

Die Bedeutung der Gesellschafterliste für die zwangsweise Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen

*Eine Untersuchung der Rechtsfolgen der Zwangseinziehung sowie Rechtsschutzmöglichkeiten
des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters unter besonderer Beachtung der
Legitimationswirkung der Gesellschafterliste*

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Universität Osnabrück

vorgelegt von
Tasja Schulte
aus
Münster

Osnabrück, 2022

Berichterstatter:

Professor Dr. Lars Leuschner

Mitberichterstatter:

Professor Dr. Andres Fuchs, LL.M. (Michigan)

Tag der mündlichen Prüfung: 25.03.2022

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht von Professor Dr. Lars Leuschner an der Universität Osnabrück. Im Wintersemester 2021/2022 wurde die Arbeit vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Die Arbeit wurde Ende 2021 fertiggestellt.

Es entspricht guter Übung, im Vorwort der Dissertation all jenen Personen zu danken, die Anteil an der Entstehung dieser Arbeit hatten. Auch ich möchte diese Chance nutzen. Mein besonderer Dank gilt zunächst Herrn Professor Dr. Lars Leuschner, unter dessen Betreuung diese Arbeit entstanden ist. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Andreas Fuchs für die Anfertigung des Zweitgutachtens.

Ein ganz besonderer Dank gilt meinen Eltern und meinen Geschwistern. Sie standen mir während meiner gesamten Schul-, Studiums und Promotionszeit stets ermutigend und bekräftigend zur Seite. Ohne diese einzigartige Unterstützung wäre mir vieles nicht möglich gewesen. Ebenfalls danken möchte ich meinen Freunden, die mich während der Promotionszeit aufheiternd unterstützt haben.

Mein größter Dank gebührt meinem Ehemann und meinem Sohn. Auch wenn die Anfertigung dieser Arbeit Höhen und Tiefen begegnet ist, standen sie auf jede erdenkliche Art und Weise an meiner Seite. Dafür und noch für vieles mehr sei ihnen diese Arbeit in großer Dankbarkeit gewidmet.

Osnabrück, im April 2022

Tasja Schulte

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung.....	1
I. Untersuchungsgegenstand.....	2
II. Gang der Arbeit.....	4

Erster Teil

Problemdarstellung

§ 2 Berliner Zwangseinziehungsverfahren.....	7
§ 3 Weitere Fallkonstellationen.....	11

Zweiter Teil

Grundlagen

§ 4 Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 34 Abs. 2 GmbHG.....	14
I. Historische Entwicklung des Instituts der Zwangseinziehung.....	15
1. Entstehungsgeschichte der Zwangseinziehung	16
a) Einführung mit dem GmbHG von 1892.....	16
b) Reformbestrebungen	17
2. Neuere Entwicklungen seit 2008.....	19
a) Aufwertung der Gesellschafterliste durch MoMiG im Jahr 2008	19
b) Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH im Jahr 2012.....	19
II. Telos der Zwangseinziehung.....	20
III. Statutarische Zwangseinziehungsklausel	22
1. Zulässigkeit der Zwangseinziehung	22
a) Nachträgliche Festsetzung.....	22
b) Notwendige Mehrheit.....	23
aa) Meinungsstand	23
bb) Stellungnahme.....	24
2. Voraussetzungen der Zwangseinziehung	25
a) Zwangseinziehungsgrund.....	26
b) <i>ultima ratio</i>	27
IV. Tatbestand der Zwangseinziehung	29
1. Zwangseinziehungsbeschluss.....	29
a) Zuständigkeit.....	30
b) Verfahren.....	30
aa) Stimmrechtsverbot des betroffenen Gesellschafters	30

(1) Konfliktlage.....	30
(2) Sozialakt kein Rechtsgeschäft.....	31
(3) Ergänzende Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB.....	32
bb) Zeitliche Grenzen für Beschlussfassung	33
c) Form	35
2. Einziehungserklärung.....	35
a) Zuständigkeit.....	36
b) Verfahren.....	37
c) Form	38
V. Wirksamwerden der Zwangseinziehung	38
VI. Rechtsfolgen der Zwangseinziehung.....	39
1. Für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter	39
a) Geschäftsanteil geht unter	39
b) Abfindungsanspruch.....	40
2. Für die verbleibenden Gesellschafter und die GmbH	41
a) Erhöhung der Beteiligungsquoten.....	41
b) Angleichung der Nennbeträge an das Stammkapital	41
c) Einreichung einer neuen Gesellschafterliste	42
§ 5 Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste	42
I. Historische Entwicklung der formalen Gesellschafterstellung	42
1. Einführung mit dem GmbHG von 1892.....	42
2. Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG	43
II. Telos der Legitimationswirkung	43
III. Zwangseinziehung als Veränderung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG	44
1. Wortlaut.....	44
2. Historie	45
3. Systematik	45
4. Telos.....	46
5. Zwischenergebnis.....	47
IV. Wirkungen der formalen Gesellschafterstellung im Rahmen der Einziehung	48
<i>Dritter Teil</i>	
Prävention	
§ 6 Pflichtenmaßstab i. R. d. Einreichung einer Gesellschafterliste	50
I. Zuständigkeit.....	51

1. Geschäftsführer, § 40 Abs. 1 GmbHG	51
2. Mitwirkender Notar, § 40 Abs. 2 GmbHG.....	52
II. Verfahren	52
1. Mitteilung und Nachweis an den Geschäftsführer	52
a) Mitteilung	52
aa) Formale Legitimation des Mitteilenden	53
bb) Keine Anwendung des formalen Konsensprinzips	53
b) Nachweis	54
aa) Anforderungen des Nachweises	54
bb) Keine Entbehrlichkeit bei Kenntnis von Amts wegen	56
c) Einreichung von Mitteilung und Nachweis.....	57
2. Keine Gelegenheit zur Stellungnahme	58
3. Prüfpflicht.....	59
a) Prüfpflicht des Geschäftsführers	59
aa) §§ 241 ff. AktG analog anwendbar	60
(1) „Ob“	60
(2) „Wie“.....	60
bb) §§ 241 ff. AktG nicht analog anwendbar	62
b) Prüfpflicht des Notars.....	62
c) Rechtspolitische Einwände	62
III. Form	63
1. Elektronische Form	63
2. Anforderungen des § 40 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG.....	63
3. Keine zwingende Aufnahme des Rechtsgrundes für die Veränderung.....	64
§ 7 Pflichtenmaßstab i. R. d. Aufnahme einer Gesellschafterliste	65
I. Prüfpflicht des Registergerichts	65
1. Konfliktlage.....	65
2. Meinungsstand vor Inkrafttreten des MoMiG.....	66
3. Rechtsprechung nach Inkrafttreten des MoMiG	66
a) Oberlandesgerichtliche Rechtsprechung	66
b) Rechtsprechung des BGH	67
4. Meinungsbild in der Literatur	69
5. Stellungnahme	70
6. Zwischenergebnis.....	71

II.	Keine gesetzesimmanenten Grenzen der Legitimationswirkung.....	71
1.	Formale Fehler	72
2.	Materielle Fehler	73
§ 8	Gerichtlicher Rechtsschutz.....	74
I.	Hauptsacheverfahren.....	75
1.	Das Beschlussmängelrecht der GmbH.....	75
2.	Anspruch auf Listenkorrektur gegen die GmbH.....	77
3.	Aktivlegitimation	79
a)	Nichtigkeitsklage.....	79
aa)	Maßgeblichkeit der formalen Gesellschafterstellung.....	79
bb)	Kein besonderes Feststellungsinteresse erforderlich.....	81
b)	Anfechtungsklage.....	81
c)	Gerichtlicher Rechtsschutz gegen weitere Beschlüsse.....	82
4.	Passivlegitimation	83
5.	Anfechtungsfrist	84
a)	Grundsätzliche Monatsfrist	84
b)	Fristwahrung.....	85
6.	Darlegungs- und Beweislast.....	86
7.	Nichtigkeitsgründe	88
a)	§ 241 Nr. 1 AktG analog: Einberufungsmängel.....	88
b)	§ 241 Nr. 2 AktG analog: Beurkundungsmängel.....	90
c)	§ 241 Nr. 3 AktG analog: Inhaltliche Mängel.....	90
aa)	Mit dem Wesen der GmbH unvereinbar	90
(1)	Keine (ausreichende) gesellschaftsvertragliche Grundlage	91
(2)	Wechselseitige Einziehung bei zweigliedriger GmbH.....	92
(3)	Verstoß gegen das Konvergenzgebot, § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG	93
(a)	Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG eröffnet	94
(b)	Rechtsfolge des Verstoßes	97
(4)	Unzuständiges Organ	98
bb)	Verletzung dem Gläubigerschutz dienender Vorschriften.....	98
(1)	Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG.....	98
(a)	Einlagepflicht fällig	100
(b)	Einlagepflicht nicht fällig	100
(2)	Grundsatz der Kapitalerhaltung, §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG.....	101

