

# Effektiver Rechtsschutz und rückwirkende Treuebindung bei fehlerhafter Zwangseinziehung

*Zur Verfassungsmäßigkeit der negativen Legitimationswirkung der GmbH-Gesellschafterliste*

Dr. JOSEF WITTMANN, Heidelberg\*

*Inhaltsübersicht*

ZGR 2022, 821–858

I. Die negative Legitimationswirkung der Gesellschafterliste in Einziehungsfällen . . . . .	822
II. Gegenstand der Untersuchung . . . . .	824
III. Verfassungsbezug der Problemstellung . . . . .	825
1. Schutzbereich der Eigentumsgarantie . . . . .	825
2. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Anteilseigentums . . . . .	826
IV. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Inhalts- und Schrankenbestimmungen . . . . .	827
V. Legitimes Ziel – Geeignetheit – Erforderlichkeit . . . . .	829
VI. Effektiver Rechtsschutz . . . . .	830
1. Beschränkung auf den einstweiligen Rechtsschutz . . . . .	830
2. Normative Grundlage und Schutzniveau des Rechtsschutzgebots . . . . .	831
3. Das Eilverfahren im Lichte des Rechtsschutzgebots . . . . .	833
4. Zwischenergebnis . . . . .	834
VII. Bereicherungsrechtlicher Ausgleich . . . . .	835
1. Bereicherung der verbleibenden Gesellschafter . . . . .	835
2. Rückabwicklung im Gesellschafterverhältnis . . . . .	835
3. Kein vorrangiger Störungsbeseitigungsanspruch gegen die Gesellschaft . . . . .	836
VIII. Schadensrechtlicher Ausgleich . . . . .	838
1. Die mitgliedschaftliche Treuepflicht als Anknüpfungspunkt . . . . .	838
2. Berücksichtigung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht im bisherigen Diskurs . . . . .	839
3. Grundlagen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht . . . . .	840
4. Rückwirkende Treuebindung bei fehlerhafter Zwangseinziehung . . . . .	841
5. Konkrete Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht . . . . .	848
6. Anspruchsgegner . . . . .	849
7. Inhalt der Schadensersatzpflicht . . . . .	851
8. Grenzen der Schadensersatzpflicht . . . . .	853
9. (Kein) deliktischer Schutz des gelöschten Gesellschafters . . . . .	855
IX. Zusammenfassung in Thesenform . . . . .	856

\* Akademischer Rat a.Z., Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer), Universität Heidelberg.

*Die negative Legitimationswirkung der Gesellschafterliste und ihre Anwendung auf Fälle der Zwangseinziehung war in jüngerer Vergangenheit mehrfach Gegenstand wegweisender BGH-Judikatur. Die betreffenden Entscheidungen bewegen sich im Spannungsfeld zwischen dem Streben nach Rechtsklarheit über die Beteiligungsverhältnisse, den Eigentumsinteressen des von der Gesellschafterliste gelöschten Gesellschafters und der unternehmerischen Freiheit der verbleibenden Gesellschafter. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die verfassungsrechtliche Dimension der Problemstellung und schlägt einen Interessenausgleich über das Institut der mitgliedschaftlichen Treuepflicht vor.*

*The exclusionary effect of the list of shareholders and its application to cases of forced cancellation of shares has been the subject of several landmark rulings by the Federal Court of Justice in the recent past. The decisions concern the desire for legal clarity regarding the shareholder structure of the company, the property interests of the shareholder deleted from the list of shareholders as well as the entrepreneurial freedom of the remaining shareholders. This article examines the constitutional aspects of this legal issue and proposes a reconciliation of interests through the principle of loyalty under corporate law.*

### *I. Die negative Legitimationswirkung der Gesellschafterliste in Einziehungsfällen*

Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur der Listengesellschafter als Inhaber eines Geschäftsanteils. Wer nicht als solcher in der Gesellschafterliste eingetragen ist, bleibt ungeachtet seiner materiellen Berechtigung von der Ausübung seiner Mitgliedschaft ausgeschlossen. Seit dem Grundsatzurteil des BGH vom 20. November 2018 (II ZR 12/17)<sup>1</sup> ist zudem geklärt, dass diese sogenannte negative Legitimationswirkung auch für die zwangsweise Einziehung von Geschäftsanteilen gilt. Das bedeutet, dass der von der Einziehung betroffene Gesellschafter nach Einreichung der geänderten Gesellschafterliste von der Ausübung sämtlicher Gesellschafterrechte ausgeschlossen ist.<sup>2</sup> Dies betrifft das Stimmrecht, das Recht auf Ladung und Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, die Gewinnbezugsrechte sowie die Anfechtungsbefugnis. Unerheblich für den Ausschluss ist die Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit des Einziehungsbeschlusses.<sup>3</sup> Maßgeblich ist allein der Verlust der Listenposition.

1 BGH GmbHR 2019, 335 m. Anm. WACHTER; Besprechung von FLUME/MAIER-REIMER, ZGR 2020, 868; bestätigt durch BGH GmbHR 2019, 988 m. Anm. MÜNNICH; GmbHR 2021, 84 m. Anm. WACHTER; DNotZ 2021, 456 m. Anm. WICKE. Eine bündige Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechungslinie findet sich bei BAYER/HORNER/MÖLLER, GmbHR, 2022, S. 1 ff.

2 CRAMER/KOCH, DStR 2020, 664; LIEDER/BECKER, GmbHR 2019, S. 505; BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, Komm. z. GmbHG, 20. Aufl., 2020, § 16 Rdn. 36.1 (Online-Aktualisierung vom 22.01.2021).

3 BAYER, LA Winter, 2011, 9, 22; KLEINDIEK, in: Bayer/Koch (Hrsg.), Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung bei GmbH und GmbH & Co. KG, 2018, 79, 83.

Die aus Sicht des betroffenen Gesellschafters schwerwiegenden Folgen dieser Rechtsprechung wurden in einem späteren Urteil des BGH vom 26. Januar 2021 (II ZR 391/18)<sup>4</sup> offenkundig. Im zugrundeliegenden Fall wurde nach Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern der Geschäftsanteil des Klägers eingezogen, dieser als Geschäftsführer abberufen sowie die fristlose Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags und die Ermächtigung zur Verfolgung gegen ihn bestehender Ersatzansprüche beschlossen. Sodann reichte die beklagte GmbH über einen ihrer verbleibenden Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste ein, in welcher der Kläger nicht mehr als Gesellschafter aufgeführt war. Im Folgenden wurden die vorgenannten Beschlüsse auf vier weiteren Gesellschafterversammlungen jeweils bestätigt. Der Kläger erhob Nichtigkeitsfeststellungs- respektive Anfechtungsklagen gegen sämtliche Beschlüsse.

Der BGH gelangte zu einem gespaltenen Ergebnis. Die Nichtigkeitsfeststellungsklagen gegen den Einziehungsbeschluss und die betreffenden Bestätigungsbeschlüsse waren erfolgreich. Die Nichtigkeit der Einziehung folgte entsprechend § 241 Nr. 3 AktG aus einem Verstoß gegen §§ 30 Abs. 1 Satz 1, 34 Abs. 3 GmbHG, da das Einziehungsentgelt nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft geleistet werden konnte.<sup>5</sup> Dies betraf auch die entsprechenden Bestätigungsbeschlüsse, da nichtige Beschlüsse nicht bestätigt werden können.<sup>6</sup> Dagegen blieben die Anfechtungsklagen des Klägers gegen die übrigen Beschlüsse – u. a. über die Kündigung seines Geschäftsführerdienstvertrags sowie die Verfolgung gegen ihn bestehender Ersatzansprüche – erfolglos. Denn jedenfalls für die *nach* Einreichung der geänderten Gesellschafterliste gefassten Bestätigungsbeschlüsse fehlte dem Kläger wegen der negativen Legitimationswirkung der Gesellschafterliste die Anfechtungsbefugnis, da er zum Zeitpunkt der jeweiligen Beschlussfassung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils eingetragen war.

Das gespaltene Ergebnis unterstreicht die Problematik einer so verstandenen negativen Legitimationswirkung. Denn selbst wenn eine Einziehung nichtig ist, der betroffene Gesellschafter damit materiell seine Gesellschafterstellung nie verloren hat, und dies gerichtlich festgestellt wird, ist der betroffene Gesellschafter allein aufgrund seiner Löschung von der Gesellschafterliste zwischenzeitlich von der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte ausgeschlossen. Dies betrifft auch die Befugnis, die ohne seine Mitwirkung gefassten Beschlüsse an-

4 BGH DNotZ 2021, 456 m. Anm. WICKE.

5 BGH DNotZ 2021, 456, 461 Rdn. 23 m. w. N.; zum Problemkreis: GRUNEWALD, GmbHR 1991, 185 f.; WITTMANN, GmbHR 2020, 191 ff.; STROHN, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2022, § 34 Rdn. 31 ff.

6 BGH DNotZ 2021, 456, 464 Rdn. 37 m. w. N. Zum Fortbestehen der Klagebefugnis gegen wiederholende Einziehungsbeschlüsse trotz vorheriger Löschung aus der Gesellschafterliste siehe sogleich die Ausführungen unter III.1.

zufechten.<sup>7</sup> Eine Ausnahme von der negativen Legitimationswirkung gewährt der BGH zwar für zwischenzeitlich gefasste Einziehungsbeschlüsse (dazu sogleich unter *III.1.*). Für sämtliche weiteren Beschlüsse, einschließlich solcher über Strukturmaßnahmen,<sup>8</sup> aber bleibt es beim Ausschluss des von der Gesellschafterliste gelöschten Gesellschafters.<sup>9</sup> Die verbleibenden Gesellschafter können im Zweifel über Jahre unter Ausschluss ihres Mitgesellschafters grundlegende Reorganisationsmaßnahmen vornehmen. Letzterer findet nach seiner Rückkehr in die formale Gesellschafterstellung eine völlig veränderte Gesellschaft vor, welche er schlicht hinzunehmen hat.<sup>10</sup>

## II. Gegenstand der Untersuchung

Zur Richtigkeit der durch den BGH vorgenommenen Auslegung erfolgte in den letzten Jahren eine ausführliche Auseinandersetzung im Schrifttum,<sup>11</sup> im Zuge derer die Rechtsprechung des BGH keineswegs unwidersprochen geblieben ist. Insbesondere die Deutung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als unwiderlegliche Vermutung, die selbst bei späterer gerichtlicher Feststellung der Nichtigkeit der Einziehung Bestand haben soll und den materiellen Berechtigten gar von der Anfechtung ohne ihn gefasster Beschlüsse ausschließt, war Gegenstand vehementer Kritik.<sup>12</sup> Dieser Beitrag befasst sich mit der bislang wenig beleuchteten verfassungsrechtlichen Komponente dieser Streitfrage und, hieran anknüpfend, der Bedeutung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht zur Herstellung eines verfassungsmäßigen Interessenausgleichs. Gegenstand der weiteren verfassungsrechtlichen Untersuchung ist dabei die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in ihrer Auslegung durch den BGH und unter Berücksichtigung eben der Implikationen, wie sie in den hier besprochenen Einziehungsfällen zutage treten.<sup>13</sup>

7 HEIDINGER, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2019, § 16 Rdn. 101; MAIER-REIMER, FS Grunewald, 2021, 711, 714; a.A. noch WERTENBRUCH, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2019, Anh. § 47 Rdn. 399 unter Verweis auf KG Berlin GmbHR 2016, 416, 419; NZG 2017, 136, 137.

8 BRANDES, in: Bork/Schäfer, Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2019, § 16 Rdn. 33.

9 Dies gilt selbst für den Abschluss bzw. die Beendigung von Unternehmensverträgen: OLG Jena NZG 2021, 1025.

10 MAYER, BWNNotZ 2021, 217, 219.

11 ALTMIPPEN, ZIP 2021, 467; DERS., NJW 2021, 2681; BAYER/HORNER/MÖLLER, aaO (Fn. 1), S. 1; CRAMER/KOCH, DStR 2020, 664; FLUME/MAIER-REIMER, ZGR 2020, 868; HECKSCHEN, NZG 2019, 1097; HITZEL, BB 2021, 848; LIEDER/BECKER, aaO (Fn. 2), S. 505; MEDIGER, GmbHR 2022, 123; MILLER, ZIP 2020, 62; MÜLBERT/SAJNOVITS, GmbHR 2021, 68; WACHTER, GmbHR 2021, 88.

12 Kritisch insbesondere ALTMIPPEN, ZIP 2021, 467f.; ausführlich in NJW 2021, 2681ff.; FLUME/MAIER-REIMER, ZGR 2020, 868, 873ff.; HITZEL, BB 2021, 848f.

13 Nur wenn man zum Ergebnis käme, dass der durch die Rechtsprechung des BGH vermittelte Regelungsgehalt des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verfassungswidrig ist, wäre in

### III. Verfassungsbezug der Problemstellung

#### 1. Schutzbereich der Eigentumsgarantie

Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie umfasst „alle vermögenswerten Rechte, die Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben dürfen“.<sup>14</sup> Auch Geschäftsanteile unterfallen dem Schutz des Art. 14 GG.<sup>15</sup> Dies wurde für das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum verfassungsgerichtlich geklärt<sup>16</sup> und gilt nach ganz herrschender Meinung gleichermaßen für den Geschäftsanteil des GmbH-Gesellschafters.<sup>17</sup> Geschützt wird der Bestand der Inhaberschaft wie auch die Nutzung der Rechtsposition durch Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte.<sup>18</sup> In der jüngeren Rechtsprechung zur Gesellschafterliste hat der BGH den verfassungsrechtlichen Schutz des Anteilseigentums ausdrücklich betont und hierauf eine Ausnahme von der negativen Legitimationswirkung gestützt. Dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter soll demnach trotz seiner Löschung von der Gesellschafterliste die Befugnis erhalten bleiben, gegen erneute oder wiederholende Einziehungsbeschlüsse zu einem späteren Zeitpunkt gerichtlich vorzugehen. Denn:

*„Die Einziehung betrifft den Schutzbereich der Eigentumsgarantie der Mitgliedschaft nach Artikel 14 Abs. 1 GG. Für die Wahrnehmung der Rechte des betroffenen Gesellschafters gegen den Einziehungsbeschluss ist von der weiteren Rechtsinhaberschaft auszugehen, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen.“<sup>19</sup>*

Jenseits solcher Mehrfacheinziehungen scheint der BGH der negativen Legitimationswirkung indes keine Verfassungsrelevanz beizumessen. Konkret sprach er dem von der Gesellschafterliste gelöschten Geschäftsführungsgesellschafter die Anfechtungsbefugnis gegen den Beschluss über die Kündigung

einem weiteren Schritt zu untersuchen, ob § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG einer alternativen, d.h. verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist. Vgl. BETHGE, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Komm. z. BVerfGG, 61. EL Juli 2021, § 78 Rdn. 101.

14 BVerfGE 131, 66, 79; 112, 93, 107; 123, 186, 258; 126, 331, 358.

15 PAPIER/SHIRVANI, in: Dürig/Herzog/Scholz, Komm. z. GG, 95. EL Juli 2021, Art. 14 Rdn. 310; AXER, in: BeckOK GG, 49. Ed. 15.11.2021, Art. 14 Rdn. 49; JARASS/PIEROTH, Komm. z. GG, 16. Aufl., 2020, Art. 14 Rdn. 7; OMLOR/SPIES, MittBayNot 2011, 353, 356.

16 BVerfG NJW 1999, 3769, 3770; NJW 2007, 3265; NZG 2011, 1379.

17 BGH DNotZ 2021, 456, 468 Rdn. 48; LIEDER/BECKER, aaO (Fn. 2), S. 505, 506; SEIBT, in: Scholz, Komm. z. GmbHG, 12. Aufl., 2018, § 14 Rdn. 1; WICKE, Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2020, § 14 Rdn. 2.

18 BVerfG NZG 2011, 1379, 1380, Rdn. 16; PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn 15), Art. 14 GG Rdn. 310.

19 BGH DNotZ 2021, 456, 459 Rdn. 16 (Zitat); NZG 2019, 982 Rdn. 41.

seines Geschäftsführerdienstvertrags ab und führte aus, seine Anstellung als Geschäftsführer berühre nicht die Substanz des Anteilseigentums in seiner mitgliedschaftsrechtlichen und vermögensrechtlichen Ausgestaltung.<sup>20</sup> Dies greift zu kurz. Entscheidend ist im Kontext des Art. 14 GG nicht der Verlust der Geschäftsführerstellung *per se*, sondern – ungeachtet eines im Einzelfall bestehenden Stimmverbots – der generelle Ausschluss von der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung und deren gerichtlicher Überprüfung. Dem materiell berechtigten Gesellschafter ist es allein aufgrund seiner Streichung aus der Gesellschafterliste genommen, über etwa korporationsrechtliche Veränderungen mitzubestimmen und die ohne seine Beteiligung gefassten Beschlüsse gerichtlich anzugreifen. Teilnahme-, Rede- und Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung sind dabei ebenso wie die Klagebefugnis den mitgliedschaftlichen Rechten zugehörig,<sup>21</sup> deren Ausübung durch Art. 14 GG geschützt wird.<sup>22</sup>

## 2. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Anteilseigentums

Der Schutz des Anteilseigentums gilt indes nicht unbeschränkt. Art. 14 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht und steht in besonderem Maße zur Disposition des einfachen Gesetzgebers.<sup>23</sup> Im Wege sog. Inhalts- und Schrankenbestimmungen sorgt dieser für eine generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten, die den Inhalt des Eigentumsrechts für die Zukunft bestimmen.<sup>24</sup> Abzuwägen sind die schutzwürdigen Interessen des materiell Berechtigten, private Interessen Dritter sowie Belange des Gemeinwohls (Art. 14 Abs. 2 GG).<sup>25</sup> Den Interessenausgleich bewältigt der Gesetzgeber unter anderem im Wege des Privatrechts, insbesondere durch die sachenrechtlichen Vorschriften des BGB<sup>26</sup> und – soweit das Anteilseigentum betroffen ist – durch die Normen des Gesellschaftsrechts.<sup>27</sup> Ihnen kommt als Inhalts- und Schranken-

20 BGH DNotZ 2021, 456, 468 Rdn. 48.

21 EBBING, in: Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2017, § 16 Rdn. 53.

22 BVerfG NZG 2011, 1379, 1380, Rdn. 16; PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 310; BOHRER, DStR 2010, 1892.

23 BVerfGE 21, 73, 83 = NJW 1967, 619; GAIER, in: Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., 2022, Vor § 903 Rdn. 1.

24 BVerfGE 52, 1, 27; 58, 300, 330 („Nassauskiesung“).

25 PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 417.

26 RIEHM, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, 2015, S. 408f.; für die §§ 932ff. BGB: PETERS, Der Entzug des Eigentums, 1991, S. 14 ff.

27 Speziell für § 16 GmbHG: LIEDER/BECKER, GmbHR 2019, S. 441, 443; OMLOR/SPIES, MittBayNot 2011, 353, 356.

bestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Verfassungsrelevanz zu.<sup>28</sup>

Es ergibt sich die Erkenntnis, dass § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Anteilseigentums nicht nur im Kontext der Mehrfacheinziehung an den Vorgaben des Art. 14 GG zu messen ist. Der vorübergehende Befugnisverlust infolge der Löschung von der Gesellschafterliste bedarf in seiner Gesamtheit einer verfassungsrechtlichen Würdigung.<sup>29</sup>

#### *IV. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Inhalts- und Schrankenbestimmungen*

Die Vorgaben des Grundgesetzes an die inhaltliche Ausgestaltung des Anteilseigentums durch die einfachen Gesetze wurden bereits eingehend untersucht<sup>30</sup> und durch das Verfassungsgericht ausgestaltet. Sie sollen hier nur kursorisch wiedergeben werden:

Aufgrund der überragenden Bedeutung des Anteilseigentums für die Freiheitsverwirklichung im vermögensrechtlichen Bereich ist eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.<sup>31</sup> Notwendig ist zunächst die Geeignetheit der gesetzlichen Regeln zur Verfolgung eines legitimen Ziels sowie eine Erforderlichkeitskontrolle. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne greift das Gebot gerechter Abwägung.<sup>32</sup> Die schutzwürdigen Allgemein- und Individualinteressen der Beteiligten sind in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. Bei der Abwägung kommt dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.<sup>33</sup> Das Gebot gerechter Abwägung schließt selbst den Entzug der Eigentumsposition durch den Privatverkehrsverkehr nicht aus, sofern dies aus Verkehrsschutzgründen gerechtfertigt

28 Der Enteignung kommt im Kontext des § 16 GmbHG schon deshalb keine Bedeutung zu, da die Vorschrift lediglich die Voraussetzungen schafft für einen vorübergehenden Befugnisverlust (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) oder den endgültigen Eigentumsentzug im Wege gutgläubigen Erwerbs (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Die Rechtsbeeinträchtigung selbst aber erfolgt durch private Akteure und gerade nicht – wie für eine Enteignung erforderlich – durch den Staat. Vgl. OMLOR, aaO (Fn. 32), S. 339; für die §§ 932 ff. BGB: PETERS, aaO (Fn. 26), S. 32 f.

29 LIEDER/BECKER, GmbHR 2019, S. 441, 443; MÜLBERT/SAJNOVITS, GmbHR 2021, 68, 70.

30 LEUSCHNER, AcP 205 (2005), 205 ff.

31 OMLOR/SPIES, MittBayNot 2011, 353, 356.

32 BVerfGE 25, 112, 117 ff.; 37, 132, 139 ff.; OMLOR, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 342 ff.; PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 424 m. w. N.

33 BVerfGE 53, 257, 293; JARASS/PIEROOTH, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 36.

tigt ist.<sup>34</sup> Gemeint sind hier die Gutgläubensvorschriften der §§ 932 ff., 892 BGB, § 16 Abs. 3 GmbHG.<sup>35</sup> Bedeutsam für das Gesellschaftsrecht ist zudem die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Verfassungskonformität des Ausschlusses von Minderheitsaktionären nach § 327a Abs. 1 Satz 1 AktG (*Squeeze-out*)<sup>36</sup> sowie das *Feldmühle-Urteil*<sup>37</sup> zur Mehrheitsumwandlung. Die Eigentumsgarantie steht demnach einer Eingliederung einer Aktiengesellschaft in einen Konzern gegen den Willen einer Aktionärsminorität nicht entgegen, selbst wenn diese dadurch einen Verlust ihrer in der Aktie verkörperten Rechtsposition erleidet. Gewichtige Gründe des Gemeinwohls mögen es danach rechtfertigen, die Interessen der Minderheitsaktionäre an der Erhaltung der Vermögenssubstanz hinter den Konzerninteressen zurücktreten zu lassen.<sup>38</sup>

Grenzen für einen Eigentumsentzug durch den Privatrechtsverkehr gelten nach dem Gebot gerechter Abwägung indes insoweit, als eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung im Widerspruch zu der verfassungsrechtlichen Vorstellung eines sozialgebundenen Privateigentums stünde.<sup>39</sup> Um die Interessen des Berechtigten zu wahren, ist daher eine Ausgleichsregel vorzusehen, soweit dieser einen Rechts- oder Befugnisverlust erleidet, der primär im Interesse des Verkehrsschutzes oder der klaren Güterzuordnung besteht, sich aber zugunsten eines Dritten auswirkt.<sup>40</sup> Daneben ist effektiver Rechtsschutz zu gewähren. Hinsichtlich des Verlusts der Eigentumsposition des Minderheitsaktionärs im Fall der Mehrheitsumwandlung hat das BVerfG explizit judiziert:

*„Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser gesetzgeberischen Wertung ist freilich, daß die berechtigten Interessen der zum Ausscheiden gezwungenen Minderheit gewahrt werden. Dazu gehört einmal, daß ihr wirksame Rechtsbehelfe gegen einen Mißbrauch der wirtschaftlichen Macht zur Verfügung stehen; zum anderen muß Vorsorge getroffen sein, daß sie für den Verlust ihrer Rechtsposition wirtschaftlich voll entschädigt wird.“*<sup>41</sup>

Hierzu sei vorweggenommen, dass vorgenannte Grundsätze nicht allein auf den Fall des endgültigen Eigentumsentzugs anzuwenden sind. So hat der Gesetzgeber bei der Schaffung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen sowie bei der Wahrnehmung seiner Schutzpflichten stets einen „Mindeststandard

34 BOHRER, DStR 2010, 1892; OMLOR/SPIES, MittBayNot 2011, 353, 356; PETERS, aaO (Fn. 26), S. 69 ff.; LEUSCHNER, Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht, 2005, S. 153 ff.

35 OMLOR, aaO (Fn. 32), S. 338 ff.; PETERS, aaO (Fn. 26), S. 14 ff.; RIEHM, aaO (Fn. 26), S. 408 f.

36 BVerfG NZG 2007, 587.

37 BVerfG NJW 1962, 1667.

38 BVerfG NJW 1962, 1667, 1668.

39 BVerfGE 52, 1, 29.

40 REGENFUS, Sachenrechtliche Zuordnungs- und Nutzungskonflikte, 2013, S. 247, 726.

41 BVerfG NJW 1962, 1667, 1668 f.



privatnützig zugeordneter Vermögensrechte“ vorzusehen.<sup>42</sup> Er darf „an die Stelle des Privateigentums“ nicht etwas setzen, „was den Namen ‚Eigentum‘ nicht mehr verdient“. <sup>43</sup> Hierzu zählt ein Mindestschutz auch gegen die unbefugte Einwirkung auf eine Eigentumsposition oder den auch nur vorübergehenden Entzug der Nutzungsrechte.<sup>44</sup> Denn werden die Güter und Interessen den Eigentumspositionen zugeordnet, so bedürfen diese auch des rechtlichen Schutzes. Güter und Interessen, auf die jedermann folgenlos zugreifen könnte, verdienten ansonsten nicht die Bezeichnung als „Eigentum“. <sup>45</sup>

Für die weitere Untersuchung lässt sich damit festhalten, dass die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG – in der Reichweite, wie sie durch den BGH vertreten wird – zunächst anhand des klassischen Prüfungsschemas (Legitimes Ziel, Geeignetheit, Erforderlichkeit) zu prüfen ist. Im Rahmen der Angemessenheit ist sodann zu untersuchen, ob die Lösung des BGH das Gebot gerechter Abwägung dadurch wahrt, dass den Eigentumsinteressen des von der Gesellschafterliste entfernten Gesellschafters durch Gewährung effektiven Rechtsschutzes sowie einer Ausgleichsregelung ein ausreichendes Schutzniveau zukommt.<sup>46</sup>

#### *V. Legitimes Ziel – Geeignetheit – Erforderlichkeit*

Die Legitimationsvorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verfolgt den legitimen Zweck, Rechtssicherheit darüber zu schaffen, wer im Verhältnis zur Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist.<sup>47</sup> Daneben geht es darum, zum Zwecke der Missbrauchs- und Geldwäschebekämpfung Transparenz über die Anteilseigner zu schaffen und damit Vermögensverschiebungen mit kriminellem Hintergrund zu verhindern.<sup>48</sup> Den Interessen an Rechtssicherheit und Transparenz der Beteiligungsverhältnisse kommt auch in den hier besprochenen Einziehungsfällen erhebliche Bedeutung zu. Denn aufgrund der Klage ge-

42 EHLERS, VVDStRL 51 (1992), 211, 216; PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 121.

43 BVerfGE 24, 367, 389 = VerwRSpr 1969, 513, 521; PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 121.

44 REGENFUS, aaO (Fn. 40), S. 107.

45 Vgl. LOBINGER, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999 S. 92f., der den zu gewährenden Eigentumsschutz indes nicht verfassungsrechtlich begründet, sondern aus der inneren Logik des Privatrechts als Rechtszuweisungsordnung herleitet.

46 Auf das Erfordernis materieller und prozessualer Schutzmechanismen im Rahmen der Abwägung verweisen auch LIEDER/BECKER, GmbHR 2019, S. 441, 443.

47 BGH GmbHR 2019, 335 Rdn. 35; SEIBT, aaO (Fn. 17), § 16 GmbHG Rdn. 4.

48 BT-Drucks. 16/6140 S. 37; BGH GmbHR 2019, 335, Rdn. 35, THOMALE/GUTFRIED, ZGR 2017, 61, 64 mit Hinweis auf Umsetzungsdefizite und eigenem Gesetzgebungsvorschlag (112ff.).

gen den Einziehungsbefehl besteht Unklarheit über die Gesellschafterstellung des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters. Die Vorschrift § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG beseitigt diese Unklarheit jedenfalls im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, indem sie für die Berechtigung und Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft allein auf den Inhalt der Gesellschafterliste abstellt.

Auf der Ebene der Erforderlichkeit ist zunächst festzustellen, dass die durch den BGH vertretene Unwiderlegbarkeit der Vermutung zugunsten der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste äußerst schwer wiegt. Sie führt faktisch zu einem vorübergehenden Ausschluss von der Gesellschafterposition.<sup>49</sup> Selbst der materiell weiterhin berechtigte Gesellschafter ist infolge der Streichung von der Gesellschafterliste von der Ausübung sämtlicher Vermögens- und Verwaltungsrechte ausgeschlossen. Strukturbeschlüsse, darunter solche über Satzungsänderungen oder Kapitalmaßnahmen, können ohne seine Mitwirkung gefasst werden, wobei die spätere Berichtigung der Gesellschafterliste die Wirksamkeit bereits getroffener Beschlüsse nicht berührt.<sup>50</sup> Im Gegenteil: Dem materiell Berechtigten wird die Anfechtung der ohne seine Mitwirkung gefassten Beschlüsse verwehrt.<sup>51</sup> Gleichwohl sind mildere, dabei aber gleich wirksame Mittel nicht ersichtlich. Insbesondere könnte eine widerlegbare im Unterschied zu einer unwiderlegbaren Vermutung nicht das gleiche Maß an Rechtssicherheit erzeugen. Es bestünde im Anfechtungsfall bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit zwischenzeitlich gefasster Gesellschafterbeschlüsse.

## VI. Effektiver Rechtsschutz

### 1. Beschränkung auf den einstweiligen Rechtsschutz

Das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes entspringt, wie dargelegt, dem Gebot gerechter Abwägung. Konfliktpotential ergibt sich insoweit daraus, dass die negative Legitimationswirkung der Gesellschafterliste in ihrer vom BGH verstandenen Ausprägung dem Gesellschaftsinteresse an der Rechtsklarheit über die Beteiligungsverhältnisse eine überragende Bedeutung beimisst. Dies geht zulasten der Eigentumsinteressen des von der Gesellschafterliste gelöschten Gesellschafters, der von der Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte selbst

49 Vgl. SERVATIUS, in: Noack/Servatius/Haas, Komm. z. GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 16 Rdn. 17c.

50 BGH NJW 2019, 993, 996; VERSE, in: Henssler/Strohn, Komm. z. Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2021, § 16 GmbHG Rdn. 14, 44; ALTMIPPEN, Komm. z. GmbHG, 10. Aufl., 2021, § 16 Rdn. 6; BRANDES, aaO (Fn. 8), § 16 GmbHG Rdn. 33; LIEDER GmbHR 2016, 189, 195.

51 Siehe bereits Fn. 7.

dann ausgeschlossen ist, wenn die Einziehung seines Anteils rechtswidrig oder gar nichtig war. Das wirft die Frage auf, ob den Eigentumsinteressen des ausscheidenden Gesellschafters durch Gewährung effektiven Rechtsschutzes ausreichend Rechnung getragen wird.

Der BGH verweist den betroffenen Gesellschafter auf den einstweiligen Rechtsschutz.<sup>52</sup> Jener muss demnach, will er den Verlust seiner formalen Stellung als Listengesellschafter verhindern, eine einstweilige Verfügung erwirken, welche die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagt oder – sofern eine solche bereits eingereicht wurde – die Gesellschaft zur Einreichung einer Gesellschafterliste in ursprünglicher Fassung verpflichtet.<sup>53</sup> Eine Zuwiderhandlung gegen die einstweilige Verfügung führt dazu, dass der Gesellschaft die Berufung auf die Gesellschafterliste wegen § 242 BGB versagt ist.<sup>54</sup> Zwischenzeitlich gefasste Gesellschafterbeschlüsse ohne Beteiligung des von der Liste gelöschten Mitgesellschafters wären in diesem Fall nichtig. Umgekehrt aber bedeutet dies, dass im Falle der Zurückweisung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung der von der Einziehung betroffene Gesellschafter während des Zeitraums bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Einziehung von der Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte ausgeschlossen bleibt. Es droht nun die Vornahme irreversibler Struktur- und Grundlagenentscheidungen durch die verbleibenden Gesellschafter, die wegen der negativen Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch dann wirksam bleiben, wenn später die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses gerichtlich festgestellt oder der Beschluss erfolgreich angefochten wird.

## 2. Normative Grundlage und Schutzniveau des Rechtsschutzgebots

Die Möglichkeit eines Eilverfahrens ist am Gebot effektiven Rechtsschutzes zu messen. Dieses folgt in den hier diskutierten Einziehungsfällen unmittelbar aus Art. 14 GG. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes ist in den Worten des BVerfG „wesentliches Element des Grundrechts selbst“<sup>55</sup> und nimmt insoweit an der Verhältnismäßigkeitsprüfung teil.<sup>56</sup> Die Verortung des Gebots effektiven

52 BGH NZG 2019, 979, 982 Rdn. 37; jüngst OLG München BWNNotZ 2021, 470.

53 Zum einstweiligen Rechtsschutz im Einziehungsfall: LIEDER/BECKER, aaO (Fn. 2), S. 505 ff.; KLEINDIEK, aaO (Fn. 3), 79, 90 ff.; WANNER-LAUFER, NJW 2021, 1144 ff.; BAYER, FS Marsch-Barner, 2018, 35, 42 ff.; für eine flexible Lösung: STROHN, FS Krieger, 2020, S. 967, 972 ff.

54 BGH NZG 2019, 979, 982 Rdn. 40.

55 BVerfGE 24, 367, 401 im Enteignungskontext.

56 So geschehen in BVerfG NZG 2007, 587, 588 f.; NJW 1999, 3769, 3770; NJW 1962, 1667, 1668 f. Eine Abgrenzung zwischen dem Gebot effektiven Rechtsschutzes als Abwägungsmaterial in der Verhältnismäßigkeitsprüfung oder als Bestandteil eines eigenständigen Justizgewähranspruchs (so wohl in BVerfG NJW 2009, 1259) erfolgt in der

Rechtsschutzes in Art. 14 GG begründet sich daraus, dass das Verfahrensrecht im Kontext der Eigentumsgarantie nicht allein einen geordneten Verfahrensgang sichern soll, sondern im grundrechtsrelevanten Bereich auch das Mittel darstellt, dem Grundrechtsträger zu seinem verfassungsmäßigen Recht zu verhelfen.<sup>57</sup> Für einen Rückgriff auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG besteht daneben weder Anlass noch Raum.<sup>58</sup> Art. 19 Abs. 4 GG garantiert allein die effektive gerichtliche Kontrolle der Exekutive bei Eingriffen in die Rechtssphäre des Bürgers.<sup>59</sup> Jenseits des öffentlichen Herrschaftsverhältnisses und damit vor allem in Privatrechtsverhältnissen ist das Gebot effektiven Rechtsschutzes dagegen Ausfluss der Verfahrensdimension spezieller Freiheitsgrundrechte<sup>60</sup> oder, soweit solche nicht einschlägig sind, der allgemeinen Handlungsfreiheit – jeweils in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.<sup>61</sup> In ihrem rechtsstaatlichen Kerngehalt unterscheiden sich der grundrechtlich gewährleistete Justizgewährungsanspruch und die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG indes nicht.<sup>62</sup> Es gilt der Grundsatz der „fairen Verfahrensführung“.<sup>63</sup> Der Berechtigte muss seine Interessen im Verfahren effektiv vertreten und durchsetzen können.<sup>64</sup>

Rechtsprechung des BVerfG nicht in aller Deutlichkeit. Geht man aber davon aus, dass sich der Justizgewährungsanspruch unmittelbar aus den Grundrechten ableitet, bleibt eine Unterscheidung im Ergebnis ohne Belang. Die mangelnde Gewähr effektiven Rechtsschutzes bedeutet in jedem Fall einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie – sei es aufgrund der Verletzung eines eigenständigen, aus Art. 14 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Justizgewährungsanspruchs oder infolge der Unverhältnismäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung. Zum allgemeinen Justizgewährungsanspruch als eigenständiges Verfahrensgrundrecht: PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, 1995, S. 346; SCHMEHL, *Parallelverfahren und Justizgewährung*, 2011, S. 220; ZUCK, *NJW* 2013, 1132.

57 BVerfGE 49, 252, 257; PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 127.

58 Bisweilen vermeidet das BVerfG eine klare Abgrenzung und leitet das Gebot effektiven Rechtsschutzes „aus dem Eigentumsgrundrecht in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG“ (BVerfGE 134, 242 Rdn. 192) ab. Krit. PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 129; fehlende Abgrenzung auch bei MEDIGER, *GmbHR* 2022, 123, 128.

59 SCHMEHL, aaO (Fn. 56), S. 217; ZUCK, *NJW* 2013, 1132; LORENZ, *Jura* 1983, 393, 396.

60 Im Kontext der Eigentumsgarantie: PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 131; allgemein: PFEIFFER, aaO (Fn. 56), S. 343 ff.

61 JARASS/PIEROTH, aaO (Fn. 15), Art. 20 GG Rdn. 128; BETHGE, aaO (Fn. 13), § 90 BVerfGG Rdn. 275.

62 BVerfGE 107, 395, 403; SCHMEHL, aaO (Fn. 56), S. 220; BETHGE, aaO (Fn. 13), § 90 BVerfGG Rdn. 276; ZUCK, *NJW* 2013, 1132, 1133.

63 JARASS/PIEROTH, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 47a; das Gebot gilt auch in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen: WIELAND, in: Dreier, *Komm. z. GG*, 3. Aufl., 2013, Art. 14 Rdn. 196; betreffend die Zwangsvollstreckung: BVerfGE 46, 325, 334 f.; 51, 150, 156.

64 JARASS/PIEROTH, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 47a; PAPIER/SHIRVANI, aaO (Fn. 15), Art. 14 GG Rdn. 128.

### 3. Das Eilverfahren im Lichte des Rechtsschutzgebots

Gegen die Gewährung effektiven Rechtsschutzes könnte die nur summarische Prüfung<sup>65</sup> der Rechtmäßigkeit der Einziehung im Eilverfahren im Unterschied zum ordentlichen Erkenntnisverfahren sprechen.<sup>66</sup> Doch liegt allein hierin kein Verstoß gegen das Rechtsschutzgebot. Es gehört zum allgemeinen Prozessrisiko, dass sich ein berechtigter Anspruch, wie hier auf Bewahrung einer Listenposition, erst im ordentlichen Erkenntnisverfahren durchsetzen lässt und bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung der rechtswidrige Entzug einer Rechtsposition andauert. Das BVerfG hat dabei in zahlreichen Entscheidungen klargestellt, dass allein der Umstand, dass bis zur Entscheidung in der Hauptsache erhebliche und unumkehrbare Rechtsverletzungen eintreten können, keinen Verstoß gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes bedeutet.<sup>67</sup> Jedoch hat der Gesetzgeber, um derartigen unumkehrbaren Rechtsverletzungen vorzubeugen, die Möglichkeiten eines Eilverfahrens vorzusehen.<sup>68</sup> Dabei ist es dem einstweiligen Rechtsschutz immanent, dass dieser nur auf eine vorläufige Regelung im Wege summarischer Prüfung abzielt, um über die Rechtsunsicherheit bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung hinwegzuhelfen. Der Umstand, dass ein ordentliches Erkenntnisverfahren Zeit in Anspruch nimmt und der Berechtigte zwischenzeitlich auf die summarische Prüfung im einstweiligen Rechtsschutz verwiesen wird, bildet damit nichts anderes als die natürliche Grenze der Rechtsschutzgarantie.<sup>69</sup> Der Ausgleich der damit verbundenen Nachteile im Wege von Ausgleichsansprüchen ist indes nicht Aufgabe des Prozess-, sondern des materiellen Rechts (dazu sogleich).<sup>70</sup>

65 Der Antragssteller hat auf Ebene des Verfügungsgrundes grundsätzlich die Rechtswidrigkeit der Einziehung glaubhaft zu machen. Ausreichend ist eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ (OLG München BWNNotZ 2021, 470 Rdn. 17). Trägt der Antragssteller aber vor, dass es an einem Einziehungsgrund fehlt, muss die Gesellschaft entsprechend der Beweislastverteilung im Hauptsacheverfahren einen solchen glaubhaft machen (ALTMEPPEL, ZIP 2021, 467, 468; LIEDER/BECKER, aaO (Fn. 2), S. 505, 510).

66 Vgl. FLUME/MAIER-REIMER, ZGR 2020, 868, 878: „Natur der Vorläufigkeit des Ergebnisses“, die in der Möglichkeit des Widerspruchs zur materiellen Rechtslage liegt.

67 BVerfGE 93, 1, 14 („Kruzifix“); 79, 69, 74; 126, 1, 27.

68 BVerfGK 20, 196.

69 Explizit BVerfG NVwZ-RR 2005, 442: „Eine ‚summarische‘ Prüfung in dem Sinne, dass die Prüfung im Hauptsacheverfahren eingehender sein und deshalb ein anderes Ergebnis haben kann, ist kennzeichnend für das Eilverfahren und verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich.“

70 Krit. FLUME/MAIER-REIMER, ZGR 2020, 868, 878, die auf einen im Einzelfall fehlenden ersatzfähigen Schaden und die möglicherweise mangelnde Leistungsfähigkeit des Schuldners verweisen. Mit jenen Risiken ist indes jeder Ersatzanspruch behaftet und deren Eintritt würde lediglich eine Realisierung des hier diskutierten allgemeinen Prozessrisikos im einstweiligen Rechtsschutz bedeuten.

Um das Gebot effektiven Rechtsschutzes zu wahren, ist damit das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor Aufnahme der neuen Liste in den Registerordner abzuwarten. Erlangt ein Registergericht Kenntnis von einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, nimmt aber gleichwohl die neue Liste in den Registerordner auf, ist dies als schwerwiegender Mangel des Verfahrens zu bewerten, sodass die neue Liste keine Legitimationswirkung entfalten kann.<sup>71</sup> Zu weit aber ginge es, vor Einreichung der geänderten Gesellschafterliste das Hauptsachverfahren um die Einziehung abzuwarten.<sup>72</sup> Zum einen ist dies nach dem Vorgesagten keineswegs verfassungsrechtlich geboten. Zum anderen würde der durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verfolgte Zweck, die Legitimation als Gesellschafter von den Beurteilungsrisiken der unsicheren materiellen Rechtslage zu befreien, gerade konterkariert. Denn hierdurch entstünde eine Schwebelage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Einziehung: Dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter würden seine mitgliedschaftlichen Rechte zunächst erhalten bleiben. Dies ginge mit erheblichen Nachteilen für die Gesellschaft und die verbleibenden Gesellschafter einher – besonders im Fall der Einziehung aus wichtigem Grund. Voraussetzung eines wichtigen Grundes ist gerade, dass der weitere Verbleib in der Gesellschaft sowohl der Gesellschaft als auch den verbleibenden Gesellschaftern unzumutbar ist.<sup>73</sup> Im Übrigen kommt es in der Praxis häufig vor, dass die Rechtmäßigkeit der Einziehung offenkundig ist und die Gegenwehr keine Aussicht auf Erfolg hat. In solchen Fällen muss es weiter möglich sein, den Schwebezustand zu beenden und die Gesellschaft unter Ausschluss des „Störenfrieds“ fortzusetzen.<sup>74</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Es bleibt damit festzuhalten, dass der von der Einziehung betroffene Gesellschafter gegen seine Löschung von der Gesellschafterliste und den dadurch ausgelösten Befugnisverlust Rechtsschutz im einstweiligen Rechtsschutz zu suchen hat. Dabei ist es gerade Wesen des einstweiligen Rechtsschutzes und verfassungsrechtlich unbedenklich, dass die Prüfung im Hauptsacheverfahren eingehender sein und deshalb ein anderes Ergebnis haben kann. Der Ausgleich der damit verbundenen Nachteile ist dem materiellen Recht zugewiesen.

71 Siehe auch der Vorschlag von MEDIGER, GmbHR 2022, 123.

72 So der Vorschlag von WACHTER, GmbHR 2021, 88, 92f. im Anschluss an vorsichtige Andeutungen des BGH (GmbHR 2021, 84 Rdn. 30: „verfrühte Einreichung“); krit. MEDIGER, GmbHR 2022, 123, 126.

73 Vgl. BGH ZIP 2019, 316, 319.

74 BAYER/HORNER/MÖLLER, aaO (Fn. 1), S. 1, 21.

## VII. Bereicherungsrechtlicher Ausgleich

### 1. Bereicherung der verbleibenden Gesellschafter

Der verfassungsrechtliche vorgegebene materielle Ausgleich erfolgt zunächst durch Rückabwicklung der aufseiten der verbleibenden Gesellschafter eingetretenen Bereicherung. Die Bereicherung ergibt sich daraus, dass die verbleibenden Gesellschafter nach Löschung ihres Mitgesellschafters von der Gesellschafterliste ihre Gesellschafterrechte weiter ausüben – und zwar in eben dem Umfang als wäre die Einziehung wirksam. Dabei führt die erfolgreiche Einziehung grundsätzlich zur Vernichtung des Geschäftsanteils und zum Untergang der Mitgliedschaftsrechte.<sup>75</sup> Die Beteiligungsquoten der verbleibenden Gesellschafter am Stammkapital erhöhen sich entsprechend *pro rata*.<sup>76</sup> Wird also der von einer nichtigen Einziehung betroffene Gesellschafter von der Gesellschafterliste gelöscht, nehmen die verbleibenden Gesellschafter über ihre laut Gesellschafterliste höheren Beteiligungsquoten die aus dem materiell fortbestehenden Anteilseigentum des gelöschten Gesellschafters folgenden Mitgliedschaftsrechte im Widerspruch zur materiellen Rechtslage wahr.<sup>77</sup> Dies betrifft auch die Gewinnbezugsrechte,<sup>78</sup> was im Ausschüttungsfall zu überbezahlten Gewinnen aufseiten der verbleibenden Gesellschafter führt.

### 2. Rückabwicklung im Gesellschafterverhältnis

Für die Bestimmung des korrekten Verhältnisses der Rückabwicklung ist zum einen die durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vermittelte sog. relative Gesellschafterstellung sowie zum anderen die Permanenz dieser Rechtswirkung entscheidend. Der Begriff der relativen Gesellschafterstellung beschreibt den Umstand, dass die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gemäß dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur im Verhältnis zur Gesellschaft gilt.<sup>79</sup> Die Permanenz der Legitimationswirkung meint, dass sich die zwischenzeitlich eingetretenen Rechtswirkungen einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste durch ihre spätere Berichtigung nicht rückwirkend beseitigen las-

75 STROHN, aaO (Fn. 5), § 34 GmbHG Rdn. 2, 66; WICKE, aaO (Fn. 17), § 34 GmbHG Rdn. 2; KERSTING, in: Noack/Servatius/Haas, Komm. z. GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 34 Rdn. 2, 19.

76 PRIESTER, FS Kellermann, 1991, 337, 342f.; STROHN, aaO (Fn. 5), § 34 GmbHG Rdn. 2, 66; KERSTING, aaO (Fn. 75), § 34 GmbHG Rdn. 21.

77 BGH, Urt. v. 20. November 2018 – II ZR 12/17, Rdn. 30 = BGHZ 220, 207: im Ergebnis „Anwachsung“.

78 HEIDINGER, aaO (Fn. 7), § 16 GmbHG Rdn. 6; EBBING, aaO (Fn. 21), § 16 GmbHG Rdn. 53; HECKSCHEN, in: Reul/Heckschen/Wienberg, InsR, 3. Aufl., 2022, § 4 Rdn. 157.

79 HEIDINGER, aaO (Fn. 7), § 16 GmbHG Rdn. 6; SERVATIUS, aaO (Fn. 49), § 16 GmbHG Rdn. 3; DAMM, BWNotZ 2017, 2, 3.

sen.<sup>80</sup> Übertragen auf den hier diskutierten Fall der gescheiterten Zwangseinziehung bedeutet dies, dass dem eigentlich materiell berechtigten Gesellschafter, soweit er im Zeitpunkt der Fassung des Gewinnverteilungsbeschlusses<sup>81</sup> nicht in der Gesellschafterliste eingetragen war, kein Gewinnanspruch gegen die Gesellschaft zusteht. Auch die spätere Nichtigkeitsfeststellung oder Anfechtung des Einziehungsbeschlusses mit nachfolgender Listenkorrektur lässt den Gewinnanspruch mangels Rückwirkung nicht mehr aufleben.<sup>82</sup> Demgegenüber wurden die an die verbleibenden Gesellschafter gemäß ihrer laut Gesellschafterliste höheren Beteiligungsquoten überbezahlten Gewinne mit Rechtsgrund geleistet. Sie erweisen sich wegen § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft als kondiktionsfest.

Keine Rechtswirkung entfaltet § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG hingegen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Hier bleibt es beim Gewinnbezugsrecht gemäß den materiell bestehenden Gesellschaftsanteilen. Der an die verbliebenen Gesellschafter überbezahlte und materiellrechtlich dem zwischenzeitlich gelöschten Gesellschafter zustehende Gewinn ist damit im Gesellschafterverhältnis rückabzuwickeln. Anwendung findet insoweit die Eingriffskondition in der Variante des § 816 Abs. 2 BGB,<sup>83</sup> wonach eine Leistung an den Nichtberechtigten, welche dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, herauszugeben ist. Die hierdurch bedingte Verlagerung der Rückabwicklungsproblematik auf die Gesellschafterebene entspricht im Ergebnis dem Normzweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, die Gesellschaft vor etwaigen Rechtsunsicherheiten über den Gesellschafterbestand zu schützen.

### 3. *Kein vorrangiger Störungsbeseitigungsanspruch gegen die Gesellschaft*

Ein gegebenenfalls vorrangiger Ausgleich im Verhältnis zwischen Gesellschafter und GmbH ergibt sich schließlich nicht infolge einer Zurechnung des rechtswidrigen Einziehungsbeschlusses oder aber der rechtswidrigen Listen-

80 *Ex nunc*-Wirkung unstreitig: BGH NJW 2019, 993, 996; VERSE, aaO (Fn. 50), § 16 GmbHG Rdn. 14, 44; ALTMIPPEN, aaO (Fn. 50), § 16 GmbHG Rdn. 6; LIEDER, GmbHR 2016, 189, 195.

81 WICKE, aaO (Fn. 17), § 29 GmbHG Rdn. 9: klagbares Gläubigerrecht erst mit Gewinnverteilungsbeschluss.

82 Explizit zur fehlenden Rückwirkung von Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbeständen: HEIDINGER, aaO (Fn. 7), § 16 GmbHG Rdn. 51; OLG Bremen GmbHR 2012, 687.

83 Zu § 816 Abs. 2 BGB als Ausformung der Eingriffskondition: SCHWAB, in: Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., 2020 § 816 Rdn. 74, Praktisch unbedeutend bliebe daher der Einwand, die verbleibenden Gesellschafter seien wegen der Legitimationswirkung gemäß § 16 Satz 1 GmbHG keine Nichtberechtigten i. S. v. § 816 Abs. 2 BGB. Denn dann greift jedenfalls die allgemeinere Regelung des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB.



einreichung durch den Geschäftsführer.<sup>84</sup> Zwar ist anerkannt, dass bei zu-rechenbaren Störungen der Mitgliedschaftsrechte durch Gesellschaftsorgane ein Anspruch des betroffenen Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Beseitigung dieser Störung besteht.<sup>85</sup> Doch umfasst dieser Anspruch – ungeachtet der Frage, ob er unmittelbar aus dem Mitgliedschaftsverhältnis folgt oder aus § 1004 BGB analog (*actio negatoria*)<sup>86</sup> – lediglich die Wiederherstellung des störungsfreien Zustands und gerade nicht die Wiedergutmachung durch die Störung verursachter Vermögensnachteile. In den hier diskutierten Fällen der unrichtigen Gesellschafterliste erfolgt die Störungsbeseitigung damit im Wege des *actus contrarius*, d. h. durch Listenkorrektur.<sup>87</sup> Denn hierdurch wird dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter die Ausübung seiner Gesellschafterrechte wieder möglich und damit die Störung beseitigt.

Die vorgenannte Beschränkung des Störungsbeseitigungsanspruchs auf den *actus contrarius* ist – gerade im Kontext des § 1004 BGB<sup>88</sup> – nicht unumstritten, ergibt sich im Fall der unrichtigen Gesellschafterliste aber zwingend aus dem bereits dargestellten Normzweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Dieser soll aus Sicht der Gesellschaft Klarheit über die Gesellschafterstruktur und damit u. a. hinsichtlich der Frage schaffen, wem gegenüber der Gesellschaft das Gewinnbezugsrecht zusteht. Würde man nun im Fall der gescheiterten Zwangseinziehung dem betroffenen Gesellschafter nach seiner Rückkehr in die formale Gesellschafterstellung stets einen umfassenden – d. h. den entgangenen Gewinn einschließenden – Restitutionsanspruch gegen die Gesellschaft zugestehen, würde diese Schutzfunktion des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG geradezu in ihr Gegenteil verkehrt. Die Gesellschaft wäre wegen § 16 Abs. 1 Satz 1

84 Zur Folgefrage hieran anknüpfender Schadensersatzpflichten siehe unten unter VIII.6.

85 Grundlegend BGH NJW 1982, 1703, 1706 („Holzmüller“); zust. HABERSACK, Die Mitgliedschaft, 1996, S. 307f.; MARTENS, ZHR 147 (1983), 377, 400ff.; RAISER, ZHR 153 (1989), 1, 29ff.; ZÖLLNER, ZGR 1988, 392, 425ff.; BAYER, NJW 2000, 2609, 2610.

86 § 1004 BGB analog bei: MERKT, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2022, § 13 Rdn. 322; EBBING, aaO (Fn. 21), § 14 GmbHG Rdn. 107; dagegen für eine originäre Pflicht aus dem Mitgliedschaftsverhältnis: KOCH, in: Hüffer/Koch, Komm. z. AktG, 16. Aufl., 2022, § 119 Rdn. 26; so wohl auch der BGH in der HOLZMÜLLER-Entscheidung (Fn. 85): „*verbandsrechtlicher Anspruch*“; krit. zu den Implikationen einer solchen Einordnung, insb. hinsichtlich Anspruchsvoraussetzungen: ZÖLLNER, ZGR 1988, 392, 428f.; Anspruchskonkurrenz bei HABERSACK, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl., 2022, Vor § 311 AktG Rdn. 54.

87 Vgl. SEIBT, aaO (Fn. 17), § 40 GmbHG Rdn. 67; ALTMIPPEN, aaO (Fn. 50), § 40 GmbHG Rdn. 26; WAGNER GmbHR 2016, 463, 467.

88 Überblick über den Meinungsstand bei: RAFF, in: Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., § 1004 Rdn. 229ff. („das am wenigstens gelöste Problem des § 1004 BGB“); für eine Beschränkung des § 1004 BGB auf den *actus contrarius*: RAFF (ebd.) Rdn. 237; BAUR, AcP 160 (1961), 465, 487, 489; WELLENHOFER, GS M. Wolf, 2011, S. 323, 327; Rechtsurpationslehre: PICKER, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 50ff.; Diskussion im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang: ZÖLLNER, ZGR 1988, 392, 428ff.

GmbHG zunächst gezwungen, entsprechend der Beteiligungsquoten in der Gesellschafterliste kondiktionsfest (!) Gewinne an die verbliebenen Gesellschafter auszubezahlen, müsste aber zugleich damit rechnen, dass der eigentlich materiell berechnete Gesellschafter nach erfolgreicher Klage gegen die Einziehung einen *de facto* zweiten Gewinnanspruch geltend macht. Die Gesellschaft würde so im gänzlichen Widerspruch zum Schutzzweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG doppelt belastet. Dies kann angesichts der BGH Judikatur, wonach der Schutz des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG der Gesellschaft gerade auch im Fall der gescheiterten Zwangseinziehung zukommen soll,<sup>89</sup> nicht hingenommen werden.

### VIII. Schadensrechtlicher Ausgleich

#### 1. Die mitgliedschaftliche Treuepflicht als Anknüpfungspunkt

Die Ausgleichsansprüche des gelöschten Gesellschafters beschränken sich nicht auf eine Abschöpfung der bei seinen Mitgesellchaftern eingetretenen Bereicherung. Das Schutzbedürfnis im Falle der gescheiterten Einziehung ergibt sich vor allem daraus, dass der gelöschte Gesellschafter bis zum Obsiegen im Verfahren um die Einziehung von der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen bleibt, wobei die spätere Berichtigung der Gesellschafterliste die Wirksamkeit bereits getroffener Beschlüsse nicht berührt.<sup>90</sup> Der Ausgleich der mit der Verkürzung der mitgliedschaftlichen Teilhabe verbundenen Nachteile fällt auch in den Anwendungsbereich des Schadensrechts.<sup>91</sup> Im Fall der gescheiterten Einziehung kommt aufgrund der gesellschaftsrechtlich verbundenen Gesellschafter zuvorderst ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht<sup>92</sup> in Betracht. Die mitgliedschaftliche Treuepflicht bildet insoweit den Anknüpfungspunkt für den im verbandsinternen Verhältnis vorrangigen Schadensersatzanspruch zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Interessenausgleichs.

89 BGH NJW 2019, 993, 995 Rdn. 30.

90 BGH NJW 2019, 993, 996; VERSE, aaO (Fn. 50), § 16 GmbHG Rdn. 14, 44; ALTMIPPEN, aaO (Fn. 50), § 16 GmbHG Rdn. 6; LIEDER, GmbHR 2016, 189, 195.

91 Vgl. für das Personengesellschaftsrecht WESTERMANN NZG 2012, 1121, 1127: „Ergänzende Funktion von Schadensersatzansprüchen“.

92 Für die Anwendung des allgemeinen bürgerlichen Leistungsstörungsrechts: MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 208; LIEDER, in: Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2017, § 13 Rdn. 204; speziell im Kontext der unrichtigen Gesellschafterliste: BT-Drucks. 16/6140, 38.

## 2. Berücksichtigung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht im bisherigen Diskurs

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht ist dem Diskurs um die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nicht gänzlich neu.<sup>93</sup> *Servatius* weist darauf hin, dass „die Mitgesellschafter während der Schwebezeit nach wie vor (ggf. nachwirkender) Treuepflichtbindung unterliegen und hierbei auf [den] zu Unrecht gelöschten Gesellschafter Rücksicht zu nehmen haben. Einzelheiten sind insofern noch weitgehend ungeklärt.“<sup>94</sup> Konkret geht es um die Frage, ob die verbleibenden Gesellschafter für die Dauer des Verfahrens um die Einziehung eine Rücksichtnahmepflicht bei der Ausübung ihrer Gesellschafterrechte trifft, da sie mit der Rückkehr ihres von der Gesellschafterliste (möglicherweise zu Unrecht) gelöschten Mitgeschafters in seine formale Gesellschafterstellung rechnen müssen.

Der BGH zeigte sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2019 gegenüber einer Treuepflichtbindung im Nachgang zu einer Einziehung zurückhaltend. Dort ging es indes um den umgekehrten Fall der weiteren Stimmrechtsausübung nach erfolgter Einziehung. Die Berufung auf § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch den von der Einziehung betroffenen, aber noch in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter stellt nach der Auffassung des BGH nur dann einen Treuepflichtverstoß dar, wenn der Gesellschafter positiv um die Wirksamkeit der Einziehung wusste oder sie sich ihm aufdrängen musste.<sup>95</sup> In diesem Szenario ist allerdings gerade der Umstand zu beachten, dass die Gesellschaft jederzeit über ihren Geschäftsführer eine geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen kann. Es besteht damit schon kein Schutzbedürfnis, dem man über weitergehende Treuepflichten des noch gelisteten Gesellschafters entgegenkommen müsste. Auf die hier behandelten Fallkonstellationen lässt sich diese vorsichtig eingeschlagene Rechtsprechungslinie nicht übertragen.

Hinsichtlich der Treuepflichtbindung der verbleibenden Gesellschafter nach erfolgter Einziehung und Löschung ihres Mitgeschafters aus der Gesellschafterliste fehlt es damit noch an einem aussagekräftigen Präjudiz. Die Fra-

93 Ansätze für eine Treuepflichtbindung finden sich etwa bei MÜLBERT/SAJNOVITS, *GmbHR* 2021, 68, 72 ff., die aber die Beschlussfassung zum Nachteil des noch nicht eingetragenen Erwerbers im Kontext des Anteilserwerbs im Blick haben.

94 SERVATIUS, aaO (Fn. 49), § 16 GmbHG Rdn. 17c. Auch BAYER/SELENTIN, *FS 25 Jahre DNotI*, 2018, S. 391, 401; sowie BAYER, aaO (Fn. 2), § 40 GmbHG Rdn. 101, betonen, dass die verbleibenden Gesellschafter bis zur endgültigen Klärung der Streitfrage Satzungsänderungen oder Strukturbeschlüsse zu unterlassen haben und plädieren für eine Durchsetzung der Rücksichtnahmepflicht im einstweiligen Rechtsschutz.

95 BGH *GmbHR* 2019, 335 Rdn. 46; dazu: LIEDER/BECKER, *GmbHR* 2019, S. 441, 447.

gen nach dem Bestehen und der Reichweite einer solchen Treuepflichtbindung sowie der Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung blieben bislang offen.

### 3. Grundlagen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht

Die mitgliedschaftliche Treuepflicht gilt heute als ein grundlegendes Rechtsinstitut des Personen-<sup>96</sup> wie auch des Kapitalgesellschaftsrechts.<sup>97</sup> Seit der ITT-Entscheidung des BGH<sup>98</sup> ist zudem geklärt, dass die zuvor nur im Verhältnis der Gesellschafter zur GmbH anerkannte Treuepflicht auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander besteht.<sup>99</sup> Sie findet ihren Grund im persönlichen Zusammenwirken der Gesellschafter in der GmbH, welches ihnen erlaubt, auf die Mitgliedschaft ihrer Mitgesellschafter und die damit verbundenen Interessen einzuwirken. Als Gegengewicht bedarf es einer Treuepflicht, auf eben diese Interessen in angemessener Weise Rücksicht zu nehmen.<sup>100</sup>

Schon aus der Rechtfertigung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht als Instrument der Einwirkungskontrolle wird ersichtlich, dass eine Aussage darüber, welches Gesellschafterverhalten der mitgliedschaftlichen Treuepflicht genügt, nicht abstrakt zu treffen ist.<sup>101</sup> Entscheidend ist vielmehr eine mittlerweile stark

96 TRÖGER, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, 83. Akt. 2022, Teil I, § 5 Rdn. 157: „grundlegendes verbandsrechtliches Prinzip“; GEIBEL, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.5.2019, § 706 Rdn. 60 ff.

97 LUTTER, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.; MERKT, ZfPW 2018, 300, 310 ff.; DERS., aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 93; LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 145.

98 BGHZ 65, 15 m. Anm. ULMER, NJW 1976, 192; für die horizontale Treuepflichtbindung zwischen Aktionären dann: BGHZ 103, 184, 194 ff. („Linotype“); Treuebindung auch des Kleinaktionärs schließlich bestätigt durch BGHZ 129, 136, 142 ff. („Girmes“).

99 BAYER, aaO (Fn. 2), § 14 GmbHG Rdn. 30; MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 107 ff.; BLATH, RNotZ 2017, 218, 223; zum Inhalt der Treuepflicht gegenüber Mitgesellschaftern: WINTER, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 130 ff.

100 WINTER, aaO (Fn. 99), S. 16 ff.; MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 93; LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 141. Dahinstehen kann insoweit, ob die Rücksichtnahmepflicht als Ausschnitt der allgemeinen mitgliedschaftlichen Treuepflicht ihre normative Grundlage in § 242 BGB findet (so HENNRICHS, AcP 195 (1995), 221, 228 ff.; M.-P. WELLER, LA Winter 2011, 755, 765; krit. K. SCHMIDT, ZGR 2011, 108, 117; MERKT, ZfPW 2018, 300, 310 f.) oder sich unmittelbar aus dem Mitgliedschaftsverhältnis (HENZE, FS Kellermann, 1991, 141, 143 f.; BAYER, aaO (Fn. 2), § 14 GmbHG Rdn. 29: „mitgliedschaftliche Hauptpflicht“) ableitet. So hat die mitgliedschaftliche Treuepflicht mittlerweile gewohnheitsrechtliche Züge erreicht (LUTTER, ZHR 162 (1998), 164, 166) und ist hinsichtlich ihres Bestehens und ihrer wesentlichen Inhalte allgemein anerkannt.

101 MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 93; BLATH, RNotZ 2017, 218, 223.

durch die Judikatur des BGH geprägte Einzelfallbetrachtung.<sup>102</sup> Für die Zwecke dieser Untersuchung aber ist festzuhalten, dass jeder einzelne Gesellschafter – soweit dieser keine fremdnützigen Rechte wahrnimmt (z. B. in Geschäftsführungsangelegenheiten)<sup>103</sup> – zwar grundsätzlich berechtigt ist, sein verfassungsrechtlich geschütztes Anteilseigentum zur Verfolgung seiner Eigeninteressen einzusetzen.<sup>104</sup> Der ihm dabei zukommende Vorteil darf indes nicht außer Verhältnis zu den der GmbH und den Mitgesellschaftern zugefügten Nachteilen stehen.<sup>105</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bildet insoweit den dogmatischen Anknüpfungspunkt für eine Interessenabwägung zwischen den Eigeninteressen des handelnden Gesellschafters, den Gesellschaftsinteressen sowie den mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter.<sup>106</sup> Eine weitere Konkretisierung gelingt anhand von Kriterien, wie etwa dem Gesellschaftszweck, Umfang und Dauer der Beteiligung, dem Grad der persönlichen Verbundenheit sowie ggf. in Anspruch genommenes Vertrauen.<sup>107</sup> Als Instrument der Einwirkungskontrolle ist die Treuepflicht zudem desto größer, je mehr Einflussmöglichkeiten dem betroffenen Gesellschafter in der konkreten Situation zukommen.<sup>108</sup>

#### 4. Rückwirkende Treuebindung bei fehlerhafter Zwangseinziehung

##### a) Kein Ausschluss der Treuepflicht durch die negative Legitimationswirkung

An der grundsätzlichen Fortgeltung der Treuepflichtbindung gegenüber dem von der Einziehung betroffenen und von der Gesellschafterliste gelöschten Gesellschafter kann kein Zweifel bestehen. Zwar gilt gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nur der Listengesellschafter als Inhaber eines Geschäftsanteils. Doch regelt § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG lediglich das Verhältnis des Gesellschafters

102 Überblick bei LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 160ff.; WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 183.

103 MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 97; LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 157; BLATH, RNotZ 2017, 218, 223.

104 BGH NJW 1954, 1401; WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 181; BLATH, RNotZ 2017, 218, 223.

105 LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 159.

106 WINTER, aaO (Fn. 99), S. 149ff.; FASTRICH, in: Noack/Servatius/Haas, Komm. z. GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 13 Rdn. 23; MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 98; SCHINDLER, in: BeckOK GmbHG, 52. Ed. 1.3.2022, § 47 Rdn. 55; LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 155.

107 MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 94; LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 155; LUTTER, AcP 180 (1980), 85, 125.

108 MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 95; LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 156.

zur Gesellschaft.<sup>109</sup> Zur Treuepflichtbindung der Gesellschafter untereinander trifft die Vorschrift keine Aussage.<sup>110</sup> Zudem ist anzumerken, dass ungeachtet des Inhalts der Gesellschafterliste eine Fortwirkung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht selbst für den Zeitraum nach einem endgültigen Ausscheiden aus der Gesellschafterstellung anerkannt ist.<sup>111</sup> Nichts anderes kann für den Fall gelten, in dem der betroffene Gesellschafter die Einziehung angefochten hat und im Falle des Obsiegens wieder in seine Stellung als Listengesellschafter zurückkehrt. Fraglich kann also nur die Reichweite der Treuepflichtbindung sein.

*b) Interessenlage bei Klage gegen einen Einziehungsbeschluss*

Die Reichweite der Treuepflichtbindung bemisst sich, wie ausgeführt, anhand des Kriteriums der Angemessenheit. Für die Dauer des Rechtsstreits um die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses stellt sich die hierbei zugrunde liegende Interessenlage wie folgt dar:

Das Gesellschaftsinteresse wird durch den Normzweck umgrenzt. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG bezweckt im Interesse der Gesellschaft die transparente Zuordnung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten. Es soll Klarheit darüber bestehen, wem gegenüber der Gesellschaft das Gewinnbezugsrecht zusteht, wer gegenüber der Gesellschaft haftet und wen die Gesellschaft zu den Gesellschafterversammlungen zu laden hat.<sup>112</sup> Reflexiv schützt die Norm zudem die verbleibenden Gesellschafter, indem etwa Gesellschafterbeschlüsse, welche allein die verbleibenden Gesellschafter gefasst haben, nicht mit der Begründung angefochten werden können, ein eventuell materiell berechtigter Mitgesellschafter sei von der Beschlussfassung ausgeschlossen worden.<sup>113</sup> Die verbleibenden Gesellschafter können unbeschränkt ihre unternehmerische Freiheit ausüben, indem sie über Struktur und Organisation der Gesellschaft bestimmen und so das Feld ihrer wirtschaftlichen Betätigung ordnen.<sup>114</sup> Die Gesellschaftsinteressen und die Eigeninteressen der verbleibenden Gesellschafter verlaufen kongruent.

Im diametralen Gegensatz hierzu stehen die Interessen des von der Gesellschafterliste gelöschten Mitgesellschafters, der eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfeststellungsklage gegen den ihn treffenden Einziehungsbeschluss erhoben hat. Er befürchtet die Fassung unumkehrbarer Strukturbeschlüsse

109 GRUNEWALD, ZGR 1991, 452, 464.

110 BAYER/SELENTIN, FS 25 Jahre DNofI, 2018, 391, 401.

111 BGH GmbHR 2006, 531, 533; SCHINDLER, aaO (Fn. 106), § 34 GmbHG Rdn. 56.2.

112 BGH GmbHR 2019, 335 Rdn. 35; SEIBT, aaO (Fn. 17), § 16 GmbHG Rdn. 4.

113 Vgl. HEIDINGER, aaO (Fn. 7), § 16 GmbHG Rdn. 20; VERSE, aaO (Fn. 50), § 16 GmbHG Rdn. 12.

114 Vgl. BVerfGE 14, 263, 282 zum Schutz der unternehmerischen Freiheit im Konzern.

durch die verbleibenden Gesellschafter, die auch dann Bestand haben, wenn er im anhängigen Verfahren um die Einziehung obsiegt.<sup>115</sup> Dem gelöschten Gesellschafter geht es mithin um die Erhaltung des *status quo*.<sup>116</sup>

### c) Treuepflicht zur Rücksichtnahme

Die Schwierigkeit des Interessenausgleichs fußt in den hier diskutierten Fällen auf den Beurteilungsrisiken des laufenden Verfahrens. So ist die Umgestaltung der Gesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter in all jenen Fällen unproblematisch, in denen die durch den ausscheidenden Gesellschafter erhobene Klage gegen die Einziehung schlussendlich abgewiesen wird. Schwierigkeiten bereiten allein Konstellationen, in denen die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfeststellungsklage erfolgreich ist. Der von der Einziehung betroffene Gesellschafter war dann stets materiell berechtigter Inhaber seines Geschäftsanteils.<sup>117</sup> Gleichwohl lässt die spätere Berichtigung der Gesellschafterliste bereits getroffene Beschlüsse unberührt.<sup>118</sup> Die Kollision von materieller Rechtslage und formeller Berechtigung führt in ein Dilemma, das erst ersichtlich wird, wenn die materielle Rechtslage gerichtlich geklärt ist.

Doch ist das Auseinanderfallen von tatsächlicher Einwirkungsmöglichkeit und materieller Rechtslage verbunden mit den Beurteilungsrisiken eines laufenden Verfahrens kein alleiniges Problem der Gesellschafterliste. Zu denken ist etwa an den Fall der Vindikationsklage. Auch hier besteht bis zur Durchsetzung des Herausgabeanspruchs (§ 985 BGB) durch den Eigentümer die Gefahr, dass der unrechtmäßige Besitzer über den Gegenstand verfügt oder diesen umgestaltet. Und auch hier ist das Rechtsverhältnis mit den Beurteilungsrisiken eines laufenden Verfahrens belastet.<sup>119</sup> Eine interessengerechte Lösung schafft § 989 BGB. Danach ist der unrechtmäßige Besitzer dem Eigentümer ab Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs zum Schadensersatz verpflichtet, wenn infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird. Für ein Verschulden reicht schon die bloße Weiterbenutzung der Sache, sofern sie nicht zum Erhalt der Sache dient.<sup>120</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass der

115 BAYER/SELENTIN, FS 25 Jahre DNotI, 2018, 391, 400.

116 KLEINDIEK, GmbHR, 2017, 815, 820; LIEDER/BECKER, aaO (Fn. 2), S. 505, 509.

117 Dies gilt ohne Weiteres für die Beschlussnichtigkeit. Wegen ihrer *ex tunc*-Wirkung (HEIDINGER, aaO (Fn. 7), § 40 GmbHG Rdn. 273) führt zudem auch die erfolgreiche Anfechtung des Einziehungsbeschlusses dazu, dass der von der Einziehung betroffene Gesellschafter als niemals ausgeschieden gilt.

118 BRANDES, aaO (Fn. 8), § 16 GmbHG Rdn. 33.

119 SPOHNHEIMER, in: BeckOGK BGB, 63. Ed. 1.8.2022, § 989 Rdn. 2: „Schwebezeit“.

120 OLG Saarbrücken NJW-RR 1998, 1068, 1069; FRITZSCHE, in: BeckOK BGB, 63. Ed. 1.8.2022, § 989 Rdn. 10; RAFF, aaO (Fn. 88), § 989 BGB Rdn. 1; BAYER, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl., 2021, § 989 BGB Rdn. 7.

Besitzer zwar möglicherweise seine fehlende materielle Berechtigung nicht kannte oder kennen musste, jedoch durch eine Klageerhebung des Eigentümers gewarnt ist und daher auch mit der Möglichkeit rechnen muss, im Herausgabeprozess zu unterliegen und die Sache herausgeben zu müssen.<sup>121</sup> Der Besitzer wird ab Klageerhebung gleichsam Verwalter einer fremden Sache und soll nicht mehr wie ein Eigentümer nach Belieben mit der Sache verfahren können.<sup>122</sup> Daneben wird die durch § 989 BGB statuierte Rücksichtnahmepflicht auch zur Erzielung einer interessengerechten Lösung in anderen Bereichen herangezogen. Anerkannt ist dies für den Fall des unrichtigen Grundbuchs.<sup>123</sup> Die erforderliche vergleichbare Interessenlage ergibt sich aus den zwischenzeitlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Bucheigentümers bis zur Durchsetzung des Berichtigungsanspruchs (§ 894 BGB) durch den tatsächlichen Grundstückseigentümer.

Die in § 989 BGB vorgesehene Bewältigung von Schwebelagen mittels schadenersatzbewährter Bewahrungspflichten lässt sich ebenso für die hier diskutierten Einziehungsfälle fruchtbar machen. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass eine analoge Anwendung des § 989 BGB auf Fälle der gescheiterten Zwangseinziehung hier weder in Rede steht noch erforderlich ist. Gegen eine Analogie spricht bereits die insoweit nicht vergleichbare Interessenlage. So kann der redliche und unverklagte Eigenbesitzer aufgrund der Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§ 993 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2 BGB) im Grundsatz wie ein Eigentümer nach Belieben mit der Sache verfahren,<sup>124</sup> während der Gesellschafter einer GmbH bei der Stimmrechtsausübung ohnehin durch die mitgliederschaftliche Treuepflicht gebunden ist.<sup>125</sup> Jedoch wurde be-

121 FINKELMEIER, Qualifikation der Vindikation, 2016, S. 156f.; BROX, JZ 1965, 516, 517; SPOHNHEIMER, aaO (Fn. 119), § 989 BGB Rdn. 2; THOLE, in: Staudinger Komm. z. BGB, Neubearb. 2019, § 989 Rdn. 1; BREHM/BERGER, Sachenrecht, 3. Aufl., 2014, § 8 Rdn. 47.

122 Denkschrift 132 = Mugdan III 987; FRITZSCHE, aaO (Fn. 120), § 989 BGB Rdn. 11; RAFF, aaO (Fn. 88), § 989 BGB Rdn. 1; früher bereits SAVIGNY, System des römischen Rechts VI, 120f.

123 RGZ 121, 335f.; 139, 353; 158, 40, 44ff.; RG JW 1928, 1387f. Nr. 52; KOHLER, in: Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., 2020, § 894 Rdn. 48; SPOHNHEIMER, aaO (Fn. 119), § 989 BGB Rdn. 3; BERGMANN, Die nichtberechtigte fiduziarische Belastung fremder Sachen, 2020, 10; krit. PICKER, in: Staudinger Komm. z. BGB, Neubearb. 2019 § 894 Rdn. 173. Eine analoge Anwendung der §§ 989, 990 BGB nahm der BGH (Urt. v. 11.10.1951 – IV ZR 71/50, LM 1952, Nr. 2 zu § 688 BGB Blatt 2) auch im Kontext einer öffentlich-rechtlichen Verwahrung an. Die Kenntnis der aufbewahrenden Institution über den lediglich vorübergehenden Charakter ihres Besitzrechts rechtfertigt einen Schadensersatzanspruch des Hinterlegers analog §§ 989, 990 BGB. Dazu ENGELHARDT, Nachrichtenlose Kulturgüter, 2013, S. 194.

124 FINKELMEIER, aaO (Fn. 121), S. 154; KRAUSE, Die Haftung des Besitzers, 1965, S. 103.

125 MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 93, betont ein gegenüber einfachen Austauschverhältnissen und „normalen“ Dauerschuldverhältnissen besonders gesteigertes



reits dargelegt, dass die mitgliedschaftliche Treuepflicht keineswegs einen starren Regelungsinhalt aufweist, sondern je nach den im Einzelfall bestehenden Einwirkungsmöglichkeiten des verpflichteten Gesellschafters eine Verschärfung erfährt.<sup>126</sup>

Dies vorausgeschickt, lässt sich eine Rücksichtnahmepflicht der verbleibenden Gesellschafter für die Dauer des Einziehungsprozesses unmittelbar aus der dogmatischen Rechtfertigung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht selbst folgern. So bestehen aufgrund der weitreichenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste tiefgreifende Einwirkungsmöglichkeiten der verbleibenden Gesellschafter, die weit über jene abseits von Einziehungsfällen hinausgehen. Aufgrund ihrer Funktion als Instrument der Einwirkungskontrolle verschärft sich entsprechend auch die Reichweite der Treuepflicht. Danach sind die verbleibenden Gesellschafter gehalten, auf die Sicherungsinteressen ihres Mitgesellschafters für die Dauer des Einziehungsprozesses in besonderer Weise Rücksicht zu nehmen. Sie müssen damit rechnen, dass die Gesellschaft im Verfahren um die Einziehung gegen den vermeintlich ausgeschiedenen Gesellschafter unterliegt und ihm die Listenposition wieder eingeräumt werden muss. Die Annahme einer Rücksichtnahmepflicht entspricht nicht zuletzt ersten Stimmen in der Literatur, die in Ansehung der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gleichfalls auf eine fortbestehende Treuepflichtbindung der verbleibenden Gesellschafter nach vollzogener Einziehung verweisen.<sup>127</sup>

Hieran anknüpfend sind die Gesellschafter gegenüber ihrem zu Unrecht von der Gesellschafterliste gelöschtem Mitgesellschafters verpflichtet, nur solche Beschlüsse zu fassen, die für den üblichen Geschäftsgang in der Gesellschaft erforderlich sind. Hierzu zählen ohne Weiteres die Neubestellung der Geschäftsführung wegen Wegfall der vorherigen oder die Feststellung des Jahresabschlusses (§ 42a Abs. 2 GmbHG). Auch Weisungen an die Geschäftsführung bleiben zulässig, soweit sie objektiv der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks und der Erreichung der Unternehmensziele dienen. Darüberhinausgehende Maßnahmen, wie Satzungsänderungen und Kapitalmaßnahmen,<sup>128</sup> sollen nur dann beschlossen werden, wenn ohnehin eine Zustimmungspflicht der Gesellschafter bestünde. Eine solche ist nach stetiger BGH-

Maße an Treue. Dies gilt ohne Weiteres auch im Hinblick auf das häufig nicht vertraglich geprägte Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Für die Sonderstellung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ebenso HÜFFER, FS Steindorff, 1990, 60, 71.

126 Siehe Fn. 108.

127 SERVATIUS, aaO (Fn. 49), § 16 GmbHG Rdn. 17; BAYER, aaO (Fn. 2), § 40 GmbHG Rdn. 101; DERS./SELENTIN, FS 25 Jahre DNotI, 2018, 391, 401.

128 BAYER/SELENTIN, FS 25 Jahre DNotI, 2018, 391, 401, nennen daneben die Verletzung von Wettbewerbsverboten, die Weitergabe von Know-how sowie „ähnliche schädigende Handlungen“. Entscheidend dürfte insoweit stets eine Einzelfallbetrachtung der Auswirkungen auf das operative Geschäft sein.

Rechtsprechung anzunehmen, wenn die betreffende Maßnahme zur Erhaltung wesentlicher Werte der Gesellschaft oder zur Vermeidung erheblicher Verluste objektiv und unabweisbar erforderlich und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer individuellen Interessen zumutbar ist.<sup>129</sup> Der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft müssen gerade diese Maßnahme zwingend gebieten.<sup>130</sup> Vorgenannte Grundsätze gelten für Strukturmaßnahmen ebenso wie für etwaige Zustimmungserfordernisse der Gesellschafterversammlung zu außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen.<sup>131</sup> Eine Zustimmungspflicht der Gesellschafter besteht etwa dann, wenn eine Satzungsänderung gerade der Aufrechterhaltung der Geschäftsgrundlage der Gesellschaft dient oder der Vermeidung kartell- oder registerrechtlicher Sanktionen.<sup>132</sup> Schlussendlich entscheidet auch hier eine Abwägung zwischen dem Gesellschaftsinteresse und dem Individualinteresse des jeweiligen Gesellschafters im Einzelfall.<sup>133</sup>

#### *d) Keine Einschränkung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft*

Die Annahme einer Rücksichtnahmepflicht während der Rechtshängigkeit des Verfahrens um die Einziehung beeinträchtigt nicht die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft. Denn die Rücksichtnahmepflicht ist, wie in den Fällen des § 989 BGB, nur eine rückwirkende.<sup>134</sup> Bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung über die Einziehung ist nicht klar, ob der Einziehungsbeschluss nichtig oder anfechtbar ist; mithin ob überhaupt eine Treuepflichtbindung gegenüber dem vermeintlich ausgeschiedenen Gesellschafter fortbesteht. Es bleibt den verbleibenden Gesellschaftern damit unbenommen, unter Ausnutzung der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG Gesellschafterbeschlüsse jedweder Art zu fassen.<sup>135</sup> Einzig besteht das Risiko, dass sich die Einziehung als nichtig oder anfechtbar herausstellt und zwischenzeitlich gefasste Gesellschafterbeschlüsse als treuwidrig. Dies führt indes weder zur Nichtigkeit festgestellter Gesellschafterbeschlüsse<sup>136</sup> – nichtig ist anerkannter-

129 BGH NJW 1987, 189, 190; NJW 2016, 2739 m. w. N.; HARBARTH, in: Münchner Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2022, § 53 Rdn. 118.

130 BGH NJW 2016, 2739; OLG München, NZG 2016, 1149f.

131 BGH NJW 2016, 2739; für das Personengesellschaftsrecht: BGH NJW 1972, 862.

132 HOFFMANN, in: Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, Komm. z. GmbHG, § 53 Rdn. 109; HARBARTH, in: aaO (Fn. 129), § 53 GmbHG Rdn. 120.

133 HARBARTH, aaO (Fn. 129), § 53 GmbHG Rdn. 118.

134 Vgl. SERVATIUS, aaO (Fn. 49), § 16 GmbHG Rdn. 17, der eine „ggf. nachwirkende“ Rücksichtnahmepflicht annimmt.

135 So ausdrücklich BGH NZG 2019, 979, 982 Rdn. 38; LG Köln ZIP 2020, 2237, 2238.

136 MÜLBERT/SAJNOVITS, GmbHR 2021, 68, 74f., vertreten eine ausnahmsweise Beschlussnichtigkeit in Fällen, in denen Gesellschafterbeschlüsse treuwidrig unter Ausschluss des noch nicht eingetragenen Anteilserwerbers gefasst werden. Dies komme der Nicht-

maßen nur die treuepflichtwidrige Stimmabgabe.<sup>137</sup> Noch droht wegen der negativen Legitimationswirkung der Gesellschafterliste eine Anfechtung durch den zwischenzeitlich von der Gesellschafterliste gelöschten Mitgesellschafter. Denn die negative Legitimationswirkung der Gesellschafterliste beseitigt auch die Anfechtungsbefugnis.<sup>138</sup> Rechtsfolge ist allein ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht.

Der Interessenausgleich über eine schadensersatzbewehrte Rücksichtnahmepflicht unterscheidet sich damit grundsätzlich von der von *Bayer/Selentin* vertretenen Lösung, wonach eine entsprechende Rücksichtnahmepflicht bereits im einstweiligen Rechtsschutz durchzusetzen ist.<sup>139</sup> Eine dahingehende Verfügung, welche den verbleibenden Gesellschaftern für die Dauer des Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfeststellungsverfahrens Strukturbeschlüsse untersagt, wird durch die hier vorgestellte Haftungslösung zwar nicht *per se* ausgeschlossen. Es ist indes festzustellen, dass sich eine dahingehende Rechtsprechungslinie der Instanzgerichte, soweit ersichtlich, bislang nicht eingestellt hat. Eine im einstweiligen Rechtsschutz erwirkte Beschneidung der Entscheidungsfreiheit der verbleibenden Gesellschafter wäre für den von der Einziehung betroffenen Gesellschafter zudem stets mit dem Risiko einer verschuldensunabhängigen Haftung gemäß § 945 ZPO belastet, sollte sich die Einziehung am Ende doch als rechtmäßig und die einstweilige Unterlassungsverfügung damit als ungerechtfertigt erweisen.<sup>140</sup> Die in diesem Fall zu ersetzenden Schäden können erheblich sein, etwa wenn den verbleibenden Gesellschaftern der Nachweis gelingt, dass sie aufgrund der einstweiligen Verfügung die für einen Einstieg finanzstarker Investoren erforderlichen Kapitalmaßnahmen unterlassen haben oder anderweitig eine ertragssteigernde wirtschaftliche Neuausrichtung

ladung eines Mitgesellschafter gleich, die als Einberufungsmangel analog § 241 Nr. 1 AktG anerkanntermaßen zur Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse führt. Eine solche Nichtigkeitsfolge ist in den hier diskutierten Einziehungsfällen schon deshalb nicht praktikabel, da sich das Verfahren um die Einziehung über Jahre hinziehen kann, die Gesellschaft über den gesamten Zeitraum paralyisiert und der durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verfolgte Zweck, im Verhältnis zur Gesellschaft Klarheit über die Beteiligungsverhältnisse zu schaffen, gänzlich unterlaufen würde.

137 WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 185; SEIBT, aaO (Fn. 17), § 14 GmbHG Rdn. 121.

138 Siehe bereits Fn. 7.

139 BAYER/SELENTIN, FS 25 Jahre DNotI, 2018, 391, 401; BAYER, aaO (Fn. 2), § 40 GmbHG Rdn. 101.

140 Das Unterliegen im Hauptsacheverfahren bindet insoweit das Gericht des Schadensersatzprozesses: BGH NJW 1993, 2685; NJW 1988, 3268; MAYER, in: BeckOK ZPO, 45. Ed. 1.7.2022, § 945 Rdn. 19; HUBER, in: Musielak/Voit, Komm. z. ZPO, 19. Aufl., 2022, § 945 Rdn. 4.

der Gesellschaft nicht vorgenommen wurde.<sup>141</sup> Im Gegensatz hierzu gewährt die erst rückwirkend eingreifende Haftungslösung den verbleibenden Gesellschaftern zunächst einen maximalen Grad an unternehmerischer Freiheit und vermeidet eine in der *ex post*-Betrachtung gegebenenfalls wirtschaftlich unsinnige Paralyse der Gesellschaft.

### 5. Konkrete Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht

Erforderlich für eine Schadenersatzpflicht nach § 280 Abs. 1 BGB ist eine schuldhafte Pflichtverletzung. Die Pflichtverletzung liegt in der Ausübung der Gesellschafterrechte im Widerspruch zur hier besprochenen Rücksichtnahmepflicht. Umstritten ist der Verschuldensmaßstab für Schadenersatzpflichten im Zusammenhang mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Für die AG hat der BGH in seiner *Girmes*-Entscheidung judiziert, dass jedenfalls bei Ausübung des Stimmrechts eine Haftung nur bei Vorliegen von Vorsatz greift.<sup>142</sup> So soll verhindert werden, dass Aktionäre aufgrund drohender Schadenersatzpflichten von einer Ausübung ihres Stimmrechts abgehalten werden.<sup>143</sup> Teilweise wird vertreten, dass das Vorsatzerfordernis auch in der GmbH Anwendung finden soll, soweit Treuepflichtverstöße im Zuge der Stimmrechtsausübung in Rede stehen.<sup>144</sup> Hiergegen spricht indes schon die zumeist engere und gegebenenfalls personalistische Bindung zwischen den Gesellschaftern einer GmbH.

Ohnehin würde in den hier diskutierten Fällen ein Vorsatzerfordernis kaum zu einer gewichtigen Haftungsbeschränkung zugunsten der verbleibenden Gesellschafter führen. Denn für eine Pflichtverletzung genügt allein die Fassung eines Gesellschafterbeschlusses unter Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht. Diese erfolgt stets vorsätzlich, da den verbleibenden Gesellschaftern die Rechtshängigkeit des Verfahrens um die Einziehung bekannt ist und sie den unter Ausschluss ihres Mitgesellschafters gefassten Gesellschafterbeschluss als ebensolchen wollen. Eine Fehleinschätzung über den Ausgang des Verfahrens bleibt, wie in den Fällen des § 989 BGB,<sup>145</sup> für die Verschuldensfrage außer Be-

141 In derartigen Unterlassungsfällen liegt ein nach § 945 ZPO ersatzfähiger Vollziehungsschaden bereits dann vor, wenn der Schaden auf der Befolgung einer mit Ordnungsmittelandrohung versehenen Unterlassungsverfügung beruht: BGH NJW-RR 2015, 541 Rdn. 26 ff.; HUBER, aaO (Fn. 140), § 945 ZPO Rdn. 11; zur Anwendung der §§ 249 ff. BGB auch im Kontext von Unterlassungsverfügungen: MAYER, aaO (Fn. 140), § 945 ZPO Rdn. 34.

142 BGHZ 129, 136, 162.

143 CAHN/V. SPANNENBERG, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 53 a Rdn. 60.

144 LIEDER, aaO (Fn. 92), § 13 GmbHG Rdn. 205.

145 THOLE, aaO (Fn. 121), § 989 BGB Rdn. 23; STADLER, in: Soergel, Komm. z. BGB, 13. Aufl., 2006, § 989 Rdn. 11; SPOHNHEIMER, aaO (Fn. 119), § 989 BGB Rdn. 20: Un-

tracht. Entscheidend ist, dass die verbleibenden Gesellschafter bereits durch Erhebung der Klage gegen die Einziehung gewarnt sind, mit einer Rückkehr des von der Gesellschafterliste gelöschten Mitgesellschafters in die Gesellschaft rechnen müssen und damit zur Rücksichtnahme angehalten sind.<sup>146</sup>

### 6. Anspruchsgegner

Anspruchsgegner des Restitutionsanspruchs sind die verbleibenden Gesellschafter, die für die Gesellschafterbeschlüsse entgegen der hier diskutierten Rücksichtnahmepflicht gestimmt haben. Keine Haftung trifft insoweit die Gesellschaft selbst. Ihr gegenüber ist in den hier diskutierten Fällen eine Zurechnung des Handelns der Gesellschafterversammlung gemäß § 31 BGB analog ausgeschlossen. Dies ergibt sich daraus, dass § 31 BGB als reine Zurechnungsnorm in der Person des Zurechnungsadressaten das Bestehen einer eigenen Rücksichtnahmepflicht voraussetzt.<sup>147</sup> Diese liegt jedenfalls hinsichtlich der Beschlussfassung aufseiten der Gesellschaft nicht vor. Denn die hier besprochene Rücksichtnahmepflicht bezweckt die Wahrung der mitgliedschaftlichen Teilhabe des gelöschten Gesellschafters. Im Verhältnis zur Gesellschaft aber schließt § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die mitgliedschaftliche Teilhabe des gelöschten Gesellschafters gerade aus. Die Übertragung der hier diskutierten Rücksichtnahmepflicht auf die Gesellschaft würde den Regelungsgehalt des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gänzlich unterlaufen.

Ein vorrangiger Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft ergibt sich auch dann nicht, wenn man als Ansatzpunkt des Schadensersatzanspruchs nicht die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung, sondern den Umstand heranzieht, dass die GmbH selbst über ihren Geschäftsführer die rechtswidrige Listenänderung veranlasst hat, wodurch erst die Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ausgelöst wurden.<sup>148</sup> Zwar ist aufgrund der mitgliedschaftlichen Verbundenheit auch die GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern zur Fürsorge und Rücksichtnahme verpflichtet.<sup>149</sup> Wird diese Treuepflicht durch ein zurechenbares, schuldhaftes Verhalten der Geschäftsorgane verletzt, können dem betroffenen Gesellschafter im Einzelfall

kennntnis über die Rechtshängigkeit des Herausgabeverfahrens sowie Rechtsirrtum über verschärfte Haftung ebenso unbeachtlich.

146 Vgl. für die Fälle des § 989 BGB SPOHNHEIMER, aaO (Fn. 119), § 989 BGB Rdn. 20.

147 WINTER, aaO (Fn. 99), S. 92; HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 211.

148 Für einen hieran anknüpfenden Schadensersatzanspruch: KAMIYAR-MÜLLER, Die fehlerhafte Zwangseinziehung, 2015, S. 235; SEIBT, aaO (Fn. 17), § 40 GmbHG Rdn. 67.

149 BAYER, aaO (Fn. 2), § 14 GmbHG Rdn. 31; GRUNEWALD, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2020, § 12 Rdn. 175; LUTTER, AcP 180 (1980), 84, 122; ZÖLLNER, ZGR 1988, 392, 399.

Schadensersatzansprüche auch gegen die Gesellschaft zustehen.<sup>150</sup> Indes sind in Fällen, in denen neben die Treuepflichtverletzung durch die Gesellschaft zugleich eine solche der Mitgesellschafter tritt, diese vorrangig in Anspruch zu nehmen.<sup>151</sup> Für einen solchen Vorrang spricht zum einen die im Gläubigerschutz wurzelnde Erwägung, eine Belastung des Gesellschaftsvermögens in Zusammenhang mit verbandsinternen Konflikten möglichst zu vermeiden.<sup>152</sup> Zum anderen verbietet auch der Gesichtspunkt des effektiven Minderheitenschutzes eine vorrangige Inanspruchnahme der Gesellschaft. Denn hierdurch würden stets auch diejenigen Gesellschafter mittelbar betroffen, denen keine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist, weil sie weder an der Einziehung noch an nachfolgenden Beschlüssen mitgewirkt haben oder gar gegen die entsprechenden Beschlussvorschläge gestimmt haben.<sup>153</sup>

Die Vorzugswürdigkeit einer Konfliktbewältigung unter den Gesellschaftern wird in den hier besprochenen Einziehungsfällen besonders deutlich, wenn man bedenkt, dass die Einziehung durch Gesellschafterbeschluss sowie die Folgestreitigkeiten um die Richtigkeit der Gesellschafterliste letztlich auf einer vom Leitbild der Ausschlussklage abweichenden privatautonomen Satzungsentscheidung der Gesellschafter beruhen.<sup>154</sup> So wäre in Ermangelung einer statutarischen Einziehungsregelung der Streit um das (Fort-)Bestehen einer Mitgliedschaft im Rahmen einer Ausschlussklage zu führen.<sup>155</sup> In diesem Fall würde der Ausschluss des betroffenen Gesellschafters erst mit Rechtskraft des Gestaltungsurteils und Zahlung des Abfindungsentgelts wirksam.<sup>156</sup> Mit Vereinbarung einer Einziehungsregelung, wonach der betroffene Gesellschafter bereits mit Bekanntgabe eines Einziehungsbeschlusses aus der Gesellschaft scheidet, haben die Gesellschafter indes entschieden, die endgültige Klärung des Mitgliedschaftsstreits durch ein Gestaltungsurteil gerade nicht abzuwar-

150 MERKT, aaO (Fn. 86), § 13 GmbHG Rdn. 210; GRUNEWALD, aaO (Fn. 149), § 12 Rdn. 175; ZÖLLNER, ZGR 1988, 392, 399.

151 GRUNEWALD, aaO (Fn. 149), § 12 Rdn. 175; noch weitergehender WINTER, aaO (Fn. 99), S. 93, der bei im Gesellschafterverhältnis bestehenden Schadensersatzpflichten eine Inanspruchnahme der Gesellschaft gänzlich ablehnt. Explizit für den Fall eines rechtswidrigen Ausschlusses und hierdurch verursachter Vermögensschäden WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht I, 1980, 269.

152 GRUNEWALD, aaO (Fn. 149), § 12 Rdn. 175; WINTER, aaO (Fn. 99), S. 92 f.

153 Ebenso GRUNEWALD, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, 1987, S. 283; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 269; WINTER, aaO (Fn. 99), S. 93; für das Personengesellschaftsrecht: OLG Düsseldorf WM 1983, 1320, 1321.

154 Vgl. KG Berlin GmbHR 2016, 416; OLG Jena NZG 2017, 136, 137; WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 397.

155 WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 397; STEFANINK/PUNTE, GWR 2018, 403 ff.

156 BGH NZG 2012, 259, 260 Rdn. 16; BGHZ 9, 157, 174 = NJW 1953, 780; WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 397; SCHWAB, DStR 2012, 707, 710; STEFANINK/PUNTE, GWR 2018, 403, 407.

ten.<sup>157</sup> Die damit einhergehenden Haftungsrisiken, welche sich insbesondere aus der zwischenzeitlichen Rechtsunsicherheit über den Ausgang des Verfahrens um die Einziehung ergeben, sind damit konsequenterweise vorrangig von den Gesellschaftern zu tragen. Zumal eine Überleitung des Haftungsrisikos auf die Gesellschaft lediglich reflexhaft über die Zuständigkeit des Geschäftsführers zur Einreichung der geänderten Liste gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG erfolgt. Im Kern aber liegt den hier diskutierten Fällen eine Auseinandersetzung über die mitgliedschaftlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern zugrunde.

Im Übrigen wird ein für eine Schadensersatzhaftung der Gesellschaft erforderliches Verschulden des Geschäftsführers bei Einreichung der unrichtigen Gesellschafterliste ohnehin äußerst selten vorliegen. Denn ein schadensrechtlicher Ausgleich wird in den hier diskutierten Fällen vor allem dann erforderlich, wenn das zuständige Gericht – den Verfügungsgrund vorausgesetzt<sup>158</sup> – im einstweiligen Rechtsschutz einen Verfügungsanspruch abgelehnt hat; mithin die summarische Prüfung des Einziehungsbeschlusses dessen Rechtmäßigkeit ergeben hat. Eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Geschäftsführers, dessen Prüfungspflicht in Rechtsfragen naturgemäß beschränkt ist,<sup>159</sup> wird dann kaum anzunehmen sein.<sup>160</sup> Die vorgenannte Einschränkung gilt gleichermaßen für die Eigenhaftung des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 3 GmbHG, die nach ganz herrschender Meinung ebenso ein Verschulden voraussetzt.<sup>161</sup>

### 7. Inhalt der Schadensersatzpflicht

Art und Umfang des Schadensersatzes bestimmt sich nach allgemeinen Regeln. Nach § 249 Abs. 1 BGB ist der Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Hat etwa die Gesellschafterversammlung wider die Rücksichtnahmepflicht die Ausgliederung eines wesentlichen Unternehmensteils beschlossen, so steht dem in seine formale Gesellschafterstellung zurückgekehrten Mitgesellschafter ein Anspruch

157 WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 397.

158 Rechtsgefährdung und Dringlichkeit liegen aufgrund der weitreichenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste in aller Regel vor: BAYER, aaO (Fn. 2), § 40 GmbHG Rdn. 101.

159 Explizit im Kontext des § 40 GmbHG: OLG Frankfurt ZIP 2017, 1273, 1276; SERVATIUS, aaO (Fn. 49), § 40 GmbHG Rdn. 25; BAYER, aaO (Fn. 2), § 40 GmbHG Rdn. 75; SCHNEIDER, GmbHR 2009, 393, 395: „Plausibilitätsprüfung“; krit. HEILMEIER, in Beck-OK-GmbHG, 52. Ed. 01.08.2022, § 40 Rdn. 145.

160 Ebenso zurückhaltend: SEIBT, aaO (Fn. 17), § 40 GmbHG Rdn. 67 („im seltenen Fall einer schuldhaften Pflichtverletzung“).

161 Statt aller: SERVATIUS, aaO (Fn. 49), § 40 GmbHG Rdn. 43; ALTMIPPEN, aaO (Fn. 50), § 40 GmbHG Rdn. 48.

auf Rückerwerb des Unternehmensteils zu.<sup>162</sup> Bei Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags richtet sich der Restitutionsanspruch auf Beendigung desselben, soweit rechtlich möglich.<sup>163</sup>

Dabei kann der Schadensersatzanspruch gerichtet auf Naturalrestitution nicht mit dem Einwand abgewehrt werden, die betreffende Maßnahme wäre aufgrund der Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung ohnehin beschlossen worden.<sup>164</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Schutzzweck der hier diskutierten Rücksichtnahmepflicht.<sup>165</sup> Diese schützt das Bewahrungsinteresse des von der Gesellschafterliste gelöschten Gesellschafters. Maßnahmen jenseits des üblichen Geschäftsgangs sollen demnach nicht beschlossen werden, solange der gelöschte Gesellschafter wegen § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG von der Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte ausgeschlossen ist. Im Kern geht es also um die Wahrung der mitgliedschaftlichen Teilhabe des gelöschten Gesellschafters. Diese ist aber nicht auf das Stimmrecht beschränkt, sondern umfasst daneben die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung mit Rede- und Antragsrecht sowie das Recht zur Anfechtung rechtswidriger Beschlüsse. Allein der Umstand, dass der gelöschte Gesellschafter durch eine Gegenstimme in der Gesellschafterversammlung die betreffende Maßnahme nicht hätte verhindern können, beseitigt damit nicht das durch die hier diskutierte Rücksichtnahmepflicht geschützte Interesse des gelöschten Gesellschafters an umfassender mitgliedschaftlicher Teilhabe.

Unbenommen bleibt es den verbleibenden Gesellschaftern freilich, nach Rückkehr ihres Mitgesellschafters in seine Gesellschafterstellung einen Bestätigungsbeschluss über die durchgeführten Maßnahmen zu treffen<sup>166</sup> und hierdurch die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht zu heilen. Hierdurch aber

162 So auch der BGH in seiner HOLZMÜLLER-Entscheidung (Fn. 85), allerdings ohne Benennung der ggf. weiteren Anspruchsvoraussetzungen (krit. ZÖLLNER, ZGR 1988, 392, 428f.); sowie HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 355.

163 Zur Beendigung von Unternehmensverträgen mit einer abhängigen GmbH: GÖHMANN/WINNEN, RNotZ 2015, 53, 56ff.

164 Vgl. BGH WM 1991, 1075, 1077; HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 330; MERTENS, FS Lange, 1992, 561, 579ff.; MARTENS, ZHR 147 (1983) ZHR 147 (1983), 377, 399; FLECK, GmbHR 1974, 224, 226.

165 Auch mit der durch den BGH für das Beschlussmängelrecht vertretenen Relevanztheorie ist auf den Schutzzweck der verletzten Verfahrensvorschrift abzustellen und eine am Minderheitenschutz orientierte Abwägung vorzunehmen: BGHZ NZG 2002, 130 m. Anm. TRÖGER; BGHZ NJW 2004, 3561; WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 170ff.; BUDDENBERG, Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe bei GmbH-Beschlüssen, 2016, S. 98f.

166 So auch im Hinblick auf die Heilung von Kompetenzverstößen: BGH NJW 1982, 1703, 1706; BINGE, Gesellschafterklagen, 1994, S. 178f.; HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 331; HOMMELHOFF, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 468ff.; DERS., ZHR 151 (1987), 493, 514f.; REHBINDER, ZGR 1983, 92, 107.



verkommt der Schadensersatzanspruch des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters keineswegs zur bloßen Förmelerei. Denn der Bestätigungsbeschluss kann sodann nur unter Wahrung der laut Gesetz und Gesellschaftsvertrag bestehenden Minderheitenrechte gefasst werden.<sup>167</sup> Dies schließt auch die – im Hinblick auf den ursprünglichen Gesellschafterbeschluss entzogene<sup>168</sup> – Befugnis ein, gegen den Bestätigungsbeschluss im Wege der Beschlussmängelklage vorzugehen. Im Übrigen kann nicht ausgeschlossen werden, dass der von der Einziehung betroffene Gesellschafter, ungeachtet der Mehrheitsverhältnisse, die Fassung eines Bestätigungsbeschlusses etwa durch Wahrnehmung seines Rederechts in der Gesellschafterversammlung abwendet.<sup>169</sup>

## 8. Grenzen der Schadensersatzpflicht

### a) Unmöglichkeit

Eine natürliche wie rechtliche Grenze der Schadensersatzpflicht besteht dann, wenn die Umkehr der beschlossenen Maßnahmen unmöglich ist (§ 251 Abs. 1 BGB). Unmöglichkeitfälle sind insbesondere dann denkbar, wenn Unternehmensteile veräußert wurden, der Erwerber aber nicht zur Rückabwicklung bereit ist. Ein Unmöglichkeitfall liegt auch bei nicht reversiblen Änderungen in den Beteiligungsverhältnissen der Gesellschaft vor.<sup>170</sup> § 251 Abs. 1 BGB ordnet im Unmöglichkeitfall eine Entschädigung in Geld an. Eine solche Entschädigung kann etwa für eine Wertminderung der Beteiligung infolge einer Neuordnung der Beteiligungsverhältnisse zu leisten sein.<sup>171</sup>

In Fällen, in denen es an einem Vermögensschaden fehlt, steht einer Entschädigung dagegen der Umstand entgegen, dass das Interesse des gelöschten Gesellschafters an mitgliedschaftlicher Teilhabe für sich genommen ein immaterielles ist und es an einer durch § 253 Abs. 1 BGB geforderten gesetzlichen Entschädigungsregel fehlt. Die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht bleibt also in jenen Fällen sanktionslos. Zu berücksichtigen aber ist, dass § 249 Abs. 1

167 Vgl. BGH WM 1991, 1075, 1077.

168 Siehe Fn. 7.

169 So im Kontext des Beschlussmängelrechts: WERTENBRUCH, aaO (Fn. 7), Anh. § 47 GmbHG Rdn. 172.

170 ZB bei Neubildung eines Geschäftsanteils durch die verbleibenden Gesellschafter und dessen Übertragung an einen Dritten. Vgl. ULMER/HABERSACK, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, Komm. z. GmbHG, 3. Aufl., 2020, § 34 Rdn. 64 mit Fn. 223.

171 Solche Wertminderungen im Sinne einer wirtschaftlichen Verwässerung treten ein, wenn im Rahmen einer Finanzierungsrunde Anteile zu einer niedrigeren Unternehmensbewertung ausgegeben werden als in einer früheren Finanzierungsrunde (sog. *Down-Round*). Auch kann der Verlust einer Sperrminorität im Zuge einer Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss zu einer Wertminderung der Beteiligung führen.

BGB nicht ausschließlich auf eine exakte Umkehr der beschlossenen Maßnahmen zielt.<sup>172</sup> Ist etwa ein Rückkauf eines in Ausführung eines Gesellschafterbeschlusses veräußerten Vermögensgegenstands nicht möglich, so kann das Restitutionsinteresse auch durch den Erwerb eines vergleichbaren, dem Gesellschaftszweck gleichermaßen dienenden Vermögensgegenstands befriedigt werden.<sup>173</sup> Eine Unmöglichkeit im Sinne von § 251 Abs. 1 BGB liegt dann nicht vor.

Der Verhältnismäßigkeitsgrenze des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt in den hier diskutierten Fällen keine eigenständige Bedeutung zu. So ist die Verletzung der mitgliedschaftlichen Rechte zumeist nicht in Geld bezifferbar, weshalb es für den bei § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB notwendigen Wertvergleich an einer Bezugsgröße fehlt.<sup>174</sup> Verhältnismäßigkeitserwägungen wird zudem bereits dadurch Rechnung getragen, dass die Verpflichtung zur Naturalrestitution eine Schranke in der mitgliedschaftlichen Treuepflicht des Anspruchsstellers findet.

### b) Treuepflichtbedingte Grenzen

Treuepflichtbedingte Grenzen der Schadensersatzpflicht ergeben sich sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht. So steht der Anspruch aus Verletzung der Rücksichtnahmepflicht unter dem Vorbehalt, dass er nicht unter Missachtung der Rücksichtnahme ausgeübt werden darf, die der Gesellschafter seinerseits der Gesellschaft und seinen Mitgesellschaftern schuldet.<sup>175</sup>

Hierzu gehört, den Restitutionsanspruch ohne treuwidrige Verzögerung geltend zu machen. In der *Holz Müller*-Entscheidung judizierte der BGH, dass für den dort streitgegenständlichen Anspruch auf Rückübertragung eines Unternehmensteils eine Klagefrist anzunehmen ist, die zur Monatsfrist des § 246 AktG nicht außer Verhältnis stehen darf.<sup>176</sup> Angesichts der Leitbildfunktion des § 246 AktG im Recht der GmbH, kann jener Rechtsgedanke auch auf den

172 Vgl. BGH NJW 1972, 1800, 1801; BGHZ 66, 239, 247 = NJW 1976, 1396; GRÜNEBERG, in: Grüneberg, Komm. z. BGB, 81. Aufl., 2022, § 249, Rdn. 2: Gleichwertigkeit und Gleichartigkeit ausreichend.

173 Ebenso HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 358, der das Ergebnis aber nicht aus dem Anspruchsinhalt ableitet, sondern im Wege einer restriktiven Auslegung des § 251 Abs. 1 BGB.

174 HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 358, nimmt gleichwohl eine entsprechende Anwendung an.

175 Vgl. BGH NJW 1982, 1703, 1706; BINGE, aaO (Fn. 166), S. 149ff.; HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 360; DERS., in: aaO (Fn. 86), Vor § 311 AktG Rdn. 54; ZÖLLNER, ZGR 1988, 392, 432f.; REHBINDER, ZGR 1983, 92, 107.

176 BGH NJW 1982, 1703, 1706; HABERSACK, aaO (Fn. 86), Vor § 311 AktG Rdn. 54; K. SCHMIDT, FS Stimpel, 1985, 217, 222.

hier diskutierten Restitutionsanspruch angewendet werden.<sup>177</sup> Gleichwohl ist zu beachten, dass ein solcher Restitutionsanspruch frühestens nach Abschluss des Verfahrens um die Einziehung geltend gemacht werden kann. Erst dann steht fest, ob der betroffene Gesellschafter überhaupt in seine Gesellschafterstellung zurückkehrt. Möglicherweise sind bis dahin aber bereits Jahre seit dem Beschluss oder gar der Durchführung der betreffenden Maßnahme vergangen. Es muss dem betroffenen Gesellschafter in diesen Fällen möglich sein, eine umfassende wirtschaftliche Analyse durchzuführen, ehe er über die Umkehr der Maßnahme im Wege eines Restitutionsanspruchs entscheidet. Im Einzelfall kann die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung des Restitutionsanspruchs daher mehrere Monate ab Rückkehr in die Gesellschafterstellung betragen.

Treuepflichtbedingte Schranken ergeben sich zudem dann, wenn das Interesse des anspruchsberechtigten Gesellschafters an der Umkehr einer durchgeführten Maßnahme außer Verhältnis zu hierdurch bei der Gesellschaft gegebenenfalls eintretenden Schäden stehen würde oder eine Umkehr der Maßnahme mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre.<sup>178</sup> Dies wäre etwa der Fall, wenn der Rückerwerb eines infolge eines Gesellschafterbeschlusses veräußerten Vermögensgegenstands nur um ein Vielfaches des ehemals erzielten Veräußerungserlöses möglich wäre.<sup>179</sup> In diesen Fällen hat der zurückgekehrte Gesellschafter von einer Belastung der Gesellschaft durch Geltendmachung des Restitutionsanspruchs abzusehen.

### 9. (Kein) deliktischer Schutz des gelöschten Gesellschafters

Die Erzielung eines Interessenausgleichs über das Institut der mitgliedschaftlichen Treuepflicht erlangt besondere Bedeutung, wenn man bedenkt, dass ein deliktischer Schutz des gelöschten Gesellschafters wegen einer Verletzung der Mitgliedschaft in den hier behandelten Fällen nicht gegeben ist. Zwar wird der deliktische Schutz der Mitgliedschaft als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB von der herrschenden Meinung anerkannt.<sup>180</sup> Doch gilt dies – ungeachtet der schon umstrittenen Frage, ob sich dieser deliktische Schutz auch auf das Verbandsinnenverhältnis erstreckt<sup>181</sup> – nur insoweit, als die Mitglied-

177 Vgl. HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 361, für den deliktischen Anspruch wegen Verletzung der Mitgliedschaft.

178 Vgl. HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 358.

179 Vgl. HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 358.

180 Grundlegend HABERSACK, aaO (Fn. 85), 28 ff., 98 ff.; MERTENS, FS R. Fischer, 1979, 468 ff.

181 Bejaht durch den BGH in einer vereinsrechtlichen Entscheidung: BGHZ 110, 323, 327 f., 334. Für eine Erstreckung auf das Innenverhältnis: HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 171 ff.; WELLER/REICHERT, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2022, § 14

schaft ein absolutes, d. h. ein gegenüber jedermann schützendes, Recht vermittelt.<sup>182</sup> In den hier behandelten Fällen könnte vor allem das Recht auf Teilhabe am Willensbildungsprozess betroffen sein.<sup>183</sup> Dem von der Gesellschafterliste gelöschten Gesellschafter wird indes gerade kein absolutes Recht auf Entscheidungsteilhabe vermittelt. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG schließt diesen vielmehr explizit hiervon aus und bestimmt die Rechtmäßigkeit sämtlicher ohne den gelöschten Gesellschafter gefassten Beschlüsse. Diese Bewertung ändert sich schließlich nicht dadurch, dass in den hier diskutierten Fällen Gesellschafterbeschlüsse einen Verstoß gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht begründen können. Denn die mitgliedschaftliche Treuepflicht dient, wie unter VIII.3. ausgeführt, der Einwirkungskontrolle im verbandsinternen Konflikt zwischen den Gesellschaftern. Sie stellt kein absolutes, den Vermögens- oder Teilhaberechten vergleichbares Mitgliedschaftsrecht dar.<sup>184</sup>

Ein deliktischer Schutz des gelöschten Gesellschafters ist damit auf die von § 826 BGB erfassten Fälle beschränkt. Einen deliktischen Schutz des gelöschten Gesellschafters wird man daher nur dann annehmen können, wenn die verbleibenden Gesellschafter den Mangel der Einziehung positiv kennen und die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ausnutzen, um die Beteiligung des gelöschten Gesellschafters an der Willensbildung in der Gesellschaft zu umgehen.<sup>185</sup>

### IX. Zusammenfassung in Thesenform

1. Die negative Legitimationswirkung der Gesellschafterliste stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Sie ist als solche am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.

Rdn. 58; abl. VERSE, aaO (Fn. 50), § 14 GmbHG Rdn. 34; WAGNER, Münchener Komm. z. BGB, 8. Aufl., 2020, § 823 Rdn. 353.

182 MERTENS, FS R. Fischer, 1979, 461, 496; K. SCHMIDT, JZ 1991, 157 (159); GRUNEWALD, Die Gesellschafterklage, 99; WAGNER, aaO (Fn. 181), § 823 BGB Rdn. 352.

183 Dazu HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 297 ff.

184 So HABERSACK, aaO (Fn. 85), S. 283 ff., für den mit der Treuepflicht vergleichbaren Gleichbehandlungsgrundsatz.

185 Vgl. zu Anwendung und Anspruchsvoraussetzungen des § 826 BGB im Kontext der Stimmrechtsausübung BGH NJW 1995, 1739, 1746, 1749 m. Anm. ALTMIPPEN; m. Bespr. LUTTER JZ 1995, 1053; WAGNER, aaO (Fn. 181), § 826 Rdn. 206 f.; FÖRSTER, in: BeckOK BGB, 63. Ed. 1.8.2022, § 826 Rdn. 107 f. Generell für eine Ablösung des § 826 BGB durch eine Haftung wegen Treuepflichtverletzung: IMMENGA, in: FS 100 Jahre GmbHG, 1992, 189, 191; MESTMÄCKER, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 334; krit. FLUME, ZIP 1996, 161, 164 f.; ALTMIPPEN, NJW 1995, 1749 f.

2. Im Einziehungsfall ergibt sich besonderes Konfliktpotential daraus, dass der von der Einziehung betroffene Gesellschafter nach Einreichung der geänderten Gesellschafterliste von der Ausübung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte ausgeschlossen ist. Unerheblich hierfür ist die Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit der Einziehung. Maßgeblich ist allein der Verlust der Listenposition.

3. Der zwischenzeitliche Befugnisverlust wirkt permanent. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Einziehung können die verbleibenden Gesellschafter die Gesellschaft unter Ausschluss ihres von der Einziehung betroffenen Mitgesellschafters fortführen. Gesellschafterbeschlüsse, einschließlich solcher über Strukturmaßnahmen, bleiben wegen der negativen Legitimationswirkung der Gesellschafterliste selbst dann wirksam, wenn später die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses gerichtlich festgestellt oder dieser erfolgreich angefochten wird.

3. Eine einseitige Benachteiligung der Eigentumsinteressen des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters gegenüber dem Gesellschaftsinteresse an der Rechtsklarheit über die Beteiligungsverhältnisse und der unternehmerischen Freiheit der verbleibenden Gesellschafter ist mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unvereinbar. Nach dem Gebot gerechter Abwägung ist den Eigentumsinteressen des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters durch Gewährung effektiven Rechtsschutzes sowie materielle Ausgleichsregelungen Rechnung zu tragen.

4. Die Möglichkeit des betroffenen Gesellschafters, gegen die Listenänderung und damit den zwischenzeitlichen Befugnisverlust im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen, genügt dem Gebot effektiven Rechtsschutzes. Die nur summarische Prüfung im einstweiligen Rechtsschutz ist als allgemeines Prozessrisiko hinzunehmen.

5. Der materielle Ausgleich für den zwischenzeitlichen Befugnisverlust erfolgt zunächst im Wege einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der auf Seiten der verbleibenden Gesellschafter eingetretenen rechtsgrundlosen Bereicherung. Hierbei handelt es sich zumeist um überbezahlte Gewinne, die als Folge ihrer laut Gesellschafterliste erhöhten Beteiligungsquoten an die verbleibenden Gesellschafter geleistet wurden. Diese sind gemäß § 816 Abs. 2 BGB an den von der fehlerhaften Einziehung betroffenen Gesellschafter herauszugeben.

6. Der schadensrechtliche Ausgleich folgt aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht. Aufgrund der weitreichenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste und der hierdurch gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern besteht eine rückwirkende Treuepflicht (zur Rückwirkung siehe These 7) der verbleibenden Gesellschafter, auf die Sicherungsinteressen ihres Mitgesellschafters bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung über die Einziehung Rück-

sicht zu nehmen. Die Gesellschafter sind demnach verpflichtet, nur solche Beschlüsse zu fassen, die für den üblichen Geschäftsgang in der Gesellschaft erforderlich sind. Darüberhinausgehende Maßnahmen, wie insbesondere Satzungsänderungen und Kapitalmaßnahmen, sollen nur dann beschlossen werden, wenn ohnehin eine Zustimmungspflicht des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters bestünde.

7. Die Annahme einer Rücksichtnahmepflicht während der Rechtshängigkeit des Verfahrens um die Einziehung beeinträchtigt nicht die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft. Denn die Rücksichtnahmepflicht ist nur eine rückwirkende. Es bleibt den verbleibenden Gesellschaftern unbenommen, unter Ausnutzung der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG Gesellschafterbeschlüsse jedweder Art zu fassen. Einzig besteht das Risiko, dass sich die Einziehung als nichtig oder anfechtbar herausstellt und zwischenzeitlich gefasste Gesellschafterbeschlüsse eine Schadensersatzpflicht auslösen.

8. Art und Umfang des Schadensersatzes bestimmen sich nach allgemeinen Regeln. Es ist der Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit hat der von der Einziehung betroffene Gesellschafter nach seiner Rückkehr in die formale Gesellschafterstellung einen Anspruch auf Umkehr der zwischenzeitlich beschlossenen Maßnahmen. Der Anspruch richtet sich gegen diejenigen Gesellschafter, die gegen die Rücksichtnahmepflicht verstoßen haben.

9. Ist eine Umkehr der beschlossenen Maßnahmen unmöglich, etwa bei Veränderungen in der Beteiligungsstruktur der Gesellschaft, ist dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter ein gegebenenfalls hierdurch entstandener Vermögensschaden zu ersetzen. Fehlt es an einem Vermögensschaden, bleibt die Verletzung der Rücksichtnahmepflicht sanktionslos.

10. Der Anspruch auf Schadensersatz steht unter dem Vorbehalt, dass er nicht unter Missachtung der Rücksichtnahme ausgeübt werden darf, die der von der Einziehung betroffene Gesellschafter wiederum der Gesellschaft und seinen Mitgesellschaftern schuldet. Hierzu gehört, den Restitutionsanspruch ohne treuwidrige Verzögerung geltend zu machen. Treuepflichtbedingte Schranken bestehen zudem dann, wenn das Interesse des anspruchsberechtigten Gesellschafters an der Umkehr einer durchgeführten Maßnahme außer Verhältnis zu hierdurch bei der Gesellschaft gegebenenfalls eintretenden Schäden stehen würde oder eine Umkehr der Maßnahme mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre.