

Die Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer im Recht der GmbH

Zugleich Bespr. von BGH 25.1.2022 – II ZR 50/20, NZG 2022, 516

Der Beitrag geht aus Anlass eines aktuellen Urteils des II. Zivilsenats des BGH der Frage nach, ob und unter welchen Voraussetzungen Gesellschafter einer GmbH einen Fremdgeschäftsführer ihrer Gesellschaft wegen pflichtwidriger Amtsführung unmittelbar durch Klage in Anspruch nehmen können. Die Folgen des Urteils für die Prozesspraxis werden in den Blick genommen, ebenso noch offene Fragen zur Gesellschafterklage bei der GmbH.

I. Einleitung

Geschäftsführer einer GmbH haben nach § 43 I GmbHG in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden. Verletzen sie dabei ihre „Obliegenheiten“ (Pflichten), haften sie der Gesellschaft für den entstandenen Schaden, § 43 II GmbHG. Die Geschäftsführerhaftung nach dieser Norm ist daher eine Binnenhaftung gegenüber der GmbH. Auch andere Anspruchsgrundlagen, die eine Haftung der Geschäftsführer bestimmen, sehen in der Regel eine Binnenhaftung vor^[1]. In dieses Bild der hauptsächlichen Binnenverantwortlichkeit fügt sich der Leitsatz der hier besprochenen, für die Veröffentlichung in BGHZ bestimmten Entscheidung, wonach ein Gesellschafter einer GmbH Ansprüche der Gesellschaft aus § 43 II GmbHG grundsätzlich nicht im eigenen Namen geltend machen kann^[2]. Bei der Lektüre des Leitsatzes sticht besonders das Wort „grundsätzlich“ hervor. Es kommen also auch nach dem Rechtsstandpunkt des II. Zivilsenats des BGH (im Folgenden: Senat) Ausnahmen von der Regel in Betracht. Praktisch bedeutsam wird die Frage nach den Ausnahmen dann, wenn die Gesellschafter über die Inanspruchnahme des Geschäftsführers uneinig sind und der Mehrheitsgesellschafter eine Inanspruchnahme ablehnt, der oder die Minderheitsgesellschafter hingegen nicht.

II. Sachverhalt und Verfahrensgang des Besprechungsfalls

Der Sachverhalt des langjährig und mit zahlreichen Streitgegenständen und Facetten^[3] geführten Rechtsstreits, der nach wechselseitigen Nichtzulassungsbeschwerden nur zu einem Teil in die Revisionsinstanz gelangte, war prototypisch gelagert. Der Kläger des Rechtsstreits, ein in Südkorea ansässiger Unternehmer, war mit 20 Prozent an der im Inland ansässigen GmbH beteiligt^[4]. Diese war bereits Jahre vor Beginn des Rechtsstreits aufgelöst worden und befand sich seither in Liquidation^[5]. Der Beklagte zu 1 war Geschäftsführer der GmbH. Die aus anderen Gründen ebenfalls verklagte, im Revisionsverfahren aber nicht mehr als Partei beteiligte Beklagte zu 2 war die Mehrheitsgesellschafterin und hielt die restlichen 80 Prozent der Geschäftsanteile^[6].

Das Geschäftsmodell der GmbH iL hatte darin bestanden, von der Beklagten zu 2 geliefertes Schweinefleisch nach Südkorea zu exportieren. Die Sicherung der Kaufpreisforderungen erfolgte

durch eine Akkreditivkonstruktion, die sich jedoch nicht als tragfähig erwies. Es kam zu Forderungsausfällen in Höhe von fast 1 Mio. Euro. Der von dem Kläger an den Beklagten zu 1 gerichtete Vorwurf war, die Forderungen der GmbH aus den Exportgeschäften nicht ausreichend sichergestellt zu haben. Den auf § 43 II GmbHG gestützten Schadensersatzanspruch der GmbH machte er selbst im Wege der Klage gegen den Beklagten zu 1 geltend, allerdings gerichtet auf Leistung an die GmbH^[7]. Die Beklagte zu 2 wollte diese Klage nicht.

Das LG hatte die Klage abgewiesen. Dieses sah die Klage zwar als zulässig an, lehnte aber eine Pflichtverletzung des Beklagten zu 1 ab^[8]. Das Berufungsgericht teilte die Annahme der Zulässigkeit, wertete aber hinsichtlich der Begründetheit anders, änderte das Urteil des LG ab und verurteilte den Beklagten zu 1 voll^[9]. Der Kläger könne im Wege der actio pro socio Schadensersatzansprüche der GmbH iL gegen den Beklagten zu 1 geltend machen. Eines Gesellschafterbeschlusses nach § 46 Nr. 8 GmbHG habe es hierzu nicht bedurft. Ein solcher Beschluss sei zum einen entbehrlich gewesen, weil die Gesellschaft liquidiert worden sei und seit dem Jahr 2012 keine Geschäftstätigkeit mehr entfaltet habe. Eine Beschlussfassung wäre zum anderen eine sinnlose Förmerei gewesen, weil der Beklagte zu 1 als damaliger Geschäftsführer oder Prokurist anderer Gesellschaften aus dem Konzern der Beklagten zu 2 in deren Lager stehe. Mit einer Beschlussfassung im Sinne des Klägers sei angesichts der Mehrheitsverhältnisse nicht zu rechnen gewesen. Der Beklagte zu 1 sei der Gesellschaft auch materiell-rechtlich zum Schadensersatz verpflichtet^[10].