(3) Insolvenzverursachende Abfindungszahlung, § 15b Abs. 5 S. 1 InsO	105
(a) Abfindungszahlung sofort fällig	105
(b) Abfindungszahlung später fällig	106
d) § 241 Nr. 4 AktG analog: Verstoß gegen die guten Sitten	107
e) Heilung der Nichtigkeit, § 242 AktG analog	107
8. Anfechtungsgründe	108
a) Formale Mängel	109
aa) Im Vorfeld der Versammlung	110
bb) Während der Versammlung	111
b) Materielle Mängel	112
aa) Zwangseinziehungsgrund liegt tatsächlich nicht vor	112
bb) Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	113
cc) Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz	114
dd) Verstoß gegen das Konvergenzverbot, § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG	115
c) Streben nach Sondervorteilen, § 243 Abs. 2 S. 1 AktG analog	115
9. Keine Rückabwicklung infolge des obsiegenden Urteils	116
a) Meinungsbild	116
b) Stellungnahme	117
aa) Keine vergleichbare Interessenlage	117
(1) Keine Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs	117
(2) Anwendungsvoraussetzungen liegen nicht vor	118
(3) Interessenabwägung	119
bb) Keine planwidrige Regelungslücke	120
10. Zwischenfazit	121
II. Einstweiliges Verfahren	121
1. Schutzschrift des betroffenen Gesellschafters	121
2. Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im einstweiligen Verfahren	122
3. Im Vorfeld der Beschlussfassung	123
a) Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung	123
aa) Statthaftigkeit des Antrags	124
bb) Verfügungsanspruch	125
(1) Untersagung der Gesellschafterversammlung	125
(2) Untersagung der Beschlussfassung	126
(3) Zwischenergebnis	126

cc)	Verfügungsgrund.....	127
	(1) Interessen der GmbH und übrigen Gesellschafter.....	128
	(2) Interessen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters	128
dd)	Zwischenergebnis.....	129
b)	Untersagung der Einziehungserklärung	130
	aa) Verfügungsanspruch.....	130
	bb) Verfügungsgrund.....	130
	cc) Zwischenergebnis.....	131
c)	Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste.....	131
	aa) Verfügungsanspruch.....	131
	(1) Anspruchsgrundlage.....	132
	(2) Antragsgegner	133
	bb) Verfügungsgrund.....	133
	(1) Keine faktische Registersperre.....	133
	(2) Folgenorientierte Interessenabwägung.....	134
	(a) Interessen der GmbH und übrigen Gesellschafter	135
	(b) Interessen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters	136
	(c) Gebot des geringstmöglichen Eingriffs	136
	(aa) Zuordnung eines Widerspruchs.....	137
	(bb) Weiterbehandlung als Gesellschafter.....	138
	(cc) Wahrnehmung einzelner Gesellschafterrechte.....	139
	(dd) Keine satzungs- und strukturändernden Beschlüsse	139
	(ee) Untersagung der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten.....	141
	(ff) Zwischenergebnis.....	141
	(d) Maßgeblichkeit der Mehrheitsverhältnisse	141
	(e) Zwischenergebnis	143
cc)	Keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache	143
dd)	Keine unzulässige Untersagung auf Vorrat.....	144
ee)	Bindung des Registergerichts, § 16 Abs. 2 HGB analog	144
	(1) Vergleichbare Interessenlage	145
	(2) Planwidrige Regelungslücke	146
	(3) Zwischenergebnis.....	147
ff)	Keine begrenzte Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 242	

BGB.....	147
(1) Begrenzte Legitimationswirkung nach Ansicht des BGH	147
(2) Stellungnahme	148
d) Zwischenfazit	149
4. Im Vorfeld der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste	149
5. Im Nachgang der Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste	150
a) Löschung der Gesellschafterliste durch das Registergericht.....	150
b) Rücknahme der Gesellschafterliste	151
c) Korrektur durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste	152
aa) Verfügungsanspruch.....	152
bb) Verfügungsgrund.....	153
6. Im Zeitraum bis zur Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste	153
7. Schadensersatzpflicht des erwirkenden Gesellschafters, § 945 Var. 2 ZPO.....	154
a) Haftungsbegründender Tatbestand.....	155
b) Haftungsausfüllender Tatbestand.....	156
8. Zwischenfazit	157
§ 9 Statutarische und tatsächliche Präventionsmöglichkeiten.....	157
I. Selektive Einziehungsklausel	157
II. Abfindungsvereinbarungen	158
III. Fälligkeit der Einlage hinausschieben	158
IV. Einflussnahme auf Geschäftsführeramt.....	159
V. Anweisung an den Geschäftsführer.....	159
VI. Errichtung eines Aufsichtsrats.....	160

Vierter Teil

Kompensation

§ 10 Haftungsbegründender Tatbestand.....	161
I. Haftung der übrigen Gesellschafter.....	161
1. § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.....	161
a) Schuldverhältnis	161
b) Pflichtverletzung	162
c) Vertretenmüssen.....	162
d) Haftungsbegründende Kausalität	163
aa) Äquivalenztheorie	163
bb) Adäquanztheorie.....	163

cc)	Schutzzweck der Norm	164
2.	Vertragliche Abreden	164
3.	Deliktische Ansprüche	164
a)	§ 823 Abs. 1 BGB	164
b)	§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz	165
c)	§ 826 BGB.....	165
d)	§ 830 Abs. 2 BGB i. V. m. § 40 Abs. 3 GmbHG.....	166
II.	Haftung des Geschäftsführers	166
1.	Verletzung der Einreichungspflicht, § 40 Abs. 3 GmbHG	166
a)	Anspruchsberechtigter.....	166
b)	Pflichtverletzung	167
c)	Verschulden.....	167
d)	Haftungsbegründende Kausalität	168
e)	Darlegungs- und Beweislastumkehr.....	169
2.	Weitere Schadensersatzansprüche.....	169
III.	Haftung des Notars.....	169
1.	Verletzung der Einreichungspflicht.....	169
a)	§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 40 Abs. 2 GmbHG	169
b)	§ 19 BNotO	170
aa)	Amtspflichtverletzung.....	170
bb)	Drittbezogenheit der Amtspflicht.....	170
cc)	Verschulden.....	171
dd)	Haftungsbegründende Kausalität	171
ee)	Subsidiaritätsprivileg, § 19 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BNotO	171
ff)	Haftungsausschluss, § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB	172
2.	Weitere Schadensersatzansprüche.....	173
IV.	Haftung der Gesellschaft.....	174
1.	§ 280 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Mitgliedschaftsverhältnis.....	174
a)	Schuldverhältnis	174
b)	Pflichtverletzung	174
c)	Vertretenmüssen.....	175
d)	Haftungsbegründende Kausalität	175
2.	Deliktische Ansprüche	176
a)	§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz und § 826 BGB.....	176

b) § 831 Abs. 1 BGB	176
V. Amtshaftung, § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG.....	176
1. Beamter im haftungsrechtlichen Sinne.....	176
2. Verletzung einer Amtspflicht	177
3. Drittbezogenheit der Amtspflicht.....	177
4. Verschulden.....	178
5. Haftungsbegründende Kausalität	179
6. Subsidiaritätsprivileg, § 839 Abs. 1 S. 2 BGB.....	179
7. Haftungsausschluss, § 839 Abs. 3 BGB.....	180
8. Haftungsüberleitung, Art. 34 S. 1 GG.....	180
§ 11 Haftungsausfüllender Tatbestand.....	180
I. Anspruchsausschluss	181
1. Kein bloßer Reflexschaden	181
2. Wahrung der Anfechtungsfrist.....	181
II. Ersatzfähiger, kausaler Schaden.....	182
1. Ersatzfähiger Schaden	182
a) Mitgliedschaftsrechte	182
b) Folgeschäden.....	183
c) Verlust des Geschäftsanteils.....	183
2. Haftungsausfüllende Kausalität.....	184
a) Äquivalenztheorie	184
b) Adäquanztheorie.....	184
c) Schutzzweck der Norm	184
3. Mitverschulden, § 254 BGB.....	185
III. Haftungskonkurrenz	185

Fünfter Teil

Rechtspolitische Überlegungen

§ 12 Gesetzgebungsvorschlag	186
I. § 40 Abs. 1 S. 4, 5 GmbHG	186
II. 16 Abs. 2 HGB	186

Sechster Teil

Zusammenfassung, Fazit und Ausblick

§ 13 Thesenhafte Zusammenfassung der Ergebnisse.....	187
§ 14 Fazit und Ausblick	192

Literaturverzeichnis.....	194
Abkürzungsverzeichnis	214
Stichwortverzeichnis	219

§ 1 Einführung

Knapp 130 Jahre nach Einführung der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit Inkrafttreten des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) am 10.5.1892 bildet die GmbH den mit Abstand größten Anteil aller juristischen Personen in Deutschland ab.¹ Ende des Jahres 2019 waren 1.329.505 GmbHs inklusive Unternehmergesellschaften im Handelsregister eingetragen.² Dabei kombiniert die Rechtsform der GmbH die Vorteile der aus dem Personengesellschaftsrecht bekannten personalistischen Struktur mit den Vorteilen der beschränkten Haftung aus dem Kapitalgesellschaftsrecht. Die zunehmende Beliebtheit der Rechtsform zeichnet sich nicht zuletzt durch die seit 2007 stetig steigende Anzahl eingetragener GmbHs in Deutschland ab.³ Dabei ist die GmbH regelmäßig personalistisch strukturiert: 56,39 % aller GmbHs verfügen nur über einen einzigen Gesellschafter und nur knapp 1,5 % aller GmbHs haben mehr als fünf Gesellschafter.⁴

Zwar geht die personalistische Struktur der GmbH mit einem Organisationsvorteil gegenüber kapitalistisch geprägten, großen Gesellschaften einher. Er ist geeignet, die Zusammenarbeit zu erleichtern und die Kontroll- und Überwachungskosten zu senken.⁵ Jedoch birgt die personalistische Struktur der GmbH zugleich ein erhöhtes Konfliktpotenzial zwischen den GmbH-Gesellschaftern.⁶ Erscheinen einvernehmliche Lösungen aussichtslos, haben die Gesellschafter ein dringendes Interesse daran, andere Gesellschafter einseitig aus der GmbH auszuschließen bzw. das Eindringen Dritter durch den Gesellschafterausschluss zu verhindern. Dafür steht den Gesellschaftern einer GmbH kraft Gesetzes die aus dem Personengesellschaftsrecht bekannte Ausschlussklage analog § 140 HGB zur Verfügung.

Daneben können die Gesellschafter die Möglichkeit zur zwangsweisen Einziehung eines Geschäftsanteils nach § 34 Abs. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag statuieren. Standen bei der freiwilligen Einziehung aus § 34 Abs. 1 GmbHG nach dem gesetzgeberischen Begehren noch kapitalistische Zwecke im Vordergrund,⁷ dient die Zwangseinziehung heutzutage primär der Beendigung der Mit-

¹ Rechtstatsächliches zur juristischen Person MüKoBGB/*Leuschner* Vor § 21 Rn. 16.

² Bundesamt für Justiz, Geschäftsübersichten der Amtsgerichte für die Jahre 1995 bis 2019, S. 8.

³ So waren 2007 noch 935.195 GmbHs im Handelsregister eingetragen, vgl. Bundesamt für Justiz, Geschäftsübersichten der Amtsgerichte für die Jahre 1995 bis 2019, S. 3, 8.

⁴ *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2014, 12, 13.

⁵ *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ZGR-Sonderheft Bd. 18, S. 26; in diese Richtung bereits *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 1 f.; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 16, 71.

⁶ *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ZGR-Sonderheft Bd. 18, S. 26; *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 1.

⁷ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg. 5. Bd., S. 3747.

gliedschaft eines Gesellschafters ohne den Bestand der Gesellschaft in Frage zu stellen.⁸ Dabei sehen die Gesellschaftsverträge ausweislich der Formularhandbücher standardmäßig die Möglichkeit zur zwangsweisen Einziehung eines GmbH Geschäftsanteils als *ultima ratio* vor.⁹

Sieht der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit zur zwangsweisen Einziehung eines Geschäftsanteils vor, können die Gesellschafter einen Mitgesellschafter, in dessen Person die Zwangseinziehungsvoraussetzungen eingetreten sind, einseitig durch Fassung eines Zwangseinziehungsbeschlusses und Erklärung der Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter ausschließen. Da der Gesellschafter, in dessen Person der Zwangseinziehungsgrund eingetreten ist, einem Stimmrechtsverbot unterliegt, ist auch ein Mehrheitsgesellschafter vor der zwangsweisen Einziehung seines Geschäftsanteils nicht bewahrt. Entscheidender Vorteil der Zwangseinziehung gegenüber der Ausschlussklage ist dabei deren Kurzfristigkeit. Gerade diese Kurzfristigkeit birgt jedoch im Zusammenwirken mit der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG weitreichende Missbrauchsgefahren durch die übrigen Gesellschafter. Die besondere Praxisrelevanz der Zwangseinziehung und die im Zusammenwirken mit § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG entstehende Missbrauchsgefahr zeigen sich nicht zuletzt in den zahlreichen Gerichtsurteilen, die im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung ergangen sind.¹⁰

I. Untersuchungsgegenstand

Gegenstand der Untersuchung soll es nicht sein, sämtliche Problemstellungen rund um die zwangsweise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils nach § 34 Abs. 2 GmbHG zu untersuchen.¹¹ Wie schon dem Titel der Arbeit entnommen werden kann, fokussieren sich die Ausführungen auf die nicht nur dogmatisch interessanten, sondern zugleich besonders praxisrelevanten Rechtsfragen rund um die Rechtsfolgen der Zwangseinziehung sowie Rechtsschutzmöglichkeiten des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters unter besonderer Beachtung der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Dabei werden dogmatische Grundlagen der Zwangseinziehung und Gesellschafterliste nur insoweit beleuchtet als sie für die weiteren Untersuchungen essentiell sind.

Seit der Aufwertung der Gesellschafterliste mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen am 1.11.2008 (MoMiG) geht mit der

⁸ Hierzu noch ausführlich unter § 4 II.

⁹ Vgl. exemplarisch Lorz/Pfisterer/Gerber/Haasen, Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, C.I.2. § 11, C.I.3. § 15; BeckOF/Pfisterer Vertrag 7.8.1.1.1, § 10; Formularbuch Recht und Steuern/Schwedhelm/Wollweber A. 6.00 § 16; Münch. Vertragshdb. I/Meister/Klöcker IV. 25 § 14; Hopt/Volhard, Vertrags- und Formularbuch, II.D.1. § 6 (S. 466).

¹⁰ Dazu unter § 2 und § 3.

