

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG Band 3: §§ 53-88

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Holger Fleischer, LL.M., und Prof. Dr. Wulf Goette, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a.D., Rechtsanwalt, Die Bearbeiter des dritten Bandes: Prof. Dr. Karsten Altenhain, Dr. Klaus Berner, Rechtsanwalt und Steuerberater, Prof. Dr. Stephan Harbarth, LL.M., Rechtsanwalt, Sebastian Herrler, Notar, Reinhard Hillmann, Richter am Oberlandesgericht a.D., Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M., Richter am Oberlandesgericht, Dr. Steffen Limpert, Notar, Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller, und Prof. Dr. Jochen Vetter, Rechtsanwalt

3. Auflage 2018. Buch. XLIV, 1094 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70323 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Gleiches gilt, wenn die Anteile vollständig eingezahlt sind, eine Nachschusspflicht nicht besteht oder die Haftung nach Ablauf der Fünfjahresfrist des § 22 Abs. 3 ausgeschlossen ist.¹⁰⁹ In diesem Fall dient die Aufstockung im Vergleich zur Bildung neuer Geschäftsanteile nicht dazu, dem Inferenten Zahlungserleichterungen zu verschaffen (→ § 56a Rn. 7) und den im Interesse der Gesellschaftsgläubiger bestehenden Grundsatz der realen Kapitalaufbringung zu umgehen.¹¹⁰ Vielmehr beugt die Aufstockung einer Zersplitterung der Geschäftsanteile vor, auch wenn die Anteilstückelung durch das MoMiG merklich liberalisiert worden ist (→ § 5 Rn. 39 ff.). Unter weniger strengen Voraussetzungen ist die Aufstockung bei der **nominellen Kapitalerhöhung** zugelassen (§ 57h Abs. 1; → § 57h Rn. 7 ff.; → § 57l Rn. 7).

Die Aufstockung muss in formeller Hinsicht außerdem im Kapitalerhebungsbeschluss mit Angabe der zu erhöhenden Geschäftsanteile und der Erhöhungsbeträge **konkret festgesetzt** sein (→ Rn. 46).¹¹¹ Der Erhöhungsbetrag muss mindestens 1 Euro betragen und auf volle Euro lauten (Abs. 4 iVm § 5 Abs. 2 S. 1); einen gesetzlichen Höchstbetrag gibt es nicht. Auch bedarf es keiner Volleinzahlung des Aufstockungsbetrages.¹¹² Zulässig ist es auch, die Kapitalerhöhung kombiniert sowohl durch Schaffung und Ausgabe neuer Geschäftsanteile als auch durch Erhöhung der Nennbeträge vorhandener Anteile durchzuführen, und zwar auch dann, wenn es denselben Gesellschafter betrifft.¹¹³ Zur Übertragung des aufzustockenden Geschäftsanteils während des Kapitalerhebungsverfahrens → Rn. 152.

5. Sonstige Angaben. a) Geschäftsanteile. Der Kapitalerhebungsbeschluss muss entgegen § 3 Abs. 1 Nr. 4 keine Angaben über die Zahl und die Nennbeträge der übernommenen Geschäftsanteile sowie die Person der Übernehmer enthalten.¹¹⁴ Erforderlich sind diese Angaben indes in einem etwaigen Zulassungsbeschluss (→ Rn. 105), der vom Erhebungsbeschluss zwar rechtlich verselbstständigt ist, in der Praxis aber häufig zusammen mit diesem gefasst wird. Ausnahmsweise bedarf es dieser Angaben auch bei der Aufstockung des Nennbetrags bereits vorhandener Geschäftsanteile (→ Rn. 45).¹¹⁵ Einer ausdrücklichen Festsetzung bedarf es außerdem bei der nach neuem Recht (Abs. 4 iVm § 5 Abs. 2 S. 2) zulässigen Schaffung und Ausgabe mehrerer neuer Geschäftsanteile an denselben Gesellschafter (→ § 5 Rn. 46).¹¹⁶ Dabei kann die Höhe der einzelnen Geschäftsanteile unterschiedlich hoch sein, solange sich nur die Summe der alten und neuen Geschäftsanteile mit dem erhöhten Stammkapital deckt (§ 5 Abs. 3; → § 5 Rn. 42 f.).¹¹⁷ Aus Transparenzgründen sollten mehrere Geschäftsanteile für einen Gesellschafter im Erhebungsbeschluss nummeriert werden.¹¹⁸

¹⁰⁹ BGH Beschl. v. 11.6.2013 – II ZB 25/12, NJW 2013, 2428 Rn. 10 = GmbHR 2013, 869 mAnm Bayer/Illhardt; BayObLG Beschl. v. 24.5.1989 – BRreg. 3 Z 20/89, DB 1989, 1558 (1559) mAnm Heckschen = NJW-RR 1989, 1379; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 46 aE; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 17; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 35; Scholz/Priester Rn. 24; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 12.

¹¹⁰ Vgl. BGH Beschl. v. 24.10.1974 – II ZB 1/74, BGHZ 63, 116 (118) = NJW 1975, 118; Beschl. v. 11.6.2013 – II ZB 25/12, NJW 2013, 2428 Rn. 16 = GmbHR 2013, 869 mAnm Bayer/Illhardt; UHL/Ulmer/Casper Rn. 31.

¹¹¹ Dazu ausf. mit Formulierungshinweisen Witte/Rousseau GmbHR 2009, R 321 f.

¹¹² UHL/Ulmer/Casper Rn. 31; Scholz/Priester Rn. 25.

¹¹³ Roth/Altmeppen/Roth Rn. 36; Scholz/Priester Rn. 25; s. ferner Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 16.

¹¹⁴ Zust. BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 49; zum bisherigen Recht ebenso BayObLG Beschl. v. 17.9.1981 – BRreg. 1 Z 69/81, NJW 1982, 1400; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 14; UHL/Ulmer/Casper Rn. 29.

¹¹⁵ Dazu ausf. mit Formulierungshinweisen Witte/Rousseau GmbHR 2009, R 321 f.

¹¹⁶ Zur Zulässigkeit anders noch das frühere Recht (§ 55 Abs. 4 iVm § 5 Abs. 2 aF): Baumbach/Hueck/Zöllner, 18. Aufl. 2006, Rn. 45 aE; Scholz/Priester, 9. Aufl. 2002, Rn. 28 sowie für das neue Recht zur Kapitalerhöhung Meister NZG 2008, 767 (769). Wie hier jetzt zu Recht Roth/Altmeppen/Roth Rn. 34; Wicke Rn. 9; Bormann/Urlichs GmbHR–Beil. 1/2008, 37 (38); Katschinski/Rawert ZIP 2008, 1993 (1995); Wälzholz MittBayNot 2008, 425 (429).

¹¹⁷ Ein Verstoß bleibt allerdings – namentlich bei der Einziehung eines Geschäftsanteils – im Grundsatz sanktionslos; BGH Urt. v. 2.12.2014 – II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 Rn. 17 = NJW 2015, 1385.

¹¹⁸ Vgl. Bormann/Urlichs GmbHR–Beil. 1/2008, 37 (38); Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 15; aA Roth/Altmeppen/Roth Rn. 34 aE.

- 47 **b) Nebenpflichten und Vorzugsrechte.** Sollen im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung weitergehende Nebenpflichten, wie zB die Vereinbarung eines Agios (**Aufgeld**), oder Nachschusspflichten begründet werden, die sich weder aus der Satzung noch aus dem GmbH-Recht ergeben, oder sollen in der Satzung bereits enthaltene Nebenabreden für das erhöhte Kapital nicht gelten, müssen abweichende Regelungen in den Erhöhungsbeschluss und die Satzung aufgenommen werden.¹¹⁹ Anders verhält es sich mit ergänzenden Leistungspflichten, die sich bereits in der Satzung finden; diese müssen nur in die Übernahmeerklärung aufgenommen werden (→ Rn. 126). Unabhängig davon können zusätzliche Zahlungspflichten auch schuldrechtlich zwischen den Gesellschaftern vereinbart werden.¹²⁰ Insofern ist zwischen einem **schuldrechtlichen** und einem **korporativen** Agio zu unterscheiden (→ § 3 Rn. 77).¹²¹ Ist das Aufgeld in den Kapitalerhöhungsbeschluss und die Übernahmeerklärung aufgenommen worden, hat es idR korporativen Charakter (vgl. § 3 Abs. 2) und wird mit Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses in das Handelsregister wirksam.¹²² Eine darüber hinausgehende Änderung der Satzung bedarf es nicht (→ Rn. 64 f.).¹²³ Jedenfalls steht den Gesellschaftern ein Wahlrecht zu, ob sie das Agio schuldrechtlich oder korporativ ausgestalten wollen.¹²⁴
- 47a Für die **Aufhebung** und **Änderung** von korporativen Aufgeldern gelten **vor der Eintragung** der Kapitalerhöhung zunächst die allgemeinen Grundsätze der Aufhebung und Änderung des Kapitalerhöhungsbeschlusses (→ Rn. 60) entsprechend, da es sich beim korporativen Agio um einen Teil des Kapitalerhöhungsbeschlusses handelt.¹²⁵ **Nach der Eintragung**¹²⁶ ist – anders als bei der Änderung des Kapitalerhöhungsbeschlusses (→ Rn. 60) – aber keine Kapitalherabsetzung nach § 58 durchzuführen, weil die Stammkapitalziffer durch eine Änderung des Agios gerade nicht berührt wird. Stattdessen genügt ein satzungändernder Beschluss nach § 53 Abs. 2, um die besagte Nebenpflicht iSd § 3 Abs. 2 aufzuheben (→ § 3 Rn. 96). Soweit das korporative Agio im Satzungstext keinen Niederschlag gefunden hat, kann im Handelsregister jedenfalls der Änderungsbeschluss vermerkt werden.¹²⁷ Zudem darf durch die Ausbuchung des Agios, das nicht Teil der Einlagenaufbringungspflicht ist (→ § 56 Rn. 48), zumindest keine Unterbilanz iSd § 30 entstehen.¹²⁸ Das wirksam aufgehobene Agio kann in der **Insolvenz** der Gesellschaft nicht vom Insolvenzverwalter eingefordert werden.¹²⁹ Allerdings kommt eine Anfechtung in Betracht, weil es sich hierbei um die Aufhebung einer Forderung handelt.¹³⁰
- 47b **Vorzugsrechte und Sondervorteile** für die neu geschaffenen Geschäftsanteile, wie zB besondere Stimmrechte und Gewinnbeteiligungen, müssen indes durch einen satzungändernden Beschluss mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter festgelegt werden (→ § 53 Rn. 178 ff.).¹³¹

¹¹⁹ UHL/*Ulmer/Casper* Rn. 27; MHLS/*Hermanns* Rn. 21; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schorbus* Rn. 18; Scholz/*Priester* Rn. 26; (zum inhaltsgleichen, österreichischen Recht) *Jennwein* GesRZ 2013, 280 ff.; vgl. noch BGH Urt. v. 15.10.2007 – II ZR 216/06, NZG 2008, 73 Rn. 13.

¹²⁰ BGH Urt. v. 15.10.2007 – II ZR 216/06, NZG 2008, 73 Rn. 13; BayObLG Beschl. v. 27.2.2002 – 3Z BR 35/02, NZG 2002, 583 (584) (zur AG); *Hermanns* ZIP 2003, 788 (791 ff.); *Wagner* DB 2004, 293 (294 ff.); *Becker* NZG 2003, 510 (513 ff.); *Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich* Rn. 13 aE; Scholz/*Priester* Rn. 27 aE; speziell zu den Vorteilen des schuldrechtlichen Agio *Lubberich* DNotZ 2016, 164 (172).

¹²¹ BGH Urt. v. 15.10.2007 – II ZR 216/06, DNotZ 2008, 461 Rn. 13.

¹²² BGH Urt. v. 15.10.2007 – II ZR 216/06, DNotZ 2008, 461 Rn. 15.

¹²³ BGH Urt. v. 15.10.2007 – II ZR 216/06, DNotZ 2008, 461 Rn. 14.

¹²⁴ *Lubberich* DNotZ 2016, 164 (170 f.).

¹²⁵ DNotI-Report 2015, 146 (147).

¹²⁶ Vgl. DNotI-Report 2015, 146 (147); Scholz/*Cziupka* § 3 Rn. 92; UHL/*Ulmer/Löbbe* § 3 Rn. 112.

¹²⁷ Dazu weiterführend DNotI-Report 2015, 146 (147).

¹²⁸ DNotI-Report 2015, 146 (147) unter Hinweis auf → § 58 Rn. 160 (*J. Vetter*) und Scholz/*Priester* § 58 Rn. 77.

¹²⁹ DNotI-Report 2015, 146 (147).

¹³⁰ DNotI-Report 2015, 146 (147) unter Hinweis auf *Mylich* ZGR 2009, 474 (498 f.).

¹³¹ Zust. BeckOK GmbHG/*Ziemons*, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 47.

Analog § 9 Abs. 1 AktG ist eine Ausgabe der neuen Geschäftsanteile **unter pari unzulässig**.¹³² Ein **Agio** kann die Gesellschaftermehrheit grundsätzlich nach freiem Ermessen festsetzen, um die Eigenkapitalbasis der GmbH zusätzlich zu stärken. Ist kein Agio vorgesehen, stimmen Nennwert und Ausgabebetrag des erhöhten Kapitals überein. Darüber muss sich der Beschluss nicht ausdrücklich verhalten.¹³³

Die Festsetzung eines Aufgeldes – ebenso wie eine unterlassene Festsetzung – darf indes weder gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht noch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Aus diesem Grund ist eine Festsetzung **bei ausgeschlossenen Bezugsrecht** erforderlich, soweit die Gesellschaft über offene oder stille Rücklagen verfügt, da ansonsten die vermögensmäßige Beteiligung der von der Kapitalerhöhung ausgeschlossenen Gesellschafter verwässert würde.¹³⁴ Im Hinblick auf eine drohende Entwertung der Mitgliedschaftsrechte sind die Gesellschafter nach dem Rechtsgedanken des § 255 Abs. 2 AktG¹³⁵ durch ein entsprechendes Anfechtungsrecht geschützt.

Selbst **bei bestehendem Bezugsrecht** kann ein Agio zwingend erforderlich sein, soweit die Differenz zwischen dem inneren Wert und dem Nennbetrag der neuen Geschäftsanteile so groß ist, dass daraus ein faktischer Zwang zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung resultiert, der dem GmbH-Recht mangels Nachschusspflicht fremd ist und gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflichtbindung verstößt.¹³⁶ Die von der Gegenauffassung¹³⁷ angeführten Bewertungsprobleme ergeben sich in der Praxis in einer großen Vielzahl von Fällen; sie sind aber nicht geeignet, einen treuwidrigen Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte zu legitimieren. Die von dieser Auffassung befürworteten Grundsätze zur Bewältigung eines Missbrauchs der Mehrheitsmacht werden nur in seltenen Ausnahmefällen nachweisbar sein und bieten den betroffenen Minderheitsgesellschaftern nur einen ungenügenden Schutz gegen treuwidriges Verhalten der Mehrheit. Wird gegen die besagten Prinzipien verstoßen, ist der Erhöhungsbeschluss anfechtbar.¹³⁸ Lässt die Minderheit dieses Recht ungenutzt, verzichtet sie – zulässigerweise – auf den hierdurch gewährleisteten Minderheitsschutz.¹³⁹

Umgekehrt folgt ein faktischer Bezugsrechtsausschluss (→ Rn. 82) aber nicht allein aus dem Umstand, dass das festgesetzte **Agio den Wert der neuen Geschäftsanteile** um ein Vielfaches **übersteigt**.¹⁴⁰ Die bisherigen Gesellschafter können auch in diesem Fall frei

¹³² BGH Ur. v. 14.3.1977 – II ZR 156/75, BGHZ 68, 191 (195) = NJW 1977, 1196; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 13; Scholz/Priester Rn. 29; Rottbauer ZGR 2007, 401 (423); rechtsmethodisch dazu Fleischer GmbH 2008, 673 (676).

¹³³ Scholz/Priester Rn. 29 aE; Bork/Schäfer/Arnold/Born Rn. 18; aA BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 36, die sich für ihre Auffassung zu Unrecht auf die hiesige Kommentierung beruft.

¹³⁴ OLG Stuttgart Ur. v. 1.12.1999 – 20 U 38/99, NZG 2000, 156 (157) = BB 2000, 1155 mAnm Gätsch BB 2000, 1158 f.; Scholz/Priester Rn. 27 iVm Rn. 55 aE; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 24; MHLS/Hermanns Rn. 21; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 13; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 40; UHL/Ulmer/Casper Rn. 28; Heckschen DStR 2001, 1437 (1443); Henze ZHR 162 (1998), 186 (193); Wagner DB 2004, 293 (294); Herchen, Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaften, 2004, 104 f.

¹³⁵ Zum Normzweck des § 255 Abs. 2 AktG OLG München Ur. v. 1.6.2006 – 23 U 5917/05, NZG 2006, 784 (788); Hüfner/Koch/Koch AktG § 255 Rn. 2; zur Übertragung auf die GmbH Hermanns ZIP 2003, 788 (790); Rottbauer ZGR 2007, 401 (436); aA OLG Stuttgart Ur. v. 1.12.1999 – 20 U 38/99, NZG 2000, 156 (158) = BB 2000, 1155 mAnm Gätsch BB 2000, 1158 f.

¹³⁶ OLG Stuttgart Ur. v. 1.12.1999 – 20 U 38/99, NZG 2000, 156 (157 f.) = BB 2000, 1155 mAnm Gätsch BB 2000, 1158 f.; Scholz/Priester Rn. 27; MHLS/Hermanns Rn. 21; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 13; UHL/Ulmer/Casper Rn. 28; Wicke Rn. 6; Henze ZHR 162 (1998), 186 (194); Rottbauer ZGR 2007, 401 (433 f.); Seibt/Voigt AG 2009, 133 (138 f.); Wagner DB 2004, 293 (294); Herchen, Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaften, 2004, 57 f.

¹³⁷ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 41; Bork/Schäfer/Arnold/Born Rn. 18; Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff, 16. Aufl. 2004, Rn. 11; anders jetzt Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 11; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 40.

¹³⁸ OLG Stuttgart Ur. v. 1.12.1999 – 20 U 38/99, NZG 2000, 156 (158) = BB 2000, 1155 mAnm Gätsch BB 2000, 1158 f.

¹³⁹ Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 13.

¹⁴⁰ Wie hier Hermanns ZIP 2003, 788 (790); Wagner DB 2004, 293 (294); (zur AG) Groß AG 1993, 449 (455 f.); strenger bei bestimmten Motivationslagen: Heckschen DStR 2001, 1437 (1442); noch strenger Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 22 aE; MHLS/Hermanns Rn. 44; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 25 aE; Scholz/Priester Rn. 69; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 39; Bork/Schäfer/Arnold/Born Rn. 30; Rottbauer

darüber entscheiden, ob sie den Ausgabebetrag akzeptieren und ihre bisherige Beteiligung erhalten wollen oder eine Verwässerung hinnehmen. Sollten dem Altgesellschafter die finanziellen Mittel für die Aufstockung seiner Beteiligung im Einzelfall fehlen, so fällt dies in seinen Risikobereich. Selbst die rechtmäßig von der Übernahme ausgeschlossenen Gesellschafter erleiden bei einem höheren Bezugspreis keinen Nachteil, da der Zufluss der Aufgelder in die Rücklagen dem Wert ihrer bisherigen Beteiligung zugutekommt.¹⁴¹ Anderes gilt nur bei einem Verstoß gegen den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, zB wenn der Ausgabebetrag nicht für alle zugelassenen Gesellschafter gleich hoch ist.¹⁴²

52 Die konkrete **Höhe** des Agios muss nicht durch einen festen Betrag angegeben werden. Es genügt, wenn der Betrag aus einer künftigen Bilanz oder einem Sachverständigengutachten **bestimmbar** ist.¹⁴³ In diesem Fall kann die Feststellung des konkreten Betrags aus Praktikabilitätsgründen dem Geschäftsführer überlassen bleiben. Allerdings kann der Geschäftsführer nicht ermächtigt werden, das Aufgeld nach seinem freien Ermessen festzulegen.¹⁴⁴ Die anders lautende hM im Aktienrecht stützt sich argumentativ auf die grundsätzliche Zuständigkeit des Vorstands in Finanzfragen.¹⁴⁵ Eine vergleichbare Kompetenz ist dem Geschäftsführer der GmbH nicht eingeräumt; es verbleibt demnach bei der grundsätzlichen Zuständigkeit der Gesellschafter, von der nur unter engen Voraussetzungen abgewichen werden kann.

53 **c) Weitere Bestimmungen.** Bei Sachkapitalerhöhungen müssen die Festsetzungen nach § 56 (→ § 56 Rn. 27 ff.) in den Erhebungsbeschluss aufgenommen werden. Gleiches gilt für einen Ausschluss des Bezugsrechts (→ Rn. 81, 105) sowie für die Höhe der Pflichteinzahlung auf die übernommenen Geschäftsanteile (zur Mindesteinzahlung → § 56a Rn. 5 ff.) und die Fälligkeit der Resteinzahlung. Denkbar sind weiterhin Bestimmungen über die Gewinnbeteiligung. Sind solche nicht getroffen, partizipieren die neuen Geschäftsanteile ab dem Zeitpunkt der Eintragung anteilig am Jahresgewinn.¹⁴⁶ Für die Gewinnermittlung ist die Erstellung einer Zwischenbilanz nicht erforderlich; sie erfolgt pro rata temporis.¹⁴⁷

54 **6. Zeitpunkt der Kapitalerhöhung. a) Befristung, Bedingung, Rückwirkung.** Mangels abweichender Bestimmungen ist der Geschäftsführer verpflichtet, die beschlossene Kapitalerhöhung ohne schuldhaftes Zögern durchzuführen.¹⁴⁸ Aus Praktikabilitätsgründen ist heute anerkannt, dass der Erhebungsbeschluss auch auf einen bestimmten Termin – aufschiebend – befristet werden kann.¹⁴⁹ Entsprechendes gilt für den Eintritt eines bestimmten Umstandes, wie zB die vollständige Zeichnung des erhöhten Kapitals.¹⁵⁰ Rückwirkende

ZGR 2007, 401 (429); (zur AG) GroßkommAktG/Wiedemann AktG § 186 Rn. 177; Kuntz/Stegemann ZIP 2016, 2341 (2343 f.); Herchen, Agio und verdecktes Agio im Recht der Kapitalgesellschaften, 2004, 110 ff.

¹⁴¹ Wagner DB 2004, 293 (294).

¹⁴² Ebenso Hermanns ZIP 2003, 788 (790).

¹⁴³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 13; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 10; MHLS/Hermanns Rn. 21; Scholz/Priester Rn. 27.

¹⁴⁴ Scholz/Priester Rn. 27; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 38; aA Hermanns ZIP 2003, 788 (789).

¹⁴⁵ Vgl. OLG Hamburg Urt. v. 29.10.1999 – 11 U 71/99, NZG 2000, 549 (550 f.); MüKoAktG/Schürmbrand AktG § 182 Rn. 55.

¹⁴⁶ Abw. UHL/Ulmer/Casper Rn. 29; Scholz/Priester Rn. 29 aE; Bork/Schäfer/Arnold/Born Rn. 17: volle Beteiligung am Jahresgewinn.

¹⁴⁷ Zutr. Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 49 m. Fn. 152; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 14; Gehrlein/Born/Simon/Bormann Rn. 11; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 46.

¹⁴⁸ BGH Urt. v. 3.11.2015 – II ZR 13/14, NZG 2015, 1396 Rn. 30 – jedenfalls für den Fall, dass die Gesellschaft sich ausdrücklich zur Durchführung der Kapitalerhöhung verpflichtet hat; RG Urt. v. 13.3.1934 – II 225/33, RGZ 144, 138 (142); UHL/Ulmer/Casper Rn. 32; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 9 aE; Scholz/Priester Rn. 35; aA (zur AG) Perwein AG 2013, 10 ff.

¹⁴⁹ UHL/Ulmer/Casper Rn. 32; MHLS/Hermanns Rn. 28; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 19; Scholz/Priester Rn. 35; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 54. – Zweifelhaft ist die Auffassung von Lutter FS Schilling, 1973, 207 (214), der für eine Höchstfrist von 6 Monaten eintritt.

¹⁵⁰ Sehr großzügig MHLS/Hermanns Rn. 28; iErg ebenso Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 19; Scholz/Priester Rn. 35.

Kapitalerhöhungsbeschlüsse sind indes unzulässig (→ § 53 Rn. 174 ff.). Unbedenklich ist es hingegen, den Geschäftsführer anzuweisen, die Durchführung der Kapitalerhöhung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist oder nach Eintritt eines besonderen Ereignisses weiter voranzutreiben.¹⁵¹

b) Vor-GmbH. Eine Erhöhung des Stammkapitals ist bereits vor Eintragung der GmbH 55 in das Handelsregister im Stadium der Vorgesellschaft zulässig. Sie vollzieht sich aber nicht nach §§ 53 ff., sondern ist von **sämtlichen Beteiligten in notariell beurkundeter Form** nach § 2 zu beschließen.¹⁵² Die abweichende Gegenauffassung, die auch im Gründungsstadium für die Anwendung der §§ 53 ff. eintritt,¹⁵³ kann im Hinblick auf die schutzwerten Belange der beteiligten Gründungsgesellschafter nicht überzeugen, zumal eine Geltung des Mehrheitsprinzips die körperschaftliche Wirksamkeit der GmbH mittels Eintragung voraussetzt. Die Kapitalerhöhung kann durch Schaffung eines zusätzlichen Geschäftsanteils (vgl. § 5 Abs. 2 S. 2) oder aufgrund Erhöhung des Nennbetrags des bestehenden Anteils erfolgen.¹⁵⁴ Zulässig ist allerdings die Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung nach Maßgabe der §§ 53 ff. unter der **aufschiebenden Bedingung** der Eintragung der GmbH.¹⁵⁵

c) Liquidation. Mit Auflösung der GmbH ändert sich der Gesellschaftszweck; er ist 56 fortan darauf gerichtet, die Gesellschaft zu liquidieren. Eine früher vertretene Ansicht hielt eine Kapitalerhöhung mit dem Abwicklungszweck für unvereinbar.¹⁵⁶ Diese Auffassung ist heute überholt. Eine Kapitalerhöhung liegt regelmäßig im Interesse der Gläubiger, deren Befriedigung das Liquidationsverfahren dient. Daher ist die Zulässigkeit der Kapitalerhöhung im Liquidationsstadium heute allgemein anerkannt.¹⁵⁷ Durch Auslegung des Erhöhungsbeschlusses kann sich zugleich ergeben, dass die aufgelöste Gesellschaft wieder ins werbende Stadium eintreten soll.¹⁵⁸ Ebenfalls durch Auslegung ist zu ermitteln, ob eine vor Auflösung der GmbH beschlossene, aber noch nicht durchgeführte Kapitalerhöhung infolge der Liquidation aufgehoben (→ Rn. 60 ff.) sein soll. Im Zweifel wird man hiervon ausgehen müssen, da die Kapitalerhöhung nach Auflösung der GmbH in der Praxis die große Ausnahme bildet.¹⁵⁹

d) Insolvenz. Eine Kapitalerhöhung kann nach heute einhelliger Ansicht¹⁶⁰ auch noch 57 in der Insolvenz beschlossen werden, genauso wie eine schon vor Insolvenzeröffnung beschlossene Kapitalerhöhung nach Eintritt des Insolvenzfalles durchgeführt werden kann

¹⁵¹ BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 55.

¹⁵² RG Urt. v. 26.2.1918 – II 470/70, LZ 1918, 856; UHL/Ulmer/Casper Rn. 34; MHLS/Hermanns Rn. 59 f.; zust. BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 16; MHdB GesR III/Wegmann § 53 Rn. 78; ähnlich Roth/Altmeppen/Roth Rn. 9; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 25.

¹⁵³ Scholz/Priester Rn. 30; Priester ZIP 1987, 280 (284 f.); für eine entsprechende Anwendung Hensler/Strohn/Gummert Rn. 9.

¹⁵⁴ Anders und str. noch nach bisherigem Recht; s. einerseits UHL/Ulmer/Casper Rn. 34; andererseits Scholz/Priester, 9. Aufl. 2002, Rn. 29.

¹⁵⁵ Bork/Schäfer/Arnold/Born Rn. 8; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 32; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 17; ebenso jetzt auch Roth/Altmeppen/Roth Rn. 9; vgl. noch UHL/Ulmer/Casper Rn. 32; (zur AG) GroßkommAktG/Schmidt AktG § 41 Rn. 127; aA Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 25 m. Fn. 54.

¹⁵⁶ KG Urt. v. 29.5.1914, RJA 14, 152 (152 f.); OLG Bremen Urt. v. 5.7.1957 – 1 U 351/56, GmbHR 1957, 180 = NJW 1957, 1560.

¹⁵⁷ Zur AG BGH Urt. v. 23.5.1957 – II ZR 250/55, BGHZ 24, 279 (286) = NJW 1957, 1279; für die GmbH ebenso UHL/Ulmer/Casper Rn. 35; MHLS/Hermanns Rn. 61; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 26; Scholz/Priester Rn. 31; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 18.

¹⁵⁸ Wie hier UHL/Ulmer/Casper Rn. 35; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 26; Scholz/Priester Rn. 31; Gehrlein/Born/Simon/Bormann Rn. 65.

¹⁵⁹ Lutter FS Schilling, 1973, 207 (210 f.); iErg auch UHL/Ulmer/Casper Rn. 35; Scholz/Priester Rn. 31; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 19; Gehrlein/Born/Simon/Bormann Rn. 66.

¹⁶⁰ UHL/Ulmer/Casper Rn. 36 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 43; MHLS/Hermanns Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 27 f.; Roth/Altmeppen/Roth Rn. 10; Scholz/Priester Rn. 32 ff.; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 21; Gehrlein/Born/Simon/Bormann Rn. 67; H.-F. Müller ZGR 2004, 842 (843 f.); s. noch (zur AG) LG Heidelberg Urt. v. 16.3.1988 – O 6/88 KfH II, ZIP 1988, 1257.

(→ Rn. 59). Die früher vertretene Gegenauffassung, die eine Erhöhung des Stammkapitals mit dem Insolvenz- und Abwicklungszweck sowie der insolvenzrechtlichen Kompetenzverteilung für unvereinbar hielt,¹⁶¹ ist heute überholt. Zum einen dient die Liquidation des Unternehmens als **Insolvenzzweck** dem Interesse der Gläubiger. Zum anderen ist im modernen Insolvenzverfahren neben der Liquidation auch der Erhalt des Unternehmens als Insolvenzziel von Bedeutung (vgl. § 1 InsO).¹⁶² Dem entspricht es, dass die Kapitalerhöhung, namentlich die Umwandlung von Gläubigerforderungen in Eigenkapital (Debt-Equity-Swap; → § 56 Rn. 19 ff.), in der Praxis häufig eine wesentliche Voraussetzung zur Sanierung notleidender Gesellschaften (→ Rn. 7) darstellt. Dass die Kapitalmaßnahme auf dieses Ziel gerichtet ist,¹⁶³ ist hingegen keine Zulässigkeitsvoraussetzung.¹⁶⁴

58 Die Gesellschafter behalten auch **nach Verfahrenseröffnung** die Zuständigkeit für den Beschluss der Kapitalerhöhung.¹⁶⁵ Allerdings fallen die infolge der Kapitalerhöhung geleisteten Einlagen – anders als nach früherem Recht (vgl. § 1 KO)¹⁶⁶ – gem. § 35 Abs. 1 Alt. 2 InsO in die Insolvenzmasse.¹⁶⁷ Um sicherzustellen, dass das erhöhte Kapital nicht zur Gläubigerbefriedigung verwendet, sondern zweckentsprechend zur Sanierung des Unternehmens eingesetzt werden kann, ist die Kapitalerhöhung im Rahmen eines **Insolvenzplanverfahrens** durchzuführen. In diesem Zusammenhang hat das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (**ESUG**)¹⁶⁸ zu einer weitreichenden Neugestaltung der normativen Rahmenbedingungen geführt. Danach können Kapitalmaßnahmen einschließlich Bezugsrechtsausschluss und die Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Gesellschafter im gestaltenden Teil des Insolvenzplans festgeschrieben werden (§ 225a Abs. 2 S. 1 InsO). Der Insolvenzverwalter ist nach § 254a Abs. 2 InsO zur Entgegennahme der geleisteten Einlagen berechtigt.¹⁶⁹ Von besonderer praktischer Bedeutung sind die Neuerungen für den **Debt-Equity-Swap in der Insolvenz**, wo die insolvenzrechtlichen Besonderheiten der erleichterten Sachkapitalerhöhung ausführlich erläutert sind: → § 56 Rn. 19d ff.

59 Der **vor dem Insolvenzfall** gefasste Kapitalerhöhungsbeschluss verliert seine Wirksamkeit nicht ipso iure durch die Eröffnung des **Regelinsolvenzverfahrens**.¹⁷⁰ Die Interessen der beteiligten Gesellschafter sind durch **drei Lösungsmöglichkeiten** hinreichend geschützt. Erstens können sie den Geschäftsführer veranlassen, die Anmeldung der Kapitalerhöhung zurückzunehmen (→ Rn. 146). Zweitens kommt – auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens¹⁷¹ – die Aufhebung des Erhöhungsbeschlusses (→ Rn. 146); der Übernehmer wird

¹⁶¹ RG Urt. v. 20.10.1911 – Rep. II. 68/11, RGZ 77, 152 (154 f.); Urt. v. 26.6.1914 – Rep. II. 109/14, RGZ 85, 205 (207 f.); OLG Bremen Urt. v. 5.7.1957 – 1 U 351/56, GmbHR 1957, 180 = NJW 1957, 1560; (zur AG) OLG Hamm Urt. v. 19.3.1979 – 8 U 151/78, AG 1981, 53.

¹⁶² Vgl. MüKollnsO/*Stürmer* InsO Einl. Rn. 2; *Lieder* in Bayer/Koch, Aktuelles GmbH-Recht, 2013, 142 (170).

¹⁶³ Dafür zB (zur AG) LG Heidelberg v. 16.3.1988 – O 6/88 KfH II, ZIP 1988, 1257.

¹⁶⁴ Zutr. *H.-F. Müller* ZGR 2004, 842 (843 f.).

¹⁶⁵ OLG Zweibrücken Urt. v. 12.12.2013 – 4 U 39/13, GmbHR 2014, 717 (718) mAnm *Wachter*; Scholz/*Priester* Rn. 34; UHL/*Ulmer/Casper* Rn. 37; MHLS/*Hermanns* Rn. 62; Gehrlein/Born/Simon/*Bormann* Rn. 67; *H.-F. Müller* ZGR 2004, 842 (847); *Kuntz* DStR 2006, 519.

¹⁶⁶ Dazu nur *Hachenburg/Ulmer* Rn. 28.

¹⁶⁷ Heute ganz hM Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Rn. 43; Scholz/*Priester* Rn. 34; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus* Rn. 28; MHLS/*Hermanns* Rn. 62; *Kuntz* DStR 2006, 519; *H.-F. Müller* ZGR 2004, 842 (845 f.); aA noch *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, 89; *Schlitt* NZG 1998, 755 (756).

¹⁶⁸ Gesetz v. 7.12.2011, BGBl. 2011 I 2582; zu Grundlagen und Hintergründen s. *Lieder* in Bayer/Koch, Aktuelles GmbH-Recht, 2013, 142 (170 ff.).

¹⁶⁹ Zum Problemkreis nach altem und neuem Recht ausf. *Segmiller*, Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplan, 2013, 114 ff.

¹⁷⁰ BGH Urt. v. 7.11.1994 – II ZR 248/93, NJW 1995, 460; KG Urt. v. 19.7.1999 – 23 U 3401/97, NZG 2000, 103 (104); OLG Düsseldorf Urt. v. 17.12.1999 – 16 U 29/99, GmbHR 2000, 569; UHL/*Ulmer/Casper* Rn. 36; Scholz/*Priester* Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus* Rn. 27; MHLS/*Hermanns* Rn. 63; *Kuntz* DStR 2006, 519 (521); *H.-F. Müller* ZGR 2004, 842 (851); *Lieder* in Bayer/Koch, Aktuelles GmbH-Recht, 2013, 142 (167); *Wachter* DB 2016, 275 (277).

¹⁷¹ OLG Zweibrücken Urt. v. 12.12.2013 – 4 U 39/13, NZG 2014, 472 (473); Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus* Rn. 27; *Gehrlein* ZInsO 2017, 1977 (1987); *Wachter* DB 2016, 275 (277); kritisch *Jaeger/Müller* InsO § 35 Rn. 165.

frei, weil der für die Übernahme notwendige Rechtsgrund mit der Aufhebung wegfällt. Und drittens können Gesellschafter, die bei Übernahme der neuen Geschäftsanteile die prekäre Finanzlage der GmbH nicht kannten, vom Übernahmevertrag nach § 313 BGB zurücktreten (→ Rn. 145).¹⁷² Die Gegenauffassung, die für die Aufrechterhaltung der Wirksamkeit des Erhöhungsbeschlusses einen satzungändernden Bestätigungsbeschluss verlangt,¹⁷³ kann daher nicht überzeugen. Das gilt namentlich für den Hinweis auf das Nachweiserfordernis zur Ausübung des Rücktrittsrechts. Den insofern geäußerten Bedenken kann durch eine modifizierte Beweislastverteilung begegnet werden.¹⁷⁴

Besonderheiten ergeben sich nach der Reform durch das ESUG (→ Rn. 58) für die Durchführung eines **Insolvenzplanverfahrens**. Die Gesellschafter können die Durchführung der Kapitalerhöhung nach neuem Recht nicht mehr einseitig und gegen den Willen der Insolvenzgläubiger verhindern.¹⁷⁵ Stattdessen entscheiden die Gesellschafter und die verschiedenen Gläubiger als einzelne Abstimmungsgruppen im Rahmen des Planverfahrens über das Schicksal der beschlossenen Kapitalmaßnahme. Die Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister obliegt gem. § 254a Abs. 2 S. 3 InsO dem Insolvenzverwalter. Weitere Besonderheiten werden sich aller Voraussicht nach für den **Restrukturierungsplan** ergeben. Er ist das Herzstück der geplanten EU-Restrukturierungsrichtlinie, die europaweit nach einheitlichen Grundsätzen ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren zu etablieren sucht.¹⁷⁶ Im Rahmen des Plans sollen Kapitalerhöhungen und der Ausschluss des Bezugsrechts auch ohne Beteiligung der Gesellschafter möglich sein.¹⁷⁷

7. Aufhebung und Änderung des Beschlusses. Bis zum Wirksamwerden durch Eintragung in das Handelsregister kann der Erhöhungsbeschluss formlos – auch konkludent gemeinsam mit einem Auflösungsbeschluss (→ Rn. 56) – und mit einfacher Mehrheit aufgehoben werden (→ § 53 Rn. 163).¹⁷⁸ Seine **Abänderung** bedarf indes der qualifizierten Mehrheit sowie den Formerfordernissen nach § 53 Abs. 2 (→ § 53 Rn. 165).¹⁷⁹ **Nach Eintragung** der Kapitalerhöhung verlangt eine Kapitalherabsetzung die Beachtung der besonderen Anforderungen des § 58.

Einer Aufhebung steht die **erfolgte Übernahme** des erhöhten Kapitals **nicht entgegen**.¹⁸⁰ Denn bis zur Eintragung des Erhöhungsbeschlusses ist die Kapitalerhöhung noch nicht wirksam. Bis zu diesem Zeitpunkt bleiben die Gesellschafter Herren des Verfahrens.¹⁸¹ Ebenso wie sie im Grundsatz frei über die Fassung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses entscheiden können, steht es im Ermessen der Gesellschafter einen einmal gefassten Beschluss aufzuheben oder abzuändern. Dies folgt letztlich aus der Verbandsautonomie der Gesell-

¹⁷² Kritisch Jaeger/Müller InsO § 35 Rn. 166 ff.; Gehrlein ZInsO 2017, 1977 (1987).

¹⁷³ Lutter FS Schilling, 1973, 207 (220 f.); Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 44; Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich Rn. 5; BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 22; vgl. noch Roth/Altmeyden/Roth Rn. 10; Gestaltungserklärung nach § 313 Abs. 3 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage erforderlich; s. ferner OLG Hamm Ur. v. 15.6.1988 – 8 U 2/88, GmbHR 1989, 162 (163).

¹⁷⁴ Wie hier Scholz/Priester Rn. 33; Kuntz DStR 2006, 519 (521).

¹⁷⁵ Dazu ausf. Segmüller, Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplan, 2013, 95 ff.

¹⁷⁶ Vorschlag der Kommission v. 22.11.2016 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsverfahren ..., COM (2016), 723.

¹⁷⁷ Dazu ausf. und krit. H.-F. Müller ZGR 2018, 56 (70 ff.).

¹⁷⁸ OLG Frankfurt a. M. Ur. v. 12.5.2015 – 11 U 71/13 (Kart), GmbHR 2015, 1040 (1041); Scholz/Priester Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Bayer Rn. 5; UHL/Ulmer/Casper Rn. 18; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 23; MHLS/Hermanns Rn. 31; abw. BeckOK GmbHG/Ziemons, 34. Ed. 1.8.2017, Rn. 69; Scholz/Priester, 9. Aufl. 2002, Rn. 35 iVm § 53 Rn. 193; Wachter DB 2016, 275 (277): qualifizierte Mehrheit erforderlich.

¹⁷⁹ AllgM; s. BGH Hinweisbeschl. v. 5.11.2007 – II ZR 268/06, NZG 2008, 146 Rn. 6; UHL/Ulmer/Casper Rn. 18; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 53 Rn. 48; Scholz/Priester § 53 Rn. 188; MHLS/Hermanns Rn. 35.

¹⁸⁰ BGH Ur. v. 11.1.1999 – II ZR 170/98, BGHZ 140, 258 (260) = NJW 1999, 1252; Hinweisbeschl. v. 5.11.2007 – II ZR 268/06, NZG 2008, 146 Rn. 6; UHL/Ulmer/Casper Rn. 18, 87; Scholz/Priester Rn. 36; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus Rn. 23; Wachter DB 2016, 275 (277).

¹⁸¹ So bereits Lieder EWiR 2016, 5 (6); zust. Wachter DB 2016, 275 (277); ähnlich Scholz/Priester Rn. 36.

schafter.¹⁸² Auch nach Abschluss des Übernahmevertrags und der Einlageleistung bedarf es keiner Zustimmung der Übernehmer;¹⁸³ auch eine Anfechtung des Aufhebungsbeschlusses scheidet aus.¹⁸⁴ Das gilt selbst für den Fall, dass den Gesellschaftern ein Bezugsrecht kraft Satzung eingeräumt ist.¹⁸⁵ Denn auch ein statutarisches Bezugsrecht steht unter dem Vorbehalt einer wirksamen Satzungsänderung durch Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister.

62 Gesichert ist, dass dem Übernehmer gegen die GmbH **kein Erfüllungsanspruch** auf Durchführung der Kapitalerhöhung zusteht, weil der Übernahmevertrag unter dem Vorbehalt der wirksamen Durchführung der Kapitalerhöhung steht und die Gesellschafter die Möglichkeit haben, den Kapitalerhöhungsbeschluss aufzuheben.¹⁸⁶ Weitgehend ungeklärt ist indes, ob die Aufhebung bei bestehendem Übernahmevertrag eine **Schadensersatzpflicht** der GmbH nach sich ziehen kann. Der BGH¹⁸⁷ hat die Frage zunächst offengelassen; später aber – zumindest für den Fall einer ausdrücklichen Verpflichtung der Gesellschaft zur Durchführung der Kapitalerhöhung – im Grundsatz bejaht.¹⁸⁸ Das Schrifttum nimmt überwiegend gleichfalls an, dass dem Übernehmer zumindest ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zusteht.¹⁸⁹ Das ist überzeugend, und zwar nicht nur, wenn die Verpflichtung zur zügigen und ordnungsgemäßen Durchführung ausdrücklich vereinbart ist, sondern auch wenn eine solche Regelung fehlt und sich besagte Verpflichtung in ergänzender Auslegung des Übernahmevertrags ergibt.¹⁹⁰ Vor dem Abschluss des Übernahmevertrags fehlt es hingegen an einer tauglichen Grundlage für die Begründung eines Ersatzanspruchs. Der Kapitalerhöhungsbeschluss begründet für sich weder Mitgliedschaftsrechte noch Anwartschaftsrechte der potenziellen Übernehmer.¹⁹¹ Erst die Verletzung des Übernahmevertrags vermag eine Ersatzpflicht zu begründen.

62a Rechtsgrundlage für den Ersatzanspruch ist § 280 Abs. 1 BGB,¹⁹² der die **Verletzung des Übernahmevertrages** schadensersatzrechtlich sanktioniert. Neben körperschaftlichen Elementen folgen aus dem Übernahmevertrag auch schuldrechtliche Wirkungen (→ Rn. 111). Anerkannt ist namentlich, dass er die GmbH verpflichtet, für eine unverzügliche Durchführung der Kapitalerhöhung zu sorgen (→ Rn. 54). Anerkennt man diese Wirkung mit der einhelligen Auffassung, ist die völlige Ablehnung einer Ersatzpflicht nicht begründbar. Allerdings ist die Gesellschaft nicht automatisch bei jedweder Pflichtverletzung ersatzpflichtig. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass die Gesellschafter über die Kapitalerhöhung nach ihrem weiten unternehmerischen Ermessen entscheiden. Soweit sie diesen Spielraum einhalten, kommt ein Ersatzanspruch nicht in Betracht. Dem steht auch die Satzungsautonomie der Gesellschafter nicht entgegen. Denn zur Durchführung der Kapitalerhöhung sind die Gesellschafter auch weiterhin nicht gezwungen.

¹⁸² BGH Urt. v. 11.1.1999 – II ZR 170/98, BGHZ 140, 258 (260) = NJW 1999, 1252; *Wachter DB* 2016, 275 (277).

¹⁸³ Teilweise abw. Scholz/*Priester* Rn. 36; wie hier aber zutreffend *Wachter DB* 2016, 275 (277).

¹⁸⁴ *Wachter DB* 2016, 275 (277).

¹⁸⁵ Zutr. Scholz/*Priester* Rn. 36; aA noch *Skibbe GmbH* 1963, 46 (49).

¹⁸⁶ BGH Urt. v. 11.1.1999 – II ZR 170/98, BGHZ 140, 258 (260) = NJW 1999, 1252; Urt. v. 3.11.2015 – II ZR 13/14, NZG 2015, 1396 Rn. 32; iErg auch *Wachter DB* 2016, 275 (280).

¹⁸⁷ BGH Urt. v. 11.1.1999 – II ZR 170/98, BGHZ 140, 258 (260 f.) = NJW 1999, 1252.

¹⁸⁸ BGH Urt. v. 3.11.2015 – II ZR 13/14, NZG 2015, 1396 Rn. 30.

¹⁸⁹ Für eine Ersatzpflicht *Hellwig* FS Rowedder, 1994, 141 (148 f.); UHL/*Ulmer/Casper* Rn. 87; Scholz/*Priester* Rn. 36, 100; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus* Rn. 23 aE, 63; *H.-F. Müller* ZGR 2004, 842 (849); *Wachter DB* 2016, 275 (281); (zur AG) MüKoAktG/*Schürnbrand* AktG § 182 Rn. 39; § 122 BGB analog; Spindler/Stilz/*Servatius* AktG § 182 Rn. 38 iVm § 185 Rn. 14 aE; noch weitergehend *Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich* Rn. 38; *Stöber* BB 2015, 3091: keine Begrenzung auf Vertrauensschaden; aA *Lutter/Hommelhoff/Bayer* Rn. 40; restriktiv auch *Lutter* FS Schilling, 1973, 207 (228 f.).

¹⁹⁰ So bereits *Lieder* EWIR 2016, 5 (6); iErg auch *Bödeker DB* 2016, 158 (159); *Wachter DB* 2016, 275 (280 f.).

¹⁹¹ Zutr. *Wachter DB* 2016, 275 (278); teilweise abw. Scholz/*Priester* Rn. 36; UHL/*Ulmer/Casper* Rn. 36.

¹⁹² Zust. BGH Urt. v. 3.11.2015 – II ZR 13/14, NZG 2015, 1396 Rn. 29; Scholz/*Priester* Rn. 100; *Wachter DB* 2016, 275 (281); aA MüKoAktG/*Schürnbrand* AktG § 182 Rn. 37; § 122 BGB analog.