III. Die Entscheidung des Senats

Der Senat hält die gemeinsame Auffassung der beiden Vorinstanzen für falsch, das Urteil des LG aber im Ergebnis für richtig. Er ließ daher auf die Beschwerde des Beklagten zu 1 hin die Revision zu, hob in dem noch streitgegenständlichen Umfang das Berufungsurteil auf und wies die Berufung des Klägers zurück. Damit wurde die klageabweisende Entscheidung des LG wiederhergestellt.

1. Der Senat legt dar, das Berufungsgericht habe die Zulässigkeit der zugunsten der GmbH iL erhobenen Klage zu Unrecht bejaht. Für die im eigenen Namen erhobene Klage fehle dem Kläger die Prozessführungsbefugnis. Ein Gesellschafter einer GmbH könne Ansprüche der Gesellschaft aus § 43 II GmbHG gegen ihren Fremdgeschäftsführer grundsätzlich nicht im eigenen Namen geltend machen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts könne der Kläger seine Klagebefugnis nicht auf eine actio pro socio stützen, weil der Beklagte zu 1 nicht Gesellschafter der GmbH iL sei. Eine actio pro socio sei nur dann anerkannt, wenn es um die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Gesellschaftsverhältnis durch einen Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft gehe. Für diese Klage reiche es nicht aus, wenn nur die Gesellschaft zu dem Beklagten zu 1 in einer Sonderrechtsbeziehung stehe^[11].

Auch der Gesellschafter einer GmbH sei bei grundsätzlichem Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen. Diese Klagebefugnis erstrecke sich jedoch grundsätzlich nicht auf Ansprüche gegen den Geschäftsführer, der nicht auch Gesellschafter der GmbH sei. Ein Gesellschafter sei im Allgemeinen nicht befugt, den Schaden,

den ein Dritter, der nicht in einer gesellschaftsrechtlichen Sonderbeziehung zu ihm stehe, der GmbH zugefügt habe, als eigenen geltend zu machen („actio pro societate“)^[12]. Ein Ausnahmefall, in dem nach der Rechtsprechung des Senats im Personengesellschaftsrecht die Gesellschafterklage gegen einen dritten Gesellschaftsschuldner zulässig sei, sei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gegeben. Es könne daher auf sich beruhen, ob diese Rechtsprechung auch auf die GmbH anzuwenden und auf den Fremdgeschäftsführer zu erstrecken sei^[13].

2. Eine Öffnung der Gesellschafterklage für Ansprüche der Gesellschaft gegen den Fremdgeschäftsführer sei auch im Allgemeinen nicht angezeigt. Die Zulässigkeit einer Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer lasse sich nicht mit einer treuhänderischen Sonderrechtsbeziehung oder organstreitähnlichen Binnenbeziehung begründen. Es gehe auch nicht um eine Gleichbehandlung zwischen „verklagbaren“ Gesellschafter-Geschäftsführern einerseits und Fremdgeschäftsführern andererseits. Aus § 148 AktG lasse sich für die Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer ebenfalls nichts gewinnen. Gleiches gelte für die am 1.1.2024 in Kraft tretende Regelung des § 715b I 2 BGB, die für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine vergleichbare Klagemöglichkeit vorsehe. Mehr Gewicht hätten zwar Effektivitäts- und Praktikabilitätsabwägungen; diese seien aber ebenfalls nicht durchgreifend^[14].

Der Minderheitsgesellschafter könne, wenn es die Gesellschaftermehrheit treuwidrig unterlasse, Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen, Schadensersatz im Wege der actio pro socio gegen den Mehrheitsgesellschafter geltend machen. Danach noch verbleibende Erschwernisse seien als rechtsformtypisch hinzunehmen. Ob schließlich Fallgestaltungen denkbar seien, in denen die Rechtsverfolgung über die Verbindung von Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage hinter den Erfordernissen effektiven Rechtsschutzes zurückbleibe und dem Gesellschafter deshalb die Klage gegen den Fremdgeschäftsführer eröffnet sei, müsse aus Anlass des Streitfalls nicht entschieden werden. Ein solcher Fall liege hier nicht vor^[15].

IV. Stellungnahme

1. Grundsätzliches

Der Senat hat aus Anlass des Streitfalls die hier näher betrachtete Frage herausgegriffen^[16] und seinen Rechtsstandpunkt zu der Reichweite der Gesellschafterklage in der GmbH in Fortbildung des Rechts – jedenfalls im Grundsätzlichen – klargestellt. Der Senat geht von seiner langjährigen (ständigen) Rechtsprechung aus, wonach es die Gesellschafterklage dem Grunde nach auch in dem Recht der GmbH gibt^[17]. Das gilt sowohl für die Klage eines GmbH-Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter aus der gesellschaftlicher Treupflicht als auch für die Klage gegen einen Gesellschafter-Geschäftsführer. In der Verletzung von Organpflichten eines Gesellschafter-Geschäftsführers kann nämlich zugleich eine Verletzung der gesellschaftlicher Treupflicht liegen. Diese Klagen stehen aber unter dem Vorbehalt der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft, mithin des Primats der Gesellschafterversammlung^[18]. Die Direktklage ist also auch in diesem Bereich die Ausnahme von der Regel, für die besondere Gründe sprechen müssen.

Diesen Ausgangspunkt lässt der Senat in seinem neuen Urteil unangetastet. Höchsttrichterliches Neuland ist aber die Frage, ob der Anwendungsbereich der Gesellschafterklage darüber hinausgeht und auch Klagen gegen den Fremdgeschäftsführer (oder gar gegen sonstige Dritte) erfasst. Der Senat bezeichnet diese Form der Gesellschafterklage in begrifflicher Abgrenzung zur „actio pro socio“ als „actio pro societate“. Diese Direktklage wird von der (bislang) wohl überwiegenden Mehrheit im Schrifttum befürwortet, allerdings mit Unterschieden im Einzelnen^[19]. Es gibt aber auch zahlreiche ablehnende Stimmen^[20]. Auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung ist keine klare Richtung ersichtlich. Beide Vorinstanzen waren jedoch ohne großes Schwanken von der Zulässigkeit der actio pro societate ausgegangen^[21]. Der Streitfall war und ist daher für eine Leitentscheidung des Senats geradezu prädestiniert.

2. Zur Entscheidungsreife des Rechtsstreits

Vor der Erörterung „der Sache selbst“, also des materiell-rechtlichen Kerns des Urteils, sei aber ein Blick auf einen verfahrensrechtlichen Aspekt gerichtet, dem die meisten am Gesellschaftsrecht interessierten Leser keine besondere Aufmerksamkeit schenken dürften. Am Ende seines Urteils gelangt der Senat zu dem Ergebnis, das Berufungsurteil sei (in dem Umfang der Revisionszulassung) aufzuheben. Er könne in der Sache selbst entscheiden, da sie zur Endentscheidung reif sei^[22]. Zu dieser Auffassung gelangt der Senat deshalb, weil ein Ausnahmefall, in dem nach seiner Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht die Gesellschafterklage gegen einen dritten Gesellschaftsschuldner zulässig sei, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gegeben sei. Das Berufungsgericht habe keine Beteiligung des Geschäftsführers, des Beklagten zu 1, an dem von dem Kläger behaupteten gesellschaftswidrigen Verhalten der Mehrheitsgesellschafterin, der Beklagten zu 2, ihn nicht haftbar zu machen, festgestellt. Ebenso wenig habe es „beurkundet“ (iSv § 314 ZPO), dass der Kläger dahingehenden Vortrag gehalten habe. Die pauschale Feststellung allein, dass der Beklagte zu 1 im Lager der Mehrheitsgesellschafterin gestanden habe, genüge nicht^[23].

Das klingt auf den ersten Blick überzeugend. Bei einem zweiten, näheren Blick muss man allerdings feststellen, dass Zweifel an der Entscheidungsreife bestanden. Auf den von dem Senat vermissten Vortrag kam es beiden Vorinstanzen überhaupt nicht an, da ihnen das unstreitige Näheverhältnis des Geschäftsführers der GmbH zu deren Mehrheitsgesellschafterin unter den Umständen des Streitfalls genügte, die Zulässigkeit der actio pro societate zu bejahen. Der Kläger hatte insoweit durchaus vorgetragen, was für beide Tatgerichte aber nicht entscheidungserheblich war. Das Fehlen dahingehender Feststellungen in dem Berufungsurteil (wie bereits in dem Urteil des LG) war daher ebenfalls nicht verwunderlich. Der Kläger hätte hierzu aber auch noch mehr vortragen können und hätte dies auch getan, wenn er – was natürlich nicht möglich war – den Rechtsstandpunkt des Senats in den Tatsacheninstanzen bereits gekannt oder der Senat nicht den Schlussstrich unter den Rechtsstreit gezogen hätte. Es spricht daher viel dafür, dass der Senat die Sache unter Aufhebung des Berufungsurteils in dem hier betrachteten Punkt zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht hätte zurückverweisen sollen. Der Kläger hat wegen der von ihm angenommenen Verletzung seines Verfahrensgrundrechts aus Art. 103 I GG jedenfalls Verfassungsbeschwerde eingelegt. Ganz zu Ende ist der hier gegenständliche Rechtsstreit also noch nicht.

3. Die argumentative Linie des Senats

Im Anschluss an die Beurteilung des zugrunde liegenden Streitfalls (s. insbes. Urteil, Rn. 17) wendet sich der Senat in der Form einer einem obiter dictum ähnelnden ergänzenden Begründung der grundsätzlichen Frage der Öffnung der Gesellschafterklage für Ansprüche der Gesellschaft gegen den Fremdgeschäftsführer zu. Diese Öffnung sei im Allgemeinen nicht angezeigt^[24]. Der dabei angestellte Rundblick ist weit und nimmt sowohl „rechtsvergleichend“ nicht nur die GmbH, sondern auch andere Gesellschaftsformen in den Blick^[25]. Zudem werden auch Fragen der Praktikabilität erwogen^[26].

a) Rechtsargumente

- aa) Zunächst betrachtet und bewertet der Senat Stimmen aus dem Schrifttum zur GmbH, welche die Zulässigkeit der Gesellschafterklage in Fällen wie dem vorliegenden aus dem GmbH-Recht selbst und namentlich aus der Amtsstellung des Geschäftsführers herleiten wollen. Stichworte für die von dem Senat referierten Literaturstimmen sind „treuhänderische Sonderrechtsbeziehung“, „organstreitähnliche Binnenbeziehung“ zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer, Anspruch der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer als „Sozialanspruch“ und „Gleichbehandlung“ von Gesellschafter-Geschäftsführern und Fremdgeschäftsführern. Alle diese Gesichtspunkte reichen dem Senat für die Bejahung der Zulässigkeit der actio pro societate nicht aus^[27].

Dem wird man zustimmen dürfen. Geschäftsführer sind zwar in dem Verhältnis zur GmbH und deren Gesellschaftern nicht fremde Dritte, sondern über eine „Kette“ von zwei Rechtsbeziehungen, dem Gesellschaftsverhältnis und dem Organverhältnis, miteinander verbunden. Diese Verbindungskette allein für die Zulässigkeit der actio pro societate ausreichen zu lassen, erscheint zu liberal. Damit würde der von dem Gesetz (§ 46 Nr. 8 GmbHG) zugunsten von (Minderheits-)Gesellschaftern vorgesehene Weg über die Gesellschafterversammlung stark ausgehöhlt. Auch das Argument der Gleichbehandlung überzeugt nicht. Gesellschafter-Geschäftsführer sind eben auch Gesellschafter, Fremdgeschäftsführer hingegen nicht. Einen durchgreifenden Grund für eine Gleichbehandlung gibt es daher nicht. Das bedeutet aber nicht, dass die Literaturstimmen, denen der Senat eine Absage erteilt, unvertretbar wären. Der Senat räumt der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung „nur“ einen höheren Stellenwert ein als das einschlägige Schrifttum.

- bb) Zustimmung verdient auch der Standpunkt des Senats, der eine Analogie oder Anlehnung an das aktienrechtliche Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG für nicht angezeigt hält. Die Regelung ist sehr detailliert und speziell auf die AG (oder KGaA) zugeschnitten; sie passt daher für die GmbH nicht^[28]. Richtig ist auch der Hinweis des Senats, dass GmbH-Gesellschafter in der Regel weniger schutzbedürftig sind als Aktionäre, obwohl die Schutzbedürftigkeit auch stark von der konkreten Anteilseignerstruktur der AG oder der GmbH abhängt. Allerdings ist dieses Argument ambivalent, man kann es auch umkehren: Obwohl Aktionäre im Prinzip die schwächeren Gesellschafter sind, hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, diesen ein Klagezulassungsverfahren an die Hand zu geben, das in dem (weniger regulierten) GmbH-Recht

keine Entsprechung findet. Das kann man als Regelungslücke bewerten oder darin einen höchstrichterlichen Gestaltungsauftrag sehen^[29].

cc) Sehr interessant ist auch der Hinweis des Senats auf den mit dem MoPeG für die GbR kommenden § 715b I 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann jeder GbR-Gesellschafter einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Dritten geltend machen, wenn es der dazu berufene geschäftsführungsbefugte Gesellschafter pflichtwidrig unterlässt und der Dritte an dem pflichtwidrigen Unterlassen mitwirkte oder es kannte. Diese Regelung geht über die hier erwogene actio pro societate hinaus, da sie nicht nur Fremdgeschäftsführer erfasst, sondern auch sonstige Dritte. Der Senat sieht diese Regelung indes ebenfalls nicht als Vorlage für die GmbH, sondern als Kodifizierung vorhandener Rechtsprechung und „Beitrag zur Institutionenbildung“. Hieraus einen Eigenauftrag zur weiteren Institutionenbildung im Recht der GmbH abzuleiten, lehnt der Senat ab^[30].

dd) Jedes der vorgenannten Argumente des Senats gegen die actio pro societate hat durchaus Gründe für sich. Je länger aber die Suche bei anderen Rechtsformen andauert, desto mehr baut sich ein überraschender Eindruck auf: Bei etlichen anderen Gesellschaftsformen ist, wie dargelegt, die actio pro societate im Prinzip bekannt und hat einen gewissen Anwendungsbereich. Nur bei der GmbH soll die Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer (grundsätzlich) ausgeschlossen sein.

b) Effektivitäts- und Praktikabilitätserwägungen

aa) Der Senat sieht, vor diesem Hintergrund erfreulich, nach seinem negativen dogmatischen Rundblick noch einen weiteren Aspekt, um die Gesellschafterklage zu rechtfertigen, nämlich durch Effektivitäts- und Praktikabilitätserwägungen. Diesen misst der Senat sogar mehr Gewicht bei^[31], was bei einem Revisionsgericht fast ein wenig überrascht. Das Ergebnis dieser Überlegungen ist jedoch vorgezeichnet: Wenn der Senat keine hinreichenden Rechtsgründe für die Anerkennung der actio pro societate gegen den Fremdgeschäftsführer sieht, kann er die Gesellschafterklage auch schwerlich deshalb anerkennen, weil diese einfach und praktisch sein kann.

bb) In diese Richtung verläuft sodann auch die Argumentation des Senats. Die dem einzelnen Gesellschafter in dem Interesse effektiver Anspruchsdurchsetzung zuzubilligende Klagekompetenz gehe zwangsläufig mit einer Entwertung der Kompetenzen der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 8 Alt. 1 GmbHG einher. Diese möge gute Gründe dafür haben, von der Verfolgung vermeintlicher, fragwürdiger und sogar zweifelsfreier Ansprüche gegen den Fremdgeschäftsführer abzusehen. Die Abwägung zwischen Anspruchsverfolgung einerseits und möglicherweise negativer Öffentlichkeitswirkung des Rechtsstreits andererseits habe die Gesellschafterversammlung zu treffen. Daher sei es vorzugswürdig, den Streit um die Anspruchsverfolgung zwischen den Gesellschaftern auszutragen. Weigere sich die Gesellschafterversammlung, den Anspruch gegen den Fremdgeschäftsführer zu verfolgen, könne jeder Gesellschafter die Rechtsverfolgung durch Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage erzwingen^[32].

Der Minderheitsgesellschafter könne zudem, wenn die Gesellschaftermehrheit es treuwidrig unterlasse, Ansprüche der Gesellschaft geltend zu machen, Schadensersatz im Wege der actio pro socio gegen die Mehrheitsgesellschafter geltend machen. Danach noch verbleibende Erschwernisse

gegenüber der Direktklage rechtfertigten sich grundsätzlich daraus, dass jeder Gesellschafter seine Mitgliedschaft bereits mit den sich aus der gesellschaftsrechtlichen Binnenverfassung ergebenden Beschränkungen seiner Mitgliedschaftsrechte erworben habe ^[33].

- cc) Zusammengefasst bedeuten diese Darlegungen, dass auch Effektivitäts- und Praktikabilitätserwägungen die Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer in der Regel nicht zulässig machen. Der (Minderheits-)Gesellschafter muss das Anliegen der Geschäftsführerklage in die Gesellschafterversammlung bringen und gegen eine (absehbare) Ablehnung durch die Gesellschaftermehrheit klagen. Erst nach erfolgreicher (Beschlussfeststellungs-)Klage kann die Klage gegen den Geschäftsführer erhoben werden. Die Verjährung des Anspruchs aus § 43 II GmbHG gegen den Geschäftsführer von fünf Jahren (§ 43 IV GmbHG) wird durch den Beschlussmängelstreit nicht gehemmt. Für den Minderheitsgesellschafter ist daher die Inanspruchnahme eines pflichtwidrig handelnden Geschäftsführers nicht nur ein aufwändiges und langwieriges, sondern auch ein zeitkritisches Projekt. Die Antwort des Senats darauf ist: So ist es eben bei der GmbH.

V. Der verbleibende Anwendungsbereich der *actio pro societate*

Der Senat hat in dem vorliegenden Fall die Gesellschafterklage abgelehnt. Wie dargelegt, steht er ihr aber auch im Grundsätzlichen ablehnend gegenüber. Doch wo Grundsätze sind, kann es auch Ausnahmen geben. Dies betont auch der Senat: Ob Fallgestaltungen denkbar seien, in denen die Rechtsverfolgung über die Verbindung von Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage hinter den Erfordernissen effektiven Rechtsschutzes zurückbleibe und dem Gesellschafter deshalb die Klage gegen den Fremdgeschäftsführer eröffnet sei, sei hier nicht zu entscheiden. Ein solcher Fall liege nicht vor ^[34]. Diese „Öffnungsklausel“ hat keine näheren Konturen; Überlegungen, welche Fallgestaltungen der Senat als „direktklagewürdig“ ansehen würde, sind daher naturgemäß spekulativ. Zwei Fallgestaltungen könnten allerdings in Betracht kommen:

1. Abgestimmtes Verhalten von Fremdgeschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter

Der Senat führt aus, eine Beteiligung des Beklagten zu 1 an dem behaupteten gesellschaftswidrigen Verhalten der Beklagten zu 2 als Mehrheitsgesellschafterin, ihn nicht wegen der unzureichenden Besicherung der Warenlieferungen haftbar zu machen, habe das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die pauschale Feststellung allein, dass der Beklagte zu 1 in dem Lager der Zweitbeklagten gestanden habe, erfülle den Beteiligungstatbestand nicht ^[35]. Diese Ausnahme in dem Fall des Zusammenwirkens hat der Senat bereits in Fällen zur GbR bejaht ^[36]. Erinnert sei ferner an den bereits erwähnten künftigen § 715b I 2 BGB-MoPeG, den der Senat selbst erwähnt und der ebenfalls in diese Richtung weist.

Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass der Senat bei einer solchen Sachlage der Zulässigkeit der Gesellschafterklage gegen den Fremdgeschäftsführer nähertreten würde. Dabei dürfte ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem oder den Mehrheitsgesellschaftern und dem Fremdgeschäftsführer zulasten der Gesellschafterminderheit ausreichend sein. Aber auch unterhalb dieses Niveaus könnte es Fälle geben, in denen die Gesellschafterklage zulässig sein könnte. Die Sachlage in diesen Fällen erinnert an die Grundstruktur der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO:

Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auf der Seite des (späteren) Schuldners, Kenntnis davon bei dem Anfechtungsgegner.

Allerdings sind solche Fälle leichter in der Theorie konstruiert als in der forensischen Praxis erfolgreich dargelegt. Der Minderheitsgesellschafter dürfte in der Regel wenig Einblick in die Beziehung des Mehrheitsgesellschafters zu „seinem“ Fremdgeschäftsführer sowie dortige bilaterale Absprachen und Kenntnisse haben. Es ist daher nicht leicht für ihn, insoweit substantiiert vorzutragen. Möglicherweise wäre dieser asymmetrischen Informationslage durch eine sekundäre Darlegungslast^[37] des Fremdgeschäftsführers zu begegnen. Wie aber die Vortragslast konkret zu verteilen wäre, bleibt auf der Grundlage des Senatsurteils unklar.

2. Die GmbH in der Liquidation

Eine weitere Fallgestaltung für die Gesellschafterklage könnte die in der Liquidation befindliche GmbH sein. Bei dieser spielt die Frage der Reputation, die durch eine öffentliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers in Mitleidenschaft gezogen werden könnte, keine Rolle mehr. Haftet der Fremdgeschäftsführer wegen Pflichtverletzungen, so macht es gerade in dem Liquidationsverfahren Sinn, die Liquidationsmasse möglichst schnell aufzufüllen. Dieser Gesichtspunkt war es auch, den das Berufungsgericht in dem vorliegenden Fall zu der Begründung seiner Auffassung herangezogen hat, die Gesellschafterklage sei zulässig^[38].

Es ist gleichermaßen erstaunlich und unklar, aus welchem Grund der Senat diese Frage in den Entscheidungsgründen seines Urteil nicht erörtert, obwohl er selbst in dem Tatbestand seines Urteils festgestellt hat, dass sich die hiesige GmbH in der Phase der Liquidation befand. Dies eröffnet Spekulationen darüber, wie dieser Umstand zu interpretieren ist. So könnte angenommen werden, dass das Schweigen des Senats bewusst gewählt wurde und daher für die GmbH iL nach der Auffassung des Senats keine anderen Grundsätze gelten als für die werbende GmbH. Hiervon ausgehend gibt es diese Fallgruppe nicht. Möglich ist aber auch die Interpretation, dass die Liquidationsphase (mit dem Berufungsgericht) durchaus ein Anwendungsfall der Gesellschafterklage ist, der Senat aber deshalb nicht näher darauf eingegangen ist, weil es seiner Auffassung nach in dem Streitfall darauf nicht ankam. Offen bleibt aber, warum es darauf nicht ankommen soll. Der Senat hat in diesem Punkt den ihm zur Entscheidung vorliegenden Fall leider nicht ausgeschöpft, obwohl er mit einigen Sätzen für weitere richtungsweisende Orientierung hätte sorgen können.

VI. Folgerungen für die Prozesspraxis

Unabhängig von der Bewertung einer höchstrichterlichen Entscheidung muss die Praxis sich an dieser ausrichten. Es stellt sich daher die Frage, wie mit der Gesellschafterklage gegen Fremdgeschäftsführer bei der GmbH umzugehen ist.

1. Schwebende Rechtsstreitigkeiten

Es mögen derzeit weitere Rechtsstreitigkeiten schweben, die ebenfalls eine (Minderheits-)Gesellschafterklage gegen einen Fremdgeschäftsführer zum Gegenstand haben. In diesen Fällen ist angesichts des nunmehr vorliegenden Senatsurteils zu prüfen, ob qualifizierte

Umstände vorliegen und vorgetragen worden sind, wonach der Fremdgeschäftsführer an einer Vereitelung seiner Inanspruchnahme durch den oder die Mehrheitsgesellschafter mitgewirkt hat. Stets wird man dabei auch den Gesichtspunkt bedenken müssen, dass ein Mehrheitsgesellschafter durch die Vereitelung der Inanspruchnahme des pflichtwidrig handelnden Geschäftsführers auch (oder sogar überwiegend) sich selbst schädigt. Hier gilt es, im konkreten Fall darzulegen, was die Gründe hierfür sind. Neuer Vortrag mit Rücksicht auf das Senatsurteil dürfte auch in der Berufungsinstanz nach § 531 II 1 Nr. 3 ZPO zulässig sein. Dieser Vortrag ist für den Minderheitsgesellschafter sicherlich nicht leicht, da, wie bereits erwähnt, der Einblick in das Verhältnis des oder der Mehrheitsgesellschafter zu dem Fremdgeschäftsführer in der Regel begrenzt sein dürfte. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Kläger zwar nicht ins Blaue hinein vortragen darf, er aber auch Vortrag leisten kann, von dem er selbst keine sichere Kenntnis hat ^[39]. Man kann aber darauf hoffen, dass die Tatgerichte angesichts dieser asymmetrischen Informationslage eine sekundäre Darlegungslast bei dem Fremdgeschäftsführer annehmen. Sicher ist dies allerdings nicht. Die Erfolgsaussichten dieser schwebenden Verfahren sind daher (noch) schwieriger geworden; völlig aussichtslos sind sie aber nach wie vor nicht.

Gleiches dürfte für Direktklagen in Liquidationslagen wie der vorliegenden gelten. Hier kann man darauf hoffen, dass der Senat doch noch den Gesichtspunkt der Effektivität der *actio pro societate* höher bewertet als die Einhaltung der gesetzlichen Legalordnung. Eine ausdrückliche Absage an den Rechtsstandpunkt der Vorinstanzen in diesem Rechtsstreit durch den Senat liegt jedenfalls noch nicht vor.

In allen anderen Fällen dürfte die *actio pro societate* gegen den Fremdgeschäftsführer aussichtslos geworden sein. Die Rücknahme der Klage liegt nahe. Ferner ist zu prüfen, ob noch Zeit ist, den von dem Senat gewiesenen Weg über die Gesellschafterversammlung mit anschließender Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage zu gehen. Mit Rücksicht auf die neue Sachlage durch das Senatsurteil dürfte der Vorwurf der Mehrheitsgesellschafter, die angeblichen Pflichtversäumnisse des Fremdgeschäftsführers lägen inzwischen Jahre zurück, nicht verfangen. Eine andere Frage ist, ob die nunmehr als unzulässig erkannte *actio pro societate* bei einer nach weiteren Jahren des Binnenstreits erhobenen Klage der GmbH gegen den Fremdgeschäftsführer bei der Verjährung des Haftungsanspruchs nach § 43 IV GmbHG zu berücksichtigen ist. Dies dürfte zu bejahen sein, da der nämliche Anspruch rechtshängig gemacht wird und auch die unzulässige Klage die Verjährung grundsätzlich hemmt ^[40]. Eindeutig ist dies jedoch nicht; es könnte daher zeitlich eng werden.

2. Neue Gesellschafterklagen

Neue Direktklagen gegen den Fremdgeschäftsführer außerhalb der geschilderten Ausnahmefälle sind nach dem Senatsurteil von vornherein aussichtslos und haben daher zu unterbleiben. Aber auch in dem Bereich dieser Fallgruppen muss sich der Minderheitsgesellschafter angesichts der restriktiven Haltung des Senats fragen, ob die Direktklage nicht eher eine prozessuale Liebhabelei ist und doch der langwierigere Weg über die Gesellschafterversammlung bestritten wird. Der Minderheitsgesellschafter kann auch erwägen, beides gleichzeitig zu tun, was aber den Verfahrensaufwand verdoppelt und damit auch wirtschaftlich fragwürdig ist. Es kann daher gut sein, dass den Senat aus dem Bereich dieser Direktklagen kein weiteres Fallmaterial mehr erreicht, weil für weitere Versuche in diese Richtung kein angemessenes Verhältnis von Aufwand und Nutzen mehr besteht. Auf alsbaldige weitere Klärung darf die Praxis jedenfalls nicht hoffen.

Bleibt es daher bei dem Weg über die Gesellschafterversammlung, stellt sich die Frage, ob es eine Möglichkeit gibt, die Verjährung des Anspruchs aus § 43 II GmbHG zu hemmen, bevor – was Jahre dauern kann – die Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage positiv beschieden und sodann die Klage gegen den Fremdgeschäftsführer erhoben wird. Der Binnenstreit allein dürfte, wie bereits erwähnt, die Verjährung nicht hemmen. Man kann daher erwägen, dem Fremdgeschäftsführer den Streit zu verkünden, um auf diesem Weg die Verjährung zu hemmen, § 204 I Nr. 6 BGB. Dies dürfte aber eher nicht zielführend sein, da die Sachlage des § 72 I ZPO gerade nicht vorliegt, sondern der umgekehrte Fall, dass der Binnenstreit positiv verlaufen muss, damit die Geschäftsführerklage angestrengt werden kann^[41]. Möglicherweise eröffnet weiteres Nachdenken, für das hier kein Raum ist, noch einen Weg. Sicher dürfte aber bereits jetzt sein, dass bei der Inanspruchnahme des Fremdgeschäftsführers nach dem Legalmodell Eile geboten ist.

VII. Resümee

1. Das hier besprochene Urteil ist für das GmbH-Prozessrecht wegweisend. Es hat die *actio pro societate* gegen den Fremdgeschäftsführer – und erst recht gegen fremde Dritte – weithin abgeschafft, was eine neue Erkenntnis ist und der Praxis eine Richtungsweisung bietet. Die besprochenen Unsicherheiten bleiben. Einhellige Zustimmung dürfte das Urteil nicht erfahren, was aber gewissermaßen in der Natur der Sache liegt. Der Senat konnte hier schlechterdings nicht jeden glücklich machen. Ob man das Urteil für richtig oder für falsch hält, hängt maßgeblich davon ab, ob man die Perspektive des Minderheits- oder diejenige des Mehrheitsgesellschafters einnimmt. Weiter ist maßgeblich, wie sehr man die Rechtsfortbildung der höchstrichterlichen Rechtsprechung anvertraut. Hier hat der Senat einen restriktiven, selbstbeschränkenden Standpunkt eingenommen; er wollte sich ersichtlich nicht zum Ersatzgesetzgeber aufschwingen. Das kann man kritisieren, ist aber zu respektieren.
2. Richtig befriedigend erscheint die derzeitige Rechtslage jedenfalls nach dem Empfinden des Verfassers nicht. Abschließend sei daher die Frage an den Gesetzgeber erlaubt, ob er sich des Themas nicht annehmen möchte. Nachdem er mit dem MoPeG das Personengesellschaftsrecht überarbeitet hat und der GbR den § 715b BGB beschenken wird, erscheint der Gedanke naheliegend, ob nicht eine ähnliche *renovatio legis* in dem Recht der GmbH ebenfalls passend wäre. In einer solchen Norm könnte, in den Worten des Senats, ein „Beitrag zur Institutionenbildung“ liegen. Die weitere Entwicklung auf dieser Schnittstelle von GmbH-Recht und Forensik muss daher noch nicht an einem Endpunkt angekommen sein.

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof in Karlsruhe. Er war Prozessbevollmächtigter des Klägers im Beschwerde- und Revisionsverfahren.

[1] Weiteres Beispiel: § 9a Abs. 1 GmbHG; Gegenbeispiel etwa: § 40 Abs. 3 GmbHG.

[2] Vgl. BGH NZG 2022, 516 Ls. u. 517 Rn. 9.

[3] Vgl. BGH BeckRS 2021, 36463, zum Thema Prozesskostensicherheit.

[4] Vgl. BGH NZG 2022, 516, unter Sachverhalt.

[5] Vgl. OLG Oldenburg, Urt. v. 24.01.2020 – 6 U 235/14, BeckRS 2020, 52467 Rn. 2 f. (Vorinstanz).

[6] Vgl. BGH NZG 2022, 516, unter Sachverhalt; OLG Oldenburg, BeckRS 2020, 52467 Rn. 3.

[7] Vgl. BGH NZG 2022, 516, unter Sachverhalt.

[8] Vgl. LG Oldenburg BeckRS 2014, 128205 Rn. 36, 48.

[9] Vgl. OLG Oldenburg BeckRS 2020, 52467, Tenor Ziff. 2 (dort fehlerhaft: „Beklagte zu 2“, was später berichtigt wurde).

[10] Näher BGH NZG 2022, 516, 517 Rn. 6; OLG Oldenburg BeckRS 2020, 52467 Rn. 48 ff., Rn. 91 ff.

[11] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 517 Rn. 7 – 12.

[12] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 517 Rn. 13 – 14.

[13] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 517 f. Rn. 15 – 17.

[14] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 f. Rn. 18 – 24.

[15] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 519 Rn. 25 – 27.

[16] Zu anderen, ebenfalls in das Beschwerdeverfahren getragenen Streitgegenständen hat der Senat die Revision nicht zugelassen.

[17] Vgl. BGH, Urt. v. 05.06.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 21 = NJW 1976, 191; BGH, Urt. v. 28.06.1982 – II ZR 199/81, ZIP 1982, 1203 = BeckRS 1982, 00651 Rn. 4, 9; BGH, Urt. v. 14.05.1990 – II ZR 185/89, WM 1990, 1240; BGH, Urt. v. 29.11.2004 – II ZR 14/03, NZG 2005, 216 = ZIP 2005, 320, 321, unter II. 1.

[18] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 517 Rn. 13.

[19] Vgl. etwa *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 13 Rn. 53; v. *Gerkan*, ZGR 1988, 441, 448 f.; *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 89 f.; *Krieger*, in: VGR Jahrestagung 1998, S. 111 ff., S. 122 f.; *Lönner*, Die actio pro socio im Recht der Kapital- und Personengesellschaften (Diss. Göttingen 2011), 2011, S. 213; *Raiser*, in: Habersack/Casper/ Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 14 Rn. 69; *K. Schmidt*, JuS 2018, 1105 f. (zur GmbH & Co. KG); *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 143; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 43 Rn. 363; *Verse*, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 14 Rn. 124; *Werner*, GmbHR 2017, 849, 853; *Wiegand-Schneider*, in: MünchHdbGesR, 6. Aufl. 2020, § 40 Rn. 10 f.; weitere Nachweise im Besprechungsurteil.

[20] Vgl. etwa *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 43 Rn. 98; *Ebbing*, in: Michalski/ Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 14 Rn. 101; *Fastrich*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 13 Rn. 38; *Kumkar*, NZG 2020, 1012, 1017 f.; *Lutz*, NZG 2015, 424, 427; *Merkt*, in: MüKo/GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 13 Rn. 335; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 13 Rn. 129; *Saenger*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 77; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 23; *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 408 f.; weitere Nachweise im Besprechungsurteil.

[21] Vgl. OLG Oldenburg, Urt. v. 24.01.2020 – 6 U 235/14, BeckRS 2020, 52467 Rn. 47 ff.; LG Oldenburg, Urt. v. 18.11.2014 – 15 O 472/14, BeckRS 2014, 128205 Rn. 37 f.; ablehnend demgegenüber OLG München, Urt. v. 10.12.2012 – 23 U 4354/12, NZG 2013, 947, 948, unter II. 3.

[22] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 519 Rn. 28.

[23] Vgl. BGH NZG 2022, 517 f. Rn. 17.

[24] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 Rn. 18.

[25] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 Rn. 19 – 21.

[26] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 f. Rn. 22 – 26.

[27] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 Rn. 19, mit Nachweis der Stimmen.

[28] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 Rn. 20.

[29] Vgl. auch *Krieger*, VGR Jahrestagung 1998, S. 111 ff., S. 122 f.; *Werner*, GmbHR 2017, 849, 853.

[30] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 Rn. 21.

[31] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 Rn. 22.

[32] Vgl. BGH NZG 2022, 516, 518 f. Rn. 22 f.

[\[33\]](#)

Vgl. BGH NZG 2022, 516, 519 Rn. 25 f.

[\[34\]](#)

Vgl. BGH NZG 2022, 516, 519 Rn. 27.

[\[35\]](#)

Vgl. BGH NZG 2022, 516, 517 f. Rn. 17.

[\[36\]](#)

Vgl. BGH, Urt. v. 10.01.1963 – II ZR 95/61, BGHZ 39, 14, Ls. u. 16 f., unter 2. f. = NJW 1963, 641; BGH, Urt. 30.10.1987 – V ZR 174/86, BGHZ 102, 152, 154 f., unter I. f. = NJW 1988, 558; BGH, Urt. v. 19.06.2008 – III ZR 46/06, NZG 2008, 588, 591 = ZIP 2008, 1582 Rn. 37; BGH, Urt. v. 07.07.2021 – VIII ZR 52/20, NZG 2021, 1500, 1502 f. = ZIP 2021, 1913 Rn. 38.

[\[37\]](#)

Hierzu näher *Fritsche*, in: MüKo/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 138 Rn. 24 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 138 Rn. 10a; jew. m.w.N.

[\[38\]](#)

Vgl. OLG Oldenburg, Urt. v. 24.01.2020 – 6 U 235/14, BeckRS 2020, 52467 Rn. 52.

[\[39\]](#)

Vgl. *Fritsche*, in: MüKo/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 138 Rn. 8 f. m.w.N.

[\[40\]](#)

Vgl. *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 204 Rn. 4 f.; *Grothe*, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2021, § 204 Rn. 25; jew. m.w.N.

[\[41\]](#)

Vgl. *Schultes*, in: MüKo/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 72 Rn. 6; *Weth*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 72 Rn. 4; jew. m.w.N.