¹¹ So schon Küperkoch, Das zwangsweise Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters mittels Einziehung; Markowsky, Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen; Fritz, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen.

zwangsweisen Einziehung eines Geschäftsanteils eine besondere Missbrauchsgefahr einher. Denn nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist (formale Gesellschafterstellung). Folglich kann nur der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter seine Gesellschafterrechte wahrnehmen. Zwar müssen die formale und materielle Seite der Einziehung einhergehen, damit diese rechtswirksam ist. Jedoch ist die formale Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG von der materiellen Wirksamkeit der Zwangseinziehung „*entkoppelt*“¹². Während die einziehenden Gesellschafter die Gesellschafterliste unverzüglich aktualisieren möchten, hat der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens ein besonderes Interesse am Erhalt seiner Listenstellung, soweit er mit der Einziehung nicht einverstanden ist. In der Folge kann die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste unabhängig von der materiellen Rechtslage dazu missbraucht werden, den Gesellschafter zumindest bis zur Entscheidung in der Hauptsache faktisch aus der GmbH zu drängen. Dabei unterliegen die Einreichung und Aufnahme der Gesellschafterliste beim Handelsregister in der Praxis bisher keinen hohen Anforderungen, sodass die Gefahr der Aufnahme materiell fehlerhafter Gesellschafterlisten gegenwärtig ist. Hinzu kommt die Absage an die Bedingungslehre durch den BGH im Jahr 2012. Seitdem steht für die Praxis fest, dass die Wirksamkeit der zwangsweisen Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils unabhängig von der vollständigen Abfindungszahlung aus freiem Vermögen eintritt. In der Folge ist es dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter nicht mehr möglich seine formale und materielle Gesellschafterstellung durch Verfahren über die Modalitäten der Abfindungszahlung zu sichern.

Die besonderen Missbrauchsgefahren verdeutlicht ein Zwangseinziehungsverfahren einer Berliner GmbH, das Anlass zu dieser Untersuchung gegeben hat und 2019 Gegenstand eines Verfahrens vor dem BGH war.¹³ Der GmbH-Geschäftsanteil des Mehrheitsgesellschafters wurde durch die Minderheitsgesellschafters zwangsweise eingezogen. Obwohl der GmbH die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste auf Antrag des Mehrheitsgesellschafters rechtzeitig im gerichtlichen Eilverfahren untersagt wurde, reichte der Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste ein, die in der Folge durch den zuständigen Rechtspfleger im Handelsregister aufgenommen wurde. Der nachgelagerte einstweilige Rechtsschutz zur Sicherung seiner Gesellschafterrechte wurde dem Mehrheitsgesellschafters durch die zuständigen Gerichte faktisch versagt. In der Folgezeit kündigten die verbleibenden Gesellschafter den Exklusivvertrag mit der Vertriebsgesellschaft der Unternehmensgruppe, die

¹² BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 17; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Bayer § 16 Rn. 26; BT-Drs. 16/6140, S. 37.

¹³ Hierzu noch ausführlich unter § 2.

ausschließlich im Familienbesitz des Mehrheitsgesellschafters stand und daraufhin insolvent wurde. Zudem wurden weitreichende Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschlossen, um dem Mehrheitsgesellschafter auch für den Fall der Unwirksamkeit der Zwangseinziehung die Ausübung seiner Mehrheitsgesellschafterrechte zukünftig zu verwehren. Im Jahr 2021 hat das Gericht mit Abschluss der Hauptsacheverfahren die materielle Unwirksamkeit der Zwangseinziehung festgestellt. Die Möglichkeiten des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters, seine formale Gesellschafterstellung zu sichern oder wiederherzustellen, um aus dem Verlust der Listenstellung drohende Schäden zu vermeiden, stellen seit der Aufwertung der Gesellschafterliste im Zuge des MoMiG juristisches Neuland dar, das Schwerpunkt dieser Bearbeitung bildet. Dabei fehlen klare Pflichtenmaßstäbe für das Verfahren der Listeneinreichung und deren Zuordnung. Auch im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters zur Sicherung oder Wiederherstellung seiner Listenstellung bestehen weitgehende Uneinigkeiten.¹⁴ Um die daraus in der Praxis folgenden rechtlichen Unsicherheiten für alle beteiligten Parteien zu beseitigen, ist es primäres Ziel dieser Arbeit, rechtliche Leitlinien zur Einreichung und Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste infolge der Zwangseinziehung zu erarbeiten, um die Notwendigkeit gerichtlicher Verfahren zu minimieren. Sollte entgegen dieser Leitlinien dennoch der Verlust der Listenstellung drohen bzw. sich realisiert haben, werden sekundär die Rechtsschutzmöglichkeiten des von der (drohenden) Streichung betroffenen Gesellschafters untersucht. Besondere Aufmerksamkeit wird dabei dem einstweiligen Rechtsschutz gewidmet, dessen Relevanz in der Vergangenheit infolge voreiliger oder gar missbräuchlicher Listeneinreichungen stark zugenommen hat.¹⁵

II. Gang der Arbeit

Der erste Teil der Arbeit dient der Einführung in die Missbrauchsgefahren während des Vollzugs der Zwangseinziehung, die maßgeblich durch ein Zusammenwirken des Rechtsinstituts der Zwangseinziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG mit der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ermöglicht werden. Dabei sollen die anlassgebenden Vorkommnisse in Berlin ausführlich dargestellt (§ 2) und weitere denkbare Fallkonstellationen herausgearbeitet werden (§ 3).

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich den Grundlagen der beiden zusammenwirkenden Rechtsinstitute, soweit diese für die nachfolgende Untersuchung von Bedeutung sind. Zunächst wird das Rechtsinstitut der zwangsweisen Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils nach § 34 Abs. 2 GmbHG beleuchtet (§ 4). Sodann folgt eine Untersuchung der Legitimationswirkung der Gesell-

¹⁴ Dies zeigen schon die vielfältigen Reaktionen in der Literatur infolge des Urteils des Kammergerichts zum einstweiligen Rechtsschutz des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters; vgl. nur *Römermann*, GmbHR 2016, 1121; *Fluck*, GmbHR 2017, 67; *Otto*, GmbHR 2018, 123; *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815.

¹⁵ Vgl. exemplarisch Geschehnisse des Berliner Zwangseinziehungsverfahrens unter § 2.

schafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG (§ 5).

Darauf aufbauend schließt sich im dritten Teil der Arbeit eine ausführliche Aufarbeitung der Möglichkeiten für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter an, um seine formale Gesellschafterstellung zu sichern bzw. wiederherzustellen und auf diese Weise aus dem Verlust der Listenstellung folgende Schäden zu verhindern. Zunächst werden ausführlich die Pflichten des für die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zuständigen Geschäftsführers (§ 40 Abs. 1 GmbHG) oder mitwirkenden Notars (§ 40 Abs. 2 GmbHG) herausgearbeitet (§ 6). Gleiches gilt für die Pflichten des zuständigen Rechtspflegers bei der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister (§ 7). Droht dennoch die Aufnahme einer Gesellschafterliste, die nicht der materiellen Rechtslage entspricht, oder realisiert sich diese Gefahr, stehen dem betroffenen Gesellschafter Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung (§ 8). Besondere Relevanz hat hierbei das einstweilige Verfahren, um kurzfristig die Zuordnung einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste zu verhindern oder die Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste zu erreichen. Zuletzt (§ 9) sollen basierend auf den zuvor aufgefundenen Ergebnissen weitere statutarische und tatsächliche Möglichkeiten des Gesellschafters herausgearbeitet werden, um die zwangsweise Einziehung bzw. deren Vollzug zu verhindern.

Ist es trotz aller Präventionsmöglichkeiten zwischenzeitlich zur Aufnahme einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste im Handelsregister gekommen und stellt sich mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung heraus, können durch den zwischenzeitlichen Verlust der formalen Gesellschafterstellung Schäden erwachsen. Unter diesem Gesichtspunkt werden im vierten Teil der Arbeit Schadensersatzansprüche des von der vermeintlichen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters gegen die beteiligten Parteien untersucht. Dafür wird zwischen dem haftungsbegründenden (§ 10) und dem haftungsausfüllenden Tatbestand (§ 11) unterschieden.

Auch wenn die Mehrheit in der Arbeit aufgefundenen Ergebnisse unmittelbar aus den gültigen Gesetzestexten folgen, wird der fünfte Teil genutzt, um in rechtspolitischer Hinsicht einen Gesetzgebungsvorschlag (§ 12) zu erarbeiten. Der sechste und letzte Teil fasst die aufgefundenen Ergebnisse thesenhaft zusammen (§ 13). Zuletzt wird ein Fazit gezogen und auf mögliche zukünftige Entwicklungen geblickt (§ 14).

Problemdarstellung

Die besonderen Missbrauchsgefahren während des Vollzugs der Zwangseinziehung sind die Summe des Zusammenwirkens zweier Rechtsinstitute: (1.) die zwangsweise Einziehung eines Geschäftsanteils nach § 34 Abs. 2 GmbHG ohne gerichtliche Mitwirkung und (2.) die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

Die zwangsweise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils nach § 34 Abs. 2 GmbHG erfolgt ohne gerichtliche Mitwirkung durch einen Zwangseinziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung und Erklärung der Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter. Dabei unterliegt der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter einem Stimmverbot. In Folge der wirksamen Zwangseinziehung als Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung muss nach § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG durch den Geschäftsführer bzw. mitwirkenden Notar eine neue Gesellschafterliste beim Registergericht eingereicht werden. Denn nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt nur derjenige im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Würde die Gesellschafterliste infolge der Zwangseinziehung nicht aktualisiert werden, müsste der betroffene Gesellschafter trotz des Verlustes seiner materiellen Gesellschafterstellung aufgrund der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG weiterhin an Gesellschaftsangelegenheiten beteiligt werden. Insbesondere seitens der einziehenden Gesellschafter besteht deshalb ein Interesse an der unverzüglichen Aktualisierung der Gesellschafterliste. Dieses Interesse birgt aber zugleich die Gefahr voreiliger oder gar missbräuchlicher Listeneinreichungen. Dass die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer oder mitwirkenden Notar und Aufnahme derselben im Handelsregister durch das Registergericht in der Praxis aktuell keinen hohen Anforderungen unterliegt, verstärkt die Missbrauchsgefahr. Zwar haften die Geschäftsführer oder Notare gegebenenfalls für voreilige oder gar missbräuchliche Einreichungen. Jedoch vermag diese Haftung die Einreichung materiell fehlerhafter Gesellschafterlisten nicht gänzlich zu verhindern. Mithin kann es durch Einreichung und Aufnahme einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste zu einem formalen Ausschluss des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters kommen, obwohl seine materielle Gesellschafterstellung noch nicht abschließend geklärt ist bzw. weiterhin besteht. Wegen der Wirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG geht der Verlust der formalen Gesellschafterstellung bis zur Wiedereintragung gleichzeitig mit einem faktischen Ausschluss des von der Streichung betroffenen Gesellschafters aus der GmbH einher. Dies kann auf Seiten des von der Streichung betroffenen Gesellschafters zu irreversiblen Schäden führen.

Um die Fragestellungen rund um die Rechtsfolgen der Zwangseinziehung und Rechtsschutzmöglichkeiten des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters unter besonderer Beachtung

der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste besser erarbeiten zu können, soll die Missbrauchproblematik anhand von Fallkonstellationen veranschaulicht werden. Zunächst (§ 2) wird der Sachverhalt aus Berlin, der Anlass zu dieser Bearbeitung gegeben hat, umfassend dargestellt. In einem zweiten Schritt (§ 3) werden weitere Fallkonstellationen durch eine Analyse der bisherigen Rechtsprechung erarbeitet.

§ 2 Berliner Zwangseinziehungsverfahren

Dem Bündel der Entscheidungen¹⁶ zu den Geschehnissen in Berlin lag eine Unternehmensgruppe zugrunde, die sich aus drei GmbHs zusammensetzte: (1.) das süddeutsche Systemhaus, (2.) die süddeutsche Vertriebsgesellschaft und (3.) die Berliner Entwicklungsgesellschaft. Die beiden süddeutschen Gesellschaften befinden sich ausschließlich im Familienbesitz (Senior und seine Söhne). Demgegenüber sind nur rund 63 % der Anteile der Berliner Gesellschaft im Familienbesitz (60 % Senior und 3 % eine GmbH, die von seinen Söhnen beherrscht wird), während rund 37 % in der Hand von leitenden Angestellten liegen. Davon stehen rund 15 % einer Vermögensverwaltungs-GmbH zu, die ihrerseits von dem leitenden Angestellten Dr. J beherrscht wird.

Im Jahr 2014 kam es in der Berliner Entwicklungsgesellschaft zu Meinungsverschiedenheiten zwischen der Unternehmerfamilie als Mehrheitsgesellschafter einerseits und den Minderheitsgesellschaftern andererseits, die Ursprung der Gerichtsentscheidungen sind. Unternehmensgegenstand ist die Entwicklung und Produktion von Tonmischpulten für den professionellen Einsatz. Dr. J führte zusammen mit einem der Söhne des Seniors die Geschäfte. In einer Gesellschafterversammlung am 13.10.2014 wurde ein Verlangen der Minderheit auf Abberufung des Sohnes des Seniors als Geschäftsführer durch die Mehrheitsgesellschafter (ca. 63 %) abgelehnt.¹⁷ In derselben Versammlung wurde durch die Stimmen des Seniors und seiner Söhne (ca. 63 %) aufgrund einer Öffnungsklausel beschlossen, einen Aufsichtsrat einzurichten. Dieser beschloss am 7.12.2014 einstimmig die Abberufung von Dr. J als Geschäftsführer sowie die sofortige Kündigung seines Anstellungsvertrages, hilfsweise die ordentliche Kündigung zum 30.6.2015. Am 21.12.2014 beschloss der Aufsichtsrat erneut die Kündigung des Anstellungsverhältnisses.

¹⁶KG Berlin, Urt. v. 6.1.2015 - 23 W 2/15 (n. v.); LG Berlin, Beschl. v. 7.1.2015 - 104 O 2/15 und 8.1.2015 - 97 O 4/15 (n. v.); Berufung: KG Berlin, Beschl. v. 16.11.2015 - 23 U 20/15 = BeckRS 2016, 6910 und Beschl. v. 16.11.2015 - 23 U 31/15 (n. v.); LG Berlin, Beschl. v. 12.1.2015 - 93 O 4/15 (n. v.); Berufung: KG Berlin, Urt. v. 23.7.2015 - 23 U 18/15 = GmbHR 2016, 29; LG Berlin, Urt. v. 22.1.2015 - 104 O 2/15 (n. v.); Berufung: KG Berlin, Beschl. v. 24.8.2015 - 23 U 20/15 = GmbHR 2016, 416; LG Berlin, Urt. v. 25.6.2015 - 104 O 93/14 (n. v.); Berufung: KG Berlin, Zwischen- und Endurt. v. 9.11.2017 - 23 U 67/15 = GmbHR 2018, 361 m. Anm. *Otto*; Revision: BGH, Urt. v. 2.7.2019 - II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 = GmbHR 2019, 988; LG Berlin, Beschl. v. 24.8.2015 - 90 O 66/15 (n. v.); LG Berlin, Urt. v. 2.9.2015 - 97 O 93/15 (n. v.); Berufung: KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416 m. Anm. *Otto*; KG, Beschl. v. 30.6.2016 - 22 W 114/15 = NZG 2016, 987; LG Berlin, Schlussurt. v. 10.6.2021 - 104 O 19/15 (n. v.); LG Berlin, Urt. v. 29.9.2021 - 97 O 48/15 (n. v.). Die nachfolgenden Informationen entstammen einer Zusammenfassung der zuvor erwähnten Entscheidungen und juristischen Anmerkungen.

¹⁷ Über die Rechtmäßigkeit dieses Beschlusses wurde bislang nicht entschieden – LG Berlin 94 O 92/14.

Trotz dieser Abberufung als Geschäftsführer lud Dr. J zur Gesellschafterversammlung am 5.1.2015 bzw. für den Fall der Beschlussunfähigkeit ersatzweise am 6.1.2015 bzw. äußerst ersatzweise am 7.1.2015 zwecks zwangsweiser Einziehung des Geschäftsanteils des Seniors. § 10 Abs. 2 der Satzung sieht bei ordentlichen Versammlungen eine Frist von mind. vier Wochen und bei außerordentlichen Versammlungen eine Frist von mind. zwei Wochen vor, bei Eilbedürftigkeit eine angemessen kürzere Frist. Nach Maßgabe des § 17 Abs. 2 c) der Satzung ist eine Zwangseinziehung zulässig, wenn in der Person des Gesellschafters ein seine Ausschließung rechtfertigender Grund vorliegt. Nach § 17 Abs. 3 der Satzung wird der Beschluss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wobei dem betroffenen Gesellschafter kein Stimmrecht zusteht. Der Zwangseinziehungsgrund gegenüber dem Senior liege in der Deckung und Billigung des Fehlverhaltens seiner Söhne. Es würden Forderungen der GmbH durch andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe nicht rechtzeitig bedient, mit dem Know-how der Berliner Entwicklungs-GmbH neue Produkte entwickelt und Verbindlichkeiten für andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe ohne Wissen des Dr. J übernommen. Weiterhin seien seitens des geschäftsführenden Sohnes und weiterer Familienangehöriger Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot zu verzeichnen.

Unter Hinweis auf eine Reiseunfähigkeit bis zum 15.1.2015, die ihm durch einen Arzt attestiert wurde, bat der Senior um eine Verlegung der Gesellschafterversammlung. Dessen ungeachtet fassten die Minderheitsgesellschafter unter notarieller Beurkundung am 6.1.2015 den Einziehungsbeschluss. Am 7.1.2015 folgte eine Wiederholung desselben Beschlusses. Da das Fernbleiben des Seniors als missbräuchlich zu bewerten sei, stehe das statutarische Beschlussquorum von mind. 50 % (§ 10 Abs. 3 der Satzung) nach Ansicht der Minderheitsgesellschafter der Beschlussfassung nicht entgegen.

Um seine formale Gesellschafterstellung und damit seine Gesellschafterrechte zu sichern, beantragte der Senior schon im Vorfeld der Beschlussfassung die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes. Dieser Antrag wurde durch das Kammergericht letztinstanzlich als unzulässige „*Untersagung auf Vorrat*“ zurückgewiesen.¹⁸ Unmittelbar im Anschluss an die Einziehungsbeschlüsse vom 6.1.2015 und 7.1.2015 beantragte der Senior erfolgreich beim Landgericht Berlin eine einstweilige Verfügung gerichtet auf die Untersagung der Einreichung einer Gesellschafterliste.¹⁹ Dies wurde auf die Beschlussunfähigkeit der Gesellschafterversammlung gestützt. Da entsprechende einstweilige Verfügungen schon am 7.1.2015 und 8.1.2015 erlassen wurden, erreichten sie das Registergericht rechtzeitig, sodass die geänderte Gesellschafterliste zunächst nicht ins Handelsregister aufgenommen wurde. Die formale Gesell-

¹⁸ KG Berlin, Urt. v. 6.1.2015 - 23 W 2/15 (n. v.).

¹⁹ LG Berlin, Beschl. v. 7.1.2015 - 104 O 2/15 und 8.1.2015 - 97 O 4/15 (n. v.); bestätigend KG Berlin, Beschl. v. 16.11.2015 - 23 U 20/15 = BeckRS 2016, 6910 und Beschl. v. 16.11.2015 - 23 U 31/15 (n. v.).

schafterstellung des Seniors schien gesichert. Dies galt umso mehr als das Landgericht Berlin am 12.1.2015 eine weitere einstweilige Verfügung mit dem Verbot gegen Dr. J erließ, als Geschäftsführer der GmbH aufzutreten.²⁰ Dieses Urteil wurde jedoch später durch das Kammergericht aufgehoben.²¹

Dennoch reichte der mitwirkende Notar am 22.1.2015 unter Missachtung der einstweiligen Verfügung eine Gesellschafterliste zum Handelsregister ein, die den Senior nicht mehr als Gesellschafter auswies. Aufgrund eines Sachbearbeiterwechsels kam es am 6.8.2015 zur Zuordnung der neuen Gesellschafterliste beim Registergericht. Denn die nunmehr zuständige Rechtspflegerin fühlte sich an die einstweilige Untersagungsverfügung nicht gebunden. § 16 Abs. 2 HGB gelte nur für Handelsregistereintragungen, nicht für bloße Aufnahmen ins Handelsregister wie bei der Gesellschafterliste. In dieser Sichtweise wurde das Registergericht durch letztinstanzliches Urteil des Kammergerichts bestätigt.²² Auf Antrag des Seniors hat das LG Berlin am 24.8.2015 angeordnet, dass der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet wird.²³

Der Senior wandte sich infolge der Aufnahme der Gesellschafterliste an das Registergericht mit einer Gegenvorstellung, die das Registergericht als Antrag auf Löschung der Gesellschafterliste deutete und zurückwies. Hiergegen legte der betroffene Gesellschafter Beschwerde mit dem Antrag ein, die Gesellschafterliste zu löschen, hilfsweise zurückzunehmen. Das Registergericht legte die Beschwerde dem Kammergericht zur Entscheidung vor, welches eine Löschung durch das Registergericht als unzulässig erachtete.²⁴ Gleiches galt für den Hilfsantrag, mit dem der Antragsteller dasselbe Rechtsschutzziel verfolgte.²⁵

Zwischenzeitlich erging am 25.6.2015 ein Urteil des Landgerichts Berlin über die Unwirksamkeit der Abberufung des Dr. J als Geschäftsführer sowie die Kündigung des Anstellungsvertrages aufgrund der unwirksamen Errichtung des Aufsichtsrates.²⁶ In der Folge übten die Aufsichtsratsmitglieder, aufgrund von Haftungsrisiken, ihre Ämter nicht weiter aus und Dr. J übernahm faktisch die alleinige Geschäftsführung. Am 6.8.2015 und 7.8.2015 beschlossen die Gesellschafter ohne Beteiligung des Seniors die Unwirksamkeit aller Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 13.10.2014 bezüglich der Einrichtung eines Aufsichtsrats und die Unwirksamkeit der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer, vorsorglich seine Wiederbestellung zum Geschäftsführer sowie die Abberufung des Sohnes des Seniors als Geschäftsführer. In der Folge wurde der Sohn als Ge-

²⁰ LG Berlin, Beschl. v. 12.1.2015 - 93 O 4/15 (n. v.).

²¹ KG Berlin, Urt. v. 23.7.2015 - 23 U 18/15 = GmbHR 2016, 29.

²² KG Berlin, Beschl. v. 24.8.2015 - 23 U 20/15 = GmbHR 2016, 416; vorgehend: LG Berlin, Urt. v. 7.1.2015 - 104 O 2/15 (n. v.).

²³ LG Berlin, Beschl. v. 24.8.2015 - 90 O 66/15 (n. v.).

²⁴ KG Berlin, Beschl. v. 30.6.2016 - 22 W 114/15 = NZG 2016, 987, 988.

²⁵ KG Berlin, Beschl. v. 30.6.2016 - 22 W 114/15 = NZG 2016, 987, 989.

²⁶ LG Berlin, Urt. v. 25.6.2015 - 104 O 93/14 (n. v.); bestätigend KG Berlin, Zwischen- und Endurt. v. 9.11.2017 - 23 U 67/15 = GmbHR 2018, 361 m. Anm. *Otto*.

schäftsführer im Handelsregister gelöscht. Mit Urteil vom 2.7.2019 hat der BGH die Rechtmäßigkeit der Einrichtung des Aufsichtsrats aufgrund der Öffnungsklausel und damit die Rechtmäßigkeit der Abberufung des Dr. J durch den Aufsichtsrat am 7.12.2014 festgestellt.²⁷

Am 27.8.2015 wurde die Einziehung des Geschäftsanteils der von den Söhnen beherrschten Gesellschaft sowie mehrere Änderungen des Gesellschaftsvertrages beschlossen. Diese zielten darauf ab, dem Senior die Ausübung seiner Mehrheitsrechte auch bei etwaiger Unwirksamkeit der Zwangseinziehung zu verwehren (z. B. erhöhte Mehrheitserfordernisse, berufslebenslanges Geschäftsführungs-Sonderrecht zugunsten von Dr. J, Beschränkung der Vererblichkeit von Geschäftsanteilen). Zudem wurde der exklusive Vertriebsvertrag mit der süddeutschen Vertriebsgesellschaft der Unternehmensgruppe gekündigt, die in der Folge insolvent wurde. Gegen die Änderungen des Gesellschaftsvertrags hat der Senior Anfechtungsklagen erhoben. Am 1.9.2015 wurde die auf Grundlage der Gesellschafterversammlung am 27.8.2015 geänderte und durch den beurkundenden Notar eingereichte Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen. Der gerichtlich am 24.8.2015 angeordnete Widerspruch war nicht mehr aufgeführt.

Eine am 2.9.2015 durch den Senior erwirkte einstweilige Verfügung des Landgerichts Berlin, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, die den Senior als Gesellschafter ausweist und ihn einstweilen weiter als Gesellschafter zu behandeln,²⁸ wurde durch das Kammergericht Berlin aufgehoben.²⁹

Am 26.4.2016 legten die Aufsichtsratsmitglieder ihre Ämter nieder.

Das Landgericht Berlin hat den Einziehungsbeschluss vom 6.1.2015 am 16.11.2017 aufgrund der fehlenden Einberufungsbefugnis des Dr. J und (vorsorglich) mangels Vorliegens eines Zwangseinziehungsgrundes für nichtig erklärt.³⁰ Auch eine Eventualeinberufung sei unzulässig. Gleichzeitig wurde die GmbH verurteilt, eine neue, den betroffenen Gesellschafter wieder aufführende Gesellschafterliste einzureichen. Tatsächlich unterblieb die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste. Sich anschließende Gespräche über eine einvernehmliche Streitbeilegung liefen ins Leere. Daraufhin kam es am 3.1.2018 erneut zur zwangsweisen Einziehung des Geschäftsanteils des Seniors, die wiederum am 10.6.2021 mangels Einberufungsbefugnis des Dr. J für nichtig erklärt wurde.³¹ Auch der Einziehungsbeschluss vom 7.1.2015 wurde am 29.9.2021 aufgrund der fehlenden Einberufungsbefugnis von Dr. J und der Unzulässigkeit von Eventualeinberufungen für nichtig erklärt.³²

Schnell wird deutlich, dass nicht nur der Minderheitsgesellschafter die zwangsweise Einziehung seines Geschäftsanteils zu befürchten hat. Insbesondere wenn mindestens ein Geschäftsführer auf Seiten der Minderheit steht, hat auch ein Mehrheitsgesellschafter aufgrund seines Stimmverbots bei

²⁷ BGH, Urt. v. 2.7.2019 - II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 = GmbHR 2019, 988 Rn. 57.

²⁸ LG Berlin, Urt. v. 2.9.2015 - 97 O 93/15 (n. v.).

²⁹ KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416 m. Anm. *Otto*.

³⁰ LG Berlin, Urt. v. 16.11.2017 - 104 O 19/15 (n. v.).

³¹ LG Berlin, Schlussurt. v. 10.6.2021 - 104 O 19/15 (n. v.).

³² LG Berlin, Urt. v. 29.9.2021 - 97 O 48/15 (n. v.).

der Beschlussfassung die zwangsweise Einziehung seines Geschäftsanteils zu befürchten. Weiter unterstreicht der Fall die Missbrauchsgefahren während des Vollzugs der Zwangseinziehung im Zusammenhang mit der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Entgegen der gerichtlichen Einreichungsuntersagung reichte der mitwirkende Notar eine den betroffenen Gesellschafter nicht mehr aufführende Gesellschafterliste ein, die in der Folge durch das Registergericht aufgenommen wurde. Denn dieses fühlte sich ebenfalls nicht an die einstweilige Untersagungsverfügung gebunden. Zudem enthielt die zweite eingereichte Gesellschafterliste letztendlich nicht den gerichtlich verfüzten Widerspruch. Ein Anspruch auf einstweilige Korrektur der Gesellschafterliste wurde dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter versagt. In der Folge haben die übrigen Gesellschafter ohne Rechtssicherheit über die Wirksamkeit der Zwangseinziehung vorsorglich Satzungsänderungen beschlossen, die auch bei etwaiger Unwirksamkeit der Zwangseinziehung dem Senior die Ausübung seiner Mehrheitsrechte verwehren sollen. Gegenüber dem Urteil des Landgerichts im Jahr 2017³³, welches die Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses feststellte, reagierte die Minderheit mit einer erneuten Einziehung. Auch die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste unterblieb. Nachdem auch die Nichtigkeit dieser „zweiten Einziehung“ im Jahr 2021 festgestellt wurde³⁴, steht der Senior vor einem Dilemma: Die Einziehung und Einreichung einer neuen Gesellschafterliste im Jahr 2015 waren nichtig, dennoch wird er seine Gesellschafterstellung aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten (zB Insolvenz der süddeutschen Vertriebsgesellschaft, zwischenzeitlicher unternehmerischer Entscheidungen) nicht in der ursprünglichen Form zurückerlangen.

§ 3 Weitere Fallkonstellationen

Eine Analyse der Rechtsprechung seit der Aufwertung der Gesellschafterliste im Jahr 2008 zu § 34 GmbHG ergab, dass es in selteneren Fällen wie in Berlin aufgrund des Stimmverbots des betroffenen Gesellschafters zur Einziehung des Geschäftsanteils eines Mehrheitsgesellschafters durch die Minderheit kommt.³⁵ Im Regelfall wird der Anteil eines Minderheitsgesellschafters durch die Gesellschaftermehrheit eingezogen.³⁶

³³ LG Berlin, Urt. v. 16.11.2017 - 104 O 19/15 (n. v.).

³⁴ LG Berlin, Schlussurt. v. 10.6.2021 - 104 O 19/15 (n. v.).

³⁵ Vgl. nur BGH Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 m. Anm. *Wanne-Laufer*; BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993; OLG Stuttgart, Urt. v. 19.12.2012 - 14 U 10/12 = GmbHR 2013, 414; OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.8.2013 - I-17 U 22/13 = BeckRS 2015, 4479.

³⁶ Vgl. nur OLG Hamm, Urt. v. 18.5.2009 - I-8 U 184/08 = GmbHR 2009, 1161; LG Saarbrücken, Urt. v. 18.11.2009 - 7 KfH O 67/09 = GmbHR 2010, 762; LG Essen, Urt. v. 9.6.2010 - 42 O 100/09 = GmbHR 2010, 1034 m. Anm. *Blunk*; LG Neubrandenburg, Urt. v. 31.3.2011 - 10 O 62/09 = GmbHR 2011, 823; BGH, Urt. v. 5.4.2011 - II ZR 263/08 = GmbHR 2011, 761; OLG Rostock, Urt. v. 27.6.2012 - 1 U 59/11 = GmbHR 2013, 752 m. Anm. *Blunk*; OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.5.2013 - 14 U 12/13 = GmbHR 2013, 803; BGH, Urteil vom 24.9.2013 - II ZR 216/11 = GmbHR 2013, 1315 m. Anm. *Rüdiger*; BGH, Urt. v. 29.4.2014 - II ZR 216/13 = GmbHR 2014, 811 m. Anm. *Wachter*; OLG Dresden, Urt. v. 25.8.2016 - 8 U 347/16 = GmbHR 2016, 1149; OLG München, Urt. v. 5.10.2016 - 7 U 3036/15 = GmbHR 2017, 40; BGH, Urt. v. 26.6.2018 - II ZR 65/16 = NJW-RR 2018, 1054; OLG

Auch über die Zulässigkeit einer wechselseitigen Einziehung von Geschäftsanteilen einer Zwei-Mann-GmbH in derselben Gesellschafterversammlung wurde gerichtlich entschieden.³⁷ Das Gericht erachtete eine wechselseitige Einziehung als unzulässig. Denn eine gleichzeitige Abstimmung führe zu einer Gesellschafterlosigkeit, die mit dem Wesen der GmbH unvereinbar sei (vgl. § 1 GmbHG) und bewirke die Nichtigkeit der Einziehungsbeschlüsse. Hingegen habe bei einer nacheinander erfolgenden Beschlussfassung zwingend nur der erste Einziehungsbeschluss Erfolg. Die Wirksamkeit der Einziehung hänge von der Reihenfolge der Tagesordnung und nicht von dem Vorliegen der Einziehungsvoraussetzungen ab. Hingegen ist die einseitige Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils in einer Zwei-Mann-GmbH bei einer entsprechenden Satzungsregelung unter denselben Voraussetzungen wie bei anderen GmbHs zulässig.

Während die Mehrzahl der Fälle die Wirksamkeit der Einziehung im Rahmen des Hauptsacheverfahrens zum Inhalt hatte, gewann auch der einstweilige Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG im Jahr 2008 an Bedeutung.³⁸ Kraft dessen sollte in unterschiedlichen Erscheinungsformen der Vollzug der Zwangseinziehung verhindert werden. Während im Verfahren des Landgerichts Essen noch allgemein die Untersagung des Vollzugs der Einziehung und der Durchführung von Gesellschafterversammlungen ohne den betroffenen Gesellschafter angestrebt wurde,³⁹ bezogen sich die weiteren Entscheidungen konkret auf die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste.⁴⁰ Im Fall des Oberlandesgerichts München strebte der Kläger erstinstanzlich vorbeugend die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste sowie die Sicherung seiner Gesellschafter- und Geschäftsführerrechte an.⁴¹ Das Oberlandesgericht München als Berufungsinstanz erachtete entsprechende Verfügungen mangels Verfügungsgrundes als unbegründet.⁴² Hingegen wurde in der Mehrzahl der Fälle unverzüglich nach der Beschlussfassung über die Einziehung eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht, in welcher der betroffene Gesellschafter nicht mehr aufgeführt war. Während das Landgericht Heidelberg die Einreichung einer neuen, den betroffenen Gesellschafter wieder aufführenden Liste anordnete,⁴³ verfügte das Landgericht Kassel nur über die Zuordnung eines Widerspruchs zu der Gesellschafter-

Stuttgart, Urt. v. 27.6.2018 - 14 U 33/17 = GmbHR 2019, 67 m. Anm. *Rüdiger*.

³⁷ LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH (n. v.).

³⁸ Vgl. zum einstweiligen Rechtsschutz: OLG Thüringen, Urt. v. 24.8.2016 - 2 U 168/16 = GmbHR 2017, 416, 417 m. Anm. *Wagner*; LG Essen, Urt. v. 9.6.2010 - 42 O 100/09 = GmbHR 2010, 1034 m. Anm. *Blunk*; LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH (n. v.); LG Kassel, Urt. v. 11.7.2018 - 11 O 4146/16 = GWR 2019, 29; OLG München, Urt. v. 2.12.2020 - 7 U 4305/20.

³⁹ LG Essen, Urt. v. 9.6.2010 - 42 O 100/09 = GmbHR 2010, 1034 m. Anm. *Blunk*.

⁴⁰ OLG Thüringen, Urt. v. 24.8.2016 - 2 U 168/16 = GmbHR 2017, 416, 417 m. Anm. *Wagner*; LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH (n. v.); LG Kassel, Urt. v. 11.7.2018 - 11 O 4146/16 = GWR 2019, 29.

⁴¹ OLG München, Urt. v. 2.12.2020 - 7 U 4305/20, juris Rn. 13 ff.

⁴² OLG München, Urt. v. 2.12.2020 - 7 U 4305/20, juris Rn. 40 ff.

⁴³ LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 29 ff.

liste, um den betroffenen Gesellschafter zu schützen.⁴⁴ Hingegen erachtete das Oberlandesgericht Thüringen die landgerichtliche Verfügung, den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens weiterhin als Gesellschafter zu behandeln, als unzulässig.⁴⁵

⁴⁴ LG Kassel, Urt. v. 11.7.2018 - 11 O 4146/16 = GWR 2019, 29.

⁴⁵ OLG Thüringen, Urt. v. 24.8.2016 - 2 U 168/16 = GmbHR 2017, 416, 417 m. Anm. *Wagner*.

Zweiter Teil

Grundlagen

Um die Bedeutung der Gesellschafterliste für die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen untersuchen zu können, müssen zunächst Grundlagen erarbeitet werden. Nachdem das Institut der Zwangseinziehung (§ 4) untersucht wurde, wird auf die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste eingegangen (§ 5).

§ 4 Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 34 Abs. 2 GmbHG

§ 34 Abs. 2 GmbHG ermöglicht es, einen GmbH-Geschäftsanteil ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters einzuziehen. Der knappe Wortlaut lässt einige grundlegende Fragen offen, die zunächst erläutert werden müssen, um auf die spezifischen Fragestellungen rund um den Vollzug der Zwangseinziehung unter besonderer Beachtung der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste eingehen zu können. In § 34 GmbHG heißt es seit dessen Einführung im Jahr 1892 unverändert:

„(1) Die Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen darf nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist.

(2) Ohne die Zustimmung des Anteilsberechtigten findet die Einziehung nur statt, wenn die Voraussetzungen derselben vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren.

(3) Die Bestimmung in § 30 Abs. 1 bleibt unberührt.“

Ein vergleichender Blick auf den Wortlaut von § 34 Abs. 1 GmbHG und § 34 Abs. 2 GmbHG zeigt, dass es zwei Formen der Einziehung gibt: die freiwillige Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG und die zwangsweise Einziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG. Nach § 34 Abs. 1 GmbHG ist die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen nur zulässig, soweit eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung existiert. § 34 Abs. 2 GmbHG stellt weitere Anforderungen an die gesellschaftsvertragliche Regelung der Zwangseinziehung: Die Voraussetzungen der Zwangseinziehung müssen statuiert gewesen sein, bevor der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter den Geschäftsanteil erworben hat. In § 34 Abs. 3 GmbHG findet sich noch ein kurzer Verweis auf die Kapitalerhaltungsvorschrift des § 30 Abs. 1 GmbHG, der jedoch keine Rechtsklarheit bewirkt. Zudem ergibt sich aus einer Zusammenschau mit § 46 Nr. 4 Var. 3 GmbHG die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Einziehung von Geschäftsanteilen, soweit durch den Gesellschaftsvertrag keine andere Zuständigkeit begründet wurde. Denn § 46 GmbHG ist nach § 45 Abs. 2 GmbHG nur dann anwendbar, wenn der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Bestimmungen enthält. Die Gesellschafterversammlung übt ihre Zuständigkeit nach § 47 Abs. 1 GmbHG durch Beschluss-

fassung mit einfacher Mehrheit aus.

Zwar lassen sich aus dem Gesetz einige, die Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen betreffende Vorschriften ableiten, jedoch bleiben verschiedene rechtliche Unklarheiten bestehen, die in der Praxis zu zahlreichen Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen führen.

Um die rechtlichen Unsicherheiten rund um die Rechtsfolgen der Zwangseinziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG und Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Gesellschafters unter Beachtung der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste besser untersuchen zu können, soll zunächst kurz auf die historische Entwicklung (I.) und das Telos (II.) des § 34 Abs. 2 GmbHG eingegangen werden. Anschließend sollen die Voraussetzungen der statutarischen Zwangseinziehungsklausel (III.) sowie der Tatbestand der Zwangseinziehung (IV.) im Fokus stehen, bevor abschließend auf den Wirksamkeitszeitpunkt (V.) und die Rechtsfolgen (IV.) der Zwangseinziehung eingegangen wird.

I. Historische Entwicklung des Instituts der Zwangseinziehung

Schon im Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.7.1884 erschien es fraglich, ob die bestehenden Rechtsformen für jede Art von Unternehmungen, die eine Kapitalvereinigung erfordern, genügten oder ob es der Einführung einer neuen Rechtsform nach dem Vorbild der bergrechtlichen Gewerkschaft bedürfte.⁴⁶ Infolge einer längeren Diskussion in der Wissenschaft und Praxis⁴⁷ wurde 1892 das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) erlassen, um „*auch die individualistische Gesellschaftsform einer etwas freieren und beweglicheren Entwicklung*“ zuzuführen.⁴⁸

Die bereits bestehenden Gesellschaftsformen wurden als ungeeignet empfunden.⁴⁹ Die Rechtsform der Genossenschaft sei schon gesetzlich nur für bestimmte Zwecke zulässig. Die bei der KG bestehende Verknüpfung zwischen Geschäftsführung und Haftung sei nicht geeignet, wenn die Gesellschaft auf Initiative des Kapitalgebