

Skript Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von
Von Dr. Timm Nissen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

18. Auflage 2017. Buch. 272 S. Kartoniert
ISBN 978 3 86752 565 7
Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm
Gewicht: 590 g

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

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

schnell und portofrei erhältlich bei


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.

1. Teil: Einführung

A. Der Begriff des Gesellschaftsrechts

Das **Gesellschaftsrecht** ist das Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden.¹ **1**

Gesellschaften sind vertragliche Zusammenschlüsse grundsätzlich² mehrerer Personen zu einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung.³ Charakteristisch für eine Gesellschaft ist das ziel- und zweckgerichtete Zusammenwirken aufgrund eines privatrechtlichen⁴ Vertrags⁵. **2**

Von der Gesellschaft zu trennen ist das **Unternehmen**.⁶ Das Unternehmen ist eine wirtschaftliche Einheit aus sachlichen und personellen Mitteln. Es kann nicht Träger von Rechten und Pflichten sein, ist also nicht rechtsfähig. Die rechtliche Zuordnung erfolgt zur Gesellschaft als Trägerin des Unternehmens. Das Unternehmen ist mit anderen Worten die wirtschaftliche Einheit, die Gesellschaft hingegen das rechtliche Zuordnungssubjekt. Dementsprechend wird die Gesellschaft aus unternehmensbezogenen Geschäften berechtigt und verpflichtet. **3**

B. Die Gesellschaftsarten

Das Recht, Gesellschaften zu gründen, ist mit Verfassungsrang in Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet (**Gründungsfreiheit**). Dieses Recht ist jedoch beschränkt auf die im Gesetz bestimmten Gesellschaftsformen (**numerus clausus**).⁷ **4**

Zwischen den Gesellschaftstypen können die Gründer grundsätzlich frei wählen (**Freiheit der Rechtsformwahl**).⁸ Ausnahmsweise zwingt das Gesetz sie jedoch in eine andere als die von ihnen gewünschte Rechtsform (**Rechtsformzwang**).⁹ **5**

Beispiel: Wollen die Gesellschafter eine GbR gründen, zielen dabei aber auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB), ist die Gesellschaft trotz entgegenstehenden Willens der Gründer eine oHG (§ 105 Abs. 1 HGB).

1 K. Schmidt, GesR, § 1 I 1.

2 Nicht alle Gesellschaftsformen setzen mehrere Gesellschafter voraus. Insbesondere die AG (§ 2 AktG) und die GmbH (§ 1 GmbHG) können auch als Einpersonen-Gesellschaft existieren.

3 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 1 Rn. 4.

4 Öffentlich-rechtliche Organisationen (z.B. Körperschaften und Anstalten sowie Stiftungen des öffentlichen Rechts) sind keine Gesellschaften, weil sie nicht dem Privatrecht zuzuordnen sind.

5 Die Erbengemeinschaft (§ 2032 BGB) ist beispielsweise keine Gesellschaft, weil sie kraft Gesetzes nicht durch Vertragsschluss entsteht. Sie ist zudem nur auf Auseinandersetzung gerichtet und deshalb nicht rechtsfähig (BGH, Urt. v. 11.09.2002 – XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3390; BGH, Beschl. v. 17.10.2006 – VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715).

6 Zum Folgenden: Bitter/Heim § 1 Rn. 22.

7 Bitter/Heim § 1 Rn. 5.

8 Bitter/Heim § 1 Rn. 5.

9 Einen Rechtsformzwang gibt es grundsätzlich nur bei Personengesellschaften (Bitter/Heim § 1 Rn. 7).

- 6 Für welche Rechtsform sich die Gründungsgesellschafter entscheiden, hängt jeweils im Einzelfall von verschiedenen Faktoren ab.¹⁰ Von Bedeutung sind dabei insbesondere
- der Gesellschaftszweck und die in Aussicht genommene Unternehmenstätigkeit¹¹;
 - die Kosten und das Verfahren der Gründung;
 - die angestrebte Zahl der Gesellschafter und ihr Verhältnis zueinander;
 - das benötigte Kapital;
 - die Übertragbarkeit der Anteile;
 - die Haftungsverfassung;
 - die Publizitätspflichten;
 - die steuerlichen Auswirkungen.

- 7 Die Gesellschaften lassen sich grundlegend in Körperschaften auf der einen Seite und Personengesellschaften auf der anderen Seite einteilen.¹²

Grundform der **Körperschaften** ist der Verein (§§ 21 ff. BGB). Daneben gibt es die Kapitalgesellschaften i.S.v. §§ 264 ff. HGB – AG (§§ 1 ff. AktG) einschließlich KGaA (§§ 278 ff. AktG), GmbH (§§ 1 ff. GmbHG) einschließlich UG (§ 5 a GmbHG) und Genossenschaft (GenG) – sowie als besondere Rechtsform für Versicherer den VVaG (§§ 7, 15 ff. VAG).¹³

Grundform der **Personengesellschaften** ist die GbR (§§ 705 ff. BGB). Daneben gibt es die oHG (§§ 105 ff. HGB) und die KG (§§ 161 ff. HGB), Letztere auch in der Sonderform der GmbH & Co. KG,¹⁴ sowie die stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB) und die Partnerschaft (PartGG).

- 8 Nach § 489 Abs. 1 HGB a. F. bestand eine sog. **Partenreederei**, wenn von mehreren Personen ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerb durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwendet wurde. Die Partenreederei wurde zwar nicht mehr als bloße Bruchteilsgemeinschaft, sondern als Gesamthandsgemeinschaft angesehen; gleichwohl wurde ihr mehrheitlich die Fähigkeit, Kaufmann zu sein und sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, abgesprochen.¹⁵ Durch das Gesetz zur Reform des Seehandels¹⁶ wurde diese Rechtsform abgeschafft. Für Partenreedereien, die vor dem Tag des Inkrafttretens dieses Reformgesetzes entstanden sind, bleiben die §§ 489–509 HGB a.F. in der bis zu diesem Tag gültigen Fassung anwendbar. Wegen fehlender Examensrelevanz wird auf die Darstellung dieser Gesellschaftsform dennoch verzichtet.

¹⁰ Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 1 Rn. 6.

¹¹ Der Gesellschaftszweck kann zugleich Zugangsvoraussetzung für bestimmte Gesellschaftsformen sein. So können beispielsweise eine oHG oder KG nur für (handels-)gewerbliche und vermögensverwaltende Zwecke gegründet werden (vgl. § 105 Abs. 1 u. 2 HGB); eine PartG steht nur Freiberuflern offen (vgl. § 1 PartGG).

¹² Zum Folgenden: Bitter/Heim § 1 Rn. 9 ff.

¹³ Der VVaG ist ein durch Gesetz besonders ausgestalteter Fall eines Wirtschaftsvereins, der durch Verleihung (Konzession) die Rechtsfähigkeit erlangt (vgl. § 22 BGB; Erman/Westermann § 22 Rn. 1).

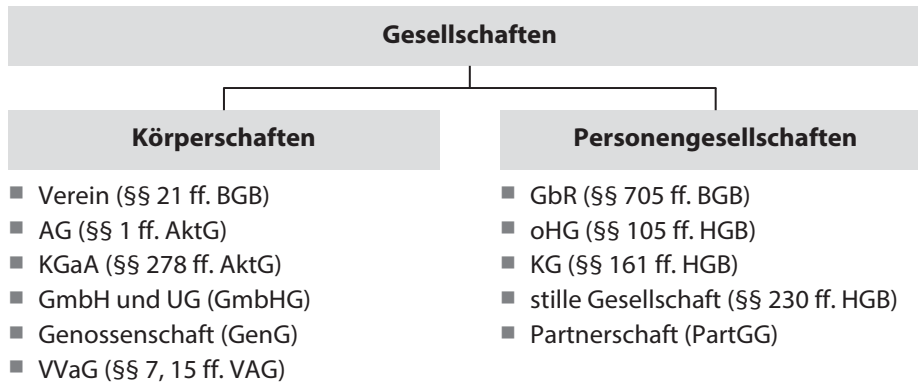
¹⁴ Die GmbH & Co. KG ist eine KG, deren persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) eine GmbH ist.

¹⁵ Oetker/Körber § 1 Rn. 79 m.w.N.

¹⁶ Gesetz zur Reform des Seehandels vom 20.04.2013, BGBl. I, S. 831.

Die nationalen Gesellschaftsformen lassen sich in folgender Übersicht zusammenfassen:

9



Neben die nationalen Gesellschaftstypen treten **supranationale Rechtsformen**. Zu nennen sind die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) als Personengesellschaft und die Europäische Aktiengesellschaft (SE = Societas Europaea) sowie die Europäische Genossenschaft (SCE = Societas Cooperativa Europaea) als Körperschaften. Auf die supranationalen Rechtsformen wird in diesem Skriptum wegen fehlender Klausurrelevanz nicht näher eingegangen. Gleiches gilt für ausländische Gesellschaftsformen.

C. Grundlegende Unterschiede zwischen Körperschaften und Personengesellschaften

Die grundlegende Zweiteilung der Gesellschaften in Körperschaften und Personengesellschaften lässt sich verschiedentlich begründen:¹⁷

10

I. Voll- und Teilrechtsfähigkeit

Körperschaften sind juristische Personen. Sie haben eine eigene Rechtspersönlichkeit, sind selbst Inhaber des Gesellschaftsvermögens und werden berechtigt und verpflichtet (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 AktG, § 13 Abs. 1 GmbHG). Man spricht insoweit von einer „**Vollrechtsfähigkeit**“.

11

Bei den Personengesellschaften existierte hingegen nach traditionellem Verständnis keine von den Gesellschaftern strikt zu trennende Rechtsperson. Als Träger von Rechten und Pflichten wurden die Gesellschafter angesehen, nicht die Gesellschaft. Das Gesellschaftsvermögen stand den Gesellschaftern nach diesem Verständnis „zur gesamten Hand“ (Gesamthandsvermögen) als eine Art Sondervermögen zu, welches vom übrigen Privatvermögen der Gesellschafter zu trennen war. Dennoch wurden seit jeher jedenfalls die oHG und die KG im Hinblick auf § 124 HGB als „teilrechtsfähig“ angesehen. Mit Urteil vom 29.01.2011¹⁸ hat der BGH auch seine Rechtsprechung zur GbR geändert und ausgesprochen, dass auch eine (Außen-)GbR rechtsfähig ist, soweit sie durch die Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet („**Teilrechtsfähigkeit**“). Seitdem ist die Rechtsfähigkeit kein entscheidendes Kriterium zur Unterscheidung von Körperschaften und Personengesellschaften mehr.

¹⁷ Zum Folgenden: Bitter/Heim § 1 Rn. 14 ff.

¹⁸ BGH, Urt. v. 29.01.2011 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 – „ARGE Weißes Ross“.

Die Aktiengesellschaft (AG)**Grundlagen**

- Juristische Person (§ 1 Abs. 1 S. 1, 41 Abs. 1 S. AktG), Einpersonengesellschaft möglich
- Kapitalgesellschaft: In Aktien zerlegtes Grundkapital (§ 1 Abs. 2 AktG)
- Formkaufmann (§ 3 Abs. 1 AktG)

Entstehung

- Gründung in drei Schritten:
 - Gründungsentschluss: Vorgründungsgesellschaft
 - Feststellung der Satzung und Übernahme der Aktien: Vor-AG
 - Eintragung in das Handelsregister: „fertige“ AG
- Umwandlung

Organisation

- Aktionäre: „Eigentümer“ der AG
- Hauptversammlung (§§ 118 ff. AktG): Willensbildungsorgan der Aktionäre
- Vorstand (§§ 76 ff. AktG): Leitung und Geschäftsführung sowie (organschaftliche) Vertretung der AG; frei von Weisungen der Aktionäre
- Aufsichtsrat (§§ 95 ff. AktG): notwendiges Organ der AG; Überwachung, Kontrolle und Beratung des Vorstands

Finanzverfassung

- Für Verbindlichkeiten der AG haftet nur das Gesellschaftsvermögen (§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG).
- Haftungskonzentration auf Gesellschaftsvermögen ab Eintragung der AG (§ 41 Abs. 1 S. 1 AktG).
- Grundsatz der realen Kapitalaufbringung: Ein der Grundkapitalziffer entsprechendes Vermögen muss tatsächlich aufgebracht und der Gesellschaft zugeführt werden.
 - Inferent darf nicht von seiner Einlagepflicht befreit werden (§ 66 Abs. 1 S. 1 AktG).
- Grundsatz der Kapitalerhaltung: Ein der Grundkapitalziffer entsprechendes Vermögen muss nicht nur tatsächlich aufgebracht werden, sondern auch erhalten bleiben.
 - Grundsatz der strengen Kapitalbindung (§§ 57, 62 AktG)
 - Verbot des Erwerbs eigener Aktien (§ 71 AktG)

Auflösung und Abwicklung

- Auflösung (§§ 262, 263 AktG)
- Abwicklung (Liquidation, §§ 264 ff. AktG)
- Vollbeendigung: Löschung im Handelsregister und Vermögenslosigkeit (Lehre vom Doppeltatbestand)

Von:	in: GmbH
GbR	nur Neugründung gegen Sacheinlage möglich
oHG	§§ 214–225 UmwG
KG	§§ 214–225 UmwG
PartG	§§ 225 a–225 c UmwG
AG	§§ 226, 238–250 UmwG
KGaA	§§ 226, 238–250 UmwG
e.G.	§§ 258–271 UmwG
e.V.	§§ 272, 273–282 UmwG
Körperschaft/ AöR	§§ 301–304 UmwG

Ebenfalls praktisch relevant sind die **Spaltung zur Neugründung** einer GmbH (§§ 123 ff., 135 ff. UmwG) und die **Ausgliederung** des von einem Einzelkaufmann betriebenen Unternehmens, dessen Firma im Handelsregister eingetragen ist, zur Neugründung einer GmbH (§§ 152, 158 ff. UmwG).

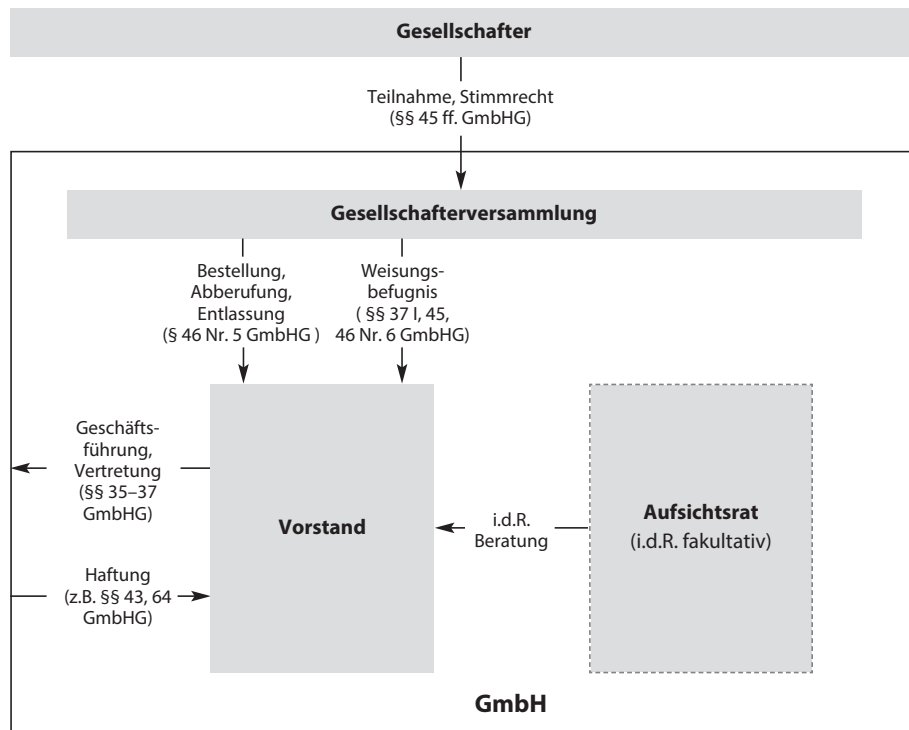
3. Abschnitt: Die Organisation der GmbH

In organisatorischer Hinsicht ist – wie bei der AG – zwischen der Gesellschafterebene und der Ebene der Gesellschaft zu differenzieren. Auf der Ebene der Gesellschaft sind deren Organe angesiedelt: Die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführer. Daneben kann die GmbH einen Aufsichtsrat haben (§ 52 GmbHG), der jedoch im Gegensatz zur AG grundsätzlich⁴⁴⁷ kein obligatorischer, sondern ein fakultativer ist.

151

⁴⁴⁷ Zwingend ist die Bildung eines Aufsichtsrats bei der GmbH nur bei (i) i.d.R. mehr als 500 Arbeitnehmern nach dem DrittelbG, (ii) i.d.R. mehr als 1.000 Arbeitnehmern und Tätigkeit im Montanbereich (MontanMitbestG) und (iii) i.d.R. mehr als 2.000 Arbeitnehmern nach dem MitbestG sowie (iv) bei sog. Kapitalverwaltungs-GmbH (§ 18 Abs. 2 S. 1 KAGB); vgl. Lutter/Hommelhoff § 52 Rn. 1.

Die Organisation der GmbH:⁴⁴⁸



A. Gesellschafter

- 152** Die Gesellschafter sind die „**Eigentümer**“ der GmbH und daher mit den Vereinsmitgliedern und den Aktionären vergleichbar.⁴⁴⁹ Sie halten eine Mitgliedschaft in der GmbH, die als subjektives Recht Rechte und Pflichten zusammenfasst. Ausdruck der Mitgliedschaft ist der von jedem Gesellschafter gehaltene Geschäftsanteil.

I. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

- 153** Die **Rechte der Gesellschafter** lassen sich in Verwaltungs- und Vermögensrechte unterteilen.⁴⁵⁰

Verwaltungsrechte	Vermögensrechte
■ Teilnahme an der Gesellschafterversammlung und Stimmrecht (§§ 45 ff. GmbHG) ■ Auskunfts- und Einsichtsrecht (§ 51a GmbHG) ■ Anfechtungsrecht (§ 245 AktG analog)	■ Teilhabe am Jahresüberschuss (§ 29 GmbHG) ■ Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung (§ 186 AktG analog) ■ Teilnahme am Liquidationserlös (§ 72 GmbHG)

⁴⁴⁸ Vgl. Bitter/Heim § 4 Rn. 81.

⁴⁴⁹ Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 82.

⁴⁵⁰ Zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 83 ff.

Zu den **Pflichten der Gesellschafter** zählt insbesondere die Pflicht zur Erbringung der auf den Geschäftsanteil versprochenen Stammeinlage (§ 14 S. 1 GmbHG).⁴⁵¹ Daneben kann der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern weitere Pflichten auferlegen (§ 3 Abs. 2 GmbHG). Eine Nachschusspflicht trifft die Gesellschafter nur, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist (§ 26 GmbHG); nachträglich kann sie nur mit Zustimmung aller Gesellschafter begründet werden (vgl. § 53 Abs. 3 GmbHG). Daneben bestehen Treuepflichten der Gesellschafter. Diese sind bei der GmbH tendenziell stärker ausgeprägt als bei der AG, weil die GmbH in der Regel stärker personalistisch ausgestaltet ist. Die Treuepflichten umfassen insbesondere ein Verbot, die Gesellschaft und die Mitgesellschafter zu schädigen, die Pflicht der Mehrheit, bei Abstimmungen auch die Interessen der Minderheit zu berücksichtigen und vereinzelt auch die Pflicht zur Anpassung des Gesellschaftsvertrages an geänderte Umstände.

154

Obwohl im GmbHG nicht ausdrücklich geregelt, gilt auch im Recht der GmbH das für die AG in § 53 a AktG festgeschriebene **Gleichbehandlungsgebot**.⁴⁵² Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet es den Gesellschaftern aber nicht, einzelnen Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag Sonderrechte (Vorzugsrechte) einzuräumen, etwa ein Vetorecht oder ein Recht, Geschäftsführer der GmbH zu sein; solche Sonderrechte können dem Begünstigten dann nicht ohne dessen Zustimmung wieder entzogen werden (§ 35 BGB analog).

155

II. Änderungen im Bestand der Gesellschafter

Änderungen im Bestand der Gesellschafter können sich durch Erbgang oder verschiedentlich durch Rechtsgeschäft vollziehen. Nach § 15 Abs. 1 GmbHG sind Geschäftsanteile an einer GmbH grundsätzlich⁴⁵³ veräußerlich und vererblich.

156

1. Abtretung des Geschäftsanteils

Ein rechtsgeschäftlicher Gesellschafterwechsel vollzieht sich durch Abtretung (§§ 413, 398 BGB) des Geschäftsanteils.⁴⁵⁴ Unter den Voraussetzungen des § 33 GmbHG kann auch die GmbH selbst Erwerber sein (sog. Erwerb eigener Anteile). Zur Abtretung des Geschäftsanteils durch Gesellschafter bedarf es eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, bedarf der notariellen Form (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG); ein ohne diese Form getroffenes Verpflichtungsgeschäft wird jedoch durch eine formgerechte Abtretung des Geschäftsanteils (= Verfügungsgeschäft) geheilt (§ 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Der Erwerber gilt im Verhältnis zur Gesellschaft erst dann als Inhaber des Geschäftsanteils, wenn er in die aus Anlass der Abtretung neu erstellte Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen und diese in das Handelsregister aufgenommen ist (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG).

157

451 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 88.

452 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 86 f.

453 Ausnahmen für Freiberufler-GmbH: §§ 59 e Abs. 1 BRAO, 50 a Abs. 1 Nr. 1 u. 3 StBerG, 28 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WPO. Die Vererblichkeit ist in diesen Fällen nicht ausgeschlossen; jedoch ist in angemessener Frist der ordnungsgemäße Zustand herbeizuführen, da andernfalls die Zulassung der GmbH zur Berufsausübung widerrufen werden kann (Lutter/Hommelhoff/Bayer § 15 Rn. 14).

454 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 91 f.

Grundsätzlich ist der Gesellschafter in der Abtretung frei. Er muss weder die Zustimmung der GmbH noch diejenige seiner Mitgesellschafter einholen. Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Abtretung der Geschäftsanteile aber an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden (§ 15 Abs. 5 GmbHG). Solche Verfügungsbeschränkungen nennt man **Vinkulierung**.⁴⁵⁵

- 158** Unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG kommt ein **gutgläubiger Erwerb** eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten in Betracht. Rechtsscheinsträger ist dabei die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste (§§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 GmbHG)

Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG

1. Der Veräußerer ist zwar nicht Inhaber des Geschäftsanteils, als solcher aber in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen (Satz 1).
2. Die Gesellschafterliste muss mindestens seit drei Jahren unrichtig sein; ist dies (noch) nicht der Fall, genügt es, wenn die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten zurechenbar ist (Satz 2).
3. Der Erwerber darf nicht bösgläubig sein; dies ist der Fall, wenn er die mangelnde Berechtigung kennt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (Satz 3).
4. Der Liste darf im Handelsregister kein Widerspruch zugeordnet sein (Sätze 3 u. 4).

Die umstrittene Frage, ob ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil vor Bedingungseintritt von einem Zweiterwerber gemäß § 161 Abs. 3 BGB i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbHG gutgläubig erworben werden kann, hat der BGH verneint.⁴⁵⁶ Die Reichweite des Gutglaubensschutzes der Gesellschafterliste erfasse nur den guten Glauben an die Rechtsinhaberschaft des eingetragenen Gesellschafters. Wer einen Geschäftsanteil erwirbt, solle darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person Gesellschafter ist. Die Gesellschafterliste begründe dagegen keinen Vertrauenstatbestand für die Freiheit des Geschäftsanteils von Belastungen oder dafür, dass der Gesellschafter in seiner Verfügungsmacht über den Geschäftsanteil nicht durch den Gesellschaftsvertrag beschränkt ist. Gleiches gelte für die Beschränkung der Verfügungsmacht nach § 161 Abs. 1 GmbHG.

2. Einziehung des Geschäftsanteils (Amortisation)

- 159** Ein Geschäftsanteil kann eingezogen werden, **soweit dies im Gesellschaftsvertrag zugelassen** ist (§ 34 Abs. 1 GmbHG). Ohne Zustimmung des Anteilsberechtigten darf dies zudem nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen der Einziehung vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren (§ 34 Abs. 2 GmbHG).⁴⁵⁷ Weitere – ungeschriebene – Wirksamkeits-

⁴⁵⁵ Bitter/Heim § 4 Rn. 93.

⁴⁵⁶ Zum Folgenden: BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 = RÜ 2011, 762 (Nissen), Rn. 14 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. auch BGH, Urt. v. 24.09.2013 – II ZR 216/11, NZG 2013, 1344 = RÜ 2014, 23 (Nissen), Rn. 13. Nachträglich kann eine Zwangseinziehung für bestehende Anteile nur wirksam eingeführt werden (Satzungsänderung), wenn die betroffenen Gesellschafter zustimmen (Bitter/Heim § 4 Rn. 96).

voraussetzung der Einziehung ist, dass die Einlagen auf den eingezogenen Geschäftsanteil vollständig eingezahlt sind.⁴⁵⁸

Durch die Einziehung **geht der Geschäftsanteil** des betroffenen Gesellschafters **unter**.⁴⁵⁹ Dies führt dazu, dass die Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile nicht mehr dem Stammkapital entspricht. Genau dies fordert aber § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nicht nur für die Gründung, sondern während des Bestehens der GmbH. Die daran anschließende Frage, ob ein Einziehungsbeschluss nichtig oder jedenfalls anfechtbar ist, wenn er zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Divergenz zwischen der Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile und dem Stammkapital führt,⁴⁶⁰ hat der BGH verneint und insbesondere damit begründet, dass es weder aus Gläubiger- noch aus Gesellschaftersicht einen hinreichenden Grund gibt, die Rechtmäßigkeit des Einziehungsbeschlusses hiervon abhängig zu machen.⁴⁶¹ Wollen die Gesellschafter eine solche Divergenz dennoch verhindern, können sie (i) das Stammkapital auf die Summe der verbliebenen Geschäftsanteile herabsetzen, (ii) die Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile bis zur Höhe des Stammkapitals (nominell) aufstocken oder (iii) einen neuen Geschäftsanteil bilden.

Zuständig für die Einziehung ist die Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 4 GmbHG). Ist der Einziehungsbeschluss weder nichtig noch durch Urteil im Anfechtungsprozess für nichtig erklärt worden, wird die Einziehung bereits durch die Mitteilung des Beschlusses gegenüberüber dem betroffenen Gesellschafter wirksam und nicht erst mit der Zahlung einer etwaigen Abfindung.⁴⁶²

Der betroffene Gesellschafter hat Anspruch auf eine vollwertige **Abfindung** in Höhe des wahren Verkehrswertes des eingezogenen Anteils, soweit im Gesellschaftsvertrag nicht wirksam etwas Anderes (insbesondere andere Berechnung) vereinbart ist. Im Gläubigerinteresse darf eine Abfindung nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen gezahlt werden (§ 34 Abs. 3 i.V.m. 30 Abs. 1 GmbHG). Steht fest, dass die Abfindung durch die einziehende Gesellschaft nur unter Beeinträchtigung ihres Stammkapitals gezahlt werden kann, ist der Einziehungsbeschluss analog § 241 Nr. 3 AktG nichtig.⁴⁶³ Steht dies im Zeitpunkt der Beschlussfassung hingegen nicht sicher fest, ist die Einziehung unabhängig von der Abfindungszahlung wirksam; da der eingezogene Anteil wirtschaftlich betrachtet den verbliebenen Gesellschaftern zuwächst – ihre Anteile werden proportional aufgewertet –, haften diese dem Ausgeschiedenen für die Abfindung, wenn eine spätere Zahlung der Abfindung durch die Gesellschaft an § 30 GmbHG scheitert und sie nicht für die Zulässigkeit der Zahlung sorgen.⁴⁶⁴

160

458 Diese Voraussetzung wird aus § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG abgeleitet (Bitter/Heim § 4 Rn. 95).

459 Hier und zum Folgenden: Bitter/Heim § 4 Rn. 95.

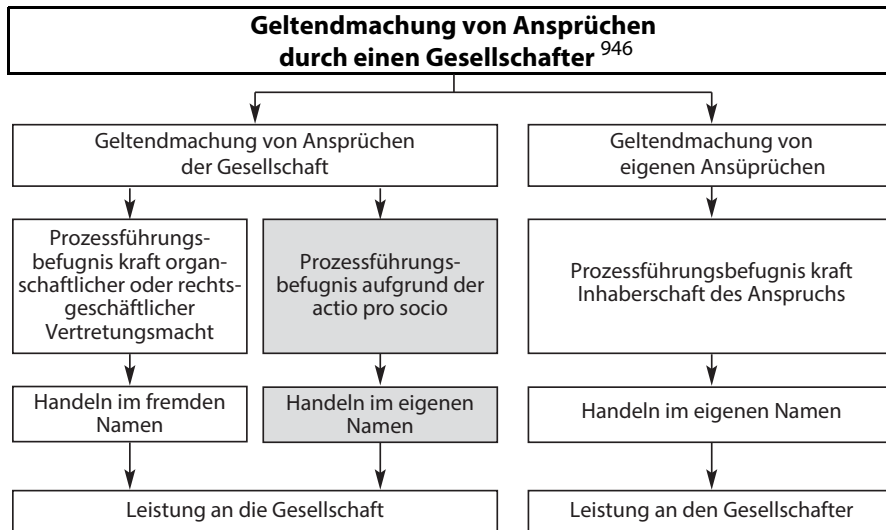
460 BT-Drucks. 16/6140, S. 31.

461 BGH, Versäumnisurt. v. 02.12.2014 – II ZR 322/13, NJW 2015, 1385, Rn. 26 f.

462 BGH, Urt. v. 24.01.2012 – II ZR 109/11, NZG 2012, 259, Ls. 1 und Rn. 9 ff.

463 BGH, Urt. v. 24.01.2012 – II ZR 109/11, NZG 2012, 259, Rn. 7.

464 BGH, Urt. v. 24.01.2012 – II ZR 109/11, NZG 2012, 259, Ls. 2 und Rn. 21 ff.; Bitter/Heim § 4 Rn. 97.



Es geht bei der *actio pro socio* um die Einräumung einer **Prozessführungsbefugnis** für den klagenden Gesellschafter, der damit eine (mangels Zuständigkeit eigentlich nicht bestehende) **Aktivlegitimation** erhält.

Hinweis: In der Klausur ist die *actio pro socio* sowohl im Rahmen der Zulässigkeit (Prozessführungsbefugnis) als auch – dann nach oben verweisend und kurz – bei der Begründetheit (Aktivlegitimation) anzusprechen.

Die *actio pro socio* hat einen normativen Niederschlag lediglich im Aktienrecht (§ 148 AktG) erhalten, ist aber als allgemeines Rechtsinstitut auch für andere Gesellschaftsformen anerkannt.⁹⁴⁷ Gleichwohl hat sie für die verschiedenen Gesellschaftsformen unterschiedliche Ausprägungen erfahren. Zu differenzieren ist insbesondere zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften:

Für die reine **Innen-GbR** kann sich die Problematik der *actio pro socio* nicht stellen, weil sie nicht als eigenständiges Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teilnimmt und sich die durch einen Gesellschafter geltend zu machenden Ansprüche dementsprechend nur aus dem Innenverhältnis der Gesellschafter ergeben können; bei diesen Ansprüchen handelt es sich um eigene Ansprüche der Gesellschafter, die diese im eigenen Namen geltend machen.

Bei der **Außen-GbR** und den **Personenhandelsgesellschaften** (oHG, KG) kann es hingegen zu Fällen der *actio pro socio* immer dann kommen, wenn ein nicht geschäftsführungs- und vertretungsberechtigter Gesellschafter Ansprüche der Gesellschaft geltend machen möchte. Diese Gesellschaftsformen zeichnen sich durch eine gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vorgegebene Organisationsverfassung aus, nach der einzelne Gesellschafter von einer Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft oft ausgeschlossen sind. Die Annahme einer *actio pro socio* steht dazu im Widerspruch. Dieser

⁹⁴⁶ Mock JuS 2015, 590, 591.

⁹⁴⁷ Vgl. grundlegend BGH, Urt. v. 17.06.1953 – II ZR 205/52, BGHZ 10, 91, 103.

wird dadurch dogmatisch aufgelöst, dass man in der *actio pro socio* einen **Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft** erblickt.⁹⁴⁸

Für die *actio pro socio* ergibt sich folgender **Prüfungsaufbau**:

Voraussetzungen und Rechtsfolge der *actio pro socio*

1. **Gesellschafterstellung** des Klägers
2. Bestehen eines **Sozialanspruchs** der Gesellschaft
3. **Fehlende Vertretungsmacht** des Gesellschafters
4. **Kein Ausschluss** der *actio pro socio*
5. **Rechtsfolge**: Liegen die Voraussetzungen 1. bis 4. vor, kann der Gesellschafter als gesetzlicher Prozessstandschafter den Sozialanspruch im eigenen Namen mit Leistung an die Gesellschaft geltend machen.

Die den Anspruch der Gesellschaft geltend machende Person muss **Gesellschafter** sein. Auf dessen persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft kommt es nicht an. Auch der Kommanditist einer KG kann die *actio pro socio* erheben.

Gläubiger und Vertragspartner der Gesellschaft sind zur Erhebung einer *actio pro socio* nicht befugt. Gleiches gilt für den stillen Gesellschafter.⁹⁴⁹

Bei der Außen-GbR und den Personenhandelsgesellschaften ist die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft auf **Sozialansprüche** beschränkt, also auf Ansprüche, die sich gegen die Gesellschafter richten und ihren Ursprung im Gesellschaftsverhältnis haben.

Diese Beschränkung ergibt sich daraus, dass die *actio pro socio* nur der Überwindung eines Interessenkonflikts der zuständigen Gesellschaftsorgane dient. Zudem soll vermieden werden, dass bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen gesellschaftsfremde Dritte gesellschaftsinterne Streitigkeiten auf diese ausgeweitet werden. In diesen Fällen kann vielmehr im Wege der *actio pro socio* ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen das untätige Gesellschaftsorgan geltend gemacht und der Streit gesellschaftsintern ausgetragen werden.

Der Gesellschafter, der von der *actio pro socio* Gebrauch macht, darf selbst **keine Vertretungsmacht** haben. Hat der Gesellschafter selbst organschaftliche oder rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zur Geltendmachung des Anspruchs der Gesellschaft, kann er diese selbst im fremden Namen geltend machen und es bedarf der *actio pro socio* nicht.

Die *actio pro socio* darf schließlich **nicht ausgeschlossen** sein. Die gesellschafterliche Treuepflicht⁹⁵⁰ verbietet eine *actio pro socio* immer dann, wenn die fehlende Geltendmachung des Sozialanspruchs durch den geschäftsführenden Gesellschafter sachlich

948 BGH, Urt. v. 08.11.1999 – II ZR 197/98, NJW 2000, 505, 506; Mock JuS 2015, 590, 592.

949 BGH, Urt. v. 14.11.1994 – II ZR 160/93 NJW 1995, 1353, 1355. Zur stillen Gesellschaft siehe Rn. 372 ff.

950 Die *actio pro socio* hat ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters; die Ausübung der Klagebefugnis unterliegt daher der gesellschaftlichen Treuepflicht (BGH, Beschl. v. 26.04.2010 – II ZR 69/09, NZG 2010, 783 = RÜ 2010, 497 [Nissen], Ls.).

gerechtfertigt ist und der geschäftsführende Gesellschafter noch nicht ausdrücklich zur Geltendmachung aufgefordert worden ist.⁹⁵¹

Liegen die vorstehenden Voraussetzungen der *actio pro socio* vor, kann der Gesellschafter als gesetzlicher Prozessstandschafter den Sozialanspruch außergerichtlich und gerichtlich **im eigenen Namen mit Leistung an die Gesellschaft** geltend machen. Ihm ist aber nicht gestattet, sich über den Anspruch zu vergleichen.

Für die **AG** ist die *actio pro socio* ausdrücklich in **§ 148 AktG** geregelt. In den dort behandelten Fällen des Klagezulassungsverfahrens wird die Prozessführungsbefugnis allerdings zunächst gerichtlich angeordnet, bevor der Gesellschafter die eigentlich *actio pro socio* erheben kann. Die aktienrechtliche *actio pro socio* vollzieht sich also in zwei Schritten.

Ferner ist die aktienrechtliche Besonderheit zu beachten, dass sich das Klagezulassungsverfahren nur auf die in § 147 Abs. 1 AktG genannten Ersatzansprüche beziehen darf.

Auch für die **GmbH** ist die *actio pro socio* anerkannt. Da die GmbH – im Gegensatz zur AG – regelmäßig personalistisch(er) geprägt ist, scheidet jedoch eine analoge Anwendung des § 148 AktG aus. Hinsichtlich der Voraussetzungen entspricht die *actio pro socio* bei der GmbH vielmehr derjenigen bei den Personengesellschaften. Ergänzend bedarf es eines Beschlusses der Gesellschafter, soweit es um die Einforderung von Einlagen oder die Geltendmachung von Ersatzansprüchen geht (vgl. § 46 Nr. 2 u. 8 GmbHG).

Exkurs Ende

Für die **Erfüllung von Sozialverpflichtungen** haftet grundsätzlich⁹⁵² nur die GbR und nicht die einzelnen Mitgesellschafter;⁹⁵³ denn eine persönliche Haftung der Gesellschafter für diese aus dem Gesellschaftsvertrag folgenden Schulden liefe auf eine durch § 707 BGB ausgeschlossene Nachschusspflicht hinaus.⁹⁵⁴ Zu den Sozialverbindlichkeiten zählen auch die Rechte der Gesellschafter, an der Willensbildung der Gesellschaft mitzuwirken (Mitverwaltungsrechte). Auch sie richten sich gegen die GbR. Da sich diesbezügliche Streitigkeiten auch und gerade unter den Gesellschaftern ergeben können, gestattet die Praxis eine Feststellungsklage gegen diejenigen Mitgesellschafter, die der Wahrnehmung des Rechts widersprechen.⁹⁵⁵

253

Nach **§ 717 S. 1 BGB** sind „Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen“, nicht übertragbar. Erkennt man mit dem BGH die

254

951 BGH, Urt. v. 27.06.1957 – II ZR 15/56, NJW 1957, 1368.

952 Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht dann, wenn ein Gesellschafter einen Dritten wegen einer rechtsgeschäftlichen Schuld der GbR aus seinem Privatvermögen befriedigt hat. Der Ersatzanspruchs des Gesellschafters (§ 670 BGB) richtet sich zwar primär gegen die GbR; reicht deren Vermögen jedoch nicht aus, so wird dem Gesellschafter ein subsidiärer Ausgleichsanspruch gegen jeden Mitgesellschafter in Höhe des auf diesen entfallenden Anteils gewährt (so BGH, Urt. v. 02.07.1962 – II ZR 204/60, NJW 1962, 1863 zur KG; vgl. auch Jacoby/v. Hinden § 714 Rn. 7 m. w. N.).

953 OLG Celle, Urt. v. 17.07.2001 – 9 U 172/00, WM 2001, 2444.

954 BGH, Urt. v. 02.07.1962 – II ZR 204/60, NJW 1962, 1863, 1864; Bitter/Heim § 5 Rn. 98; Jacoby/v. Hinden § 714 Rn. 6; HK-BGB/Saenger § 714 Rn. 9; Erman/Westermann § 705 Rn. 54.

955 Hierzu Westermann NZG 2012, 1121 ff.