267 f; vgl. auch § 53, 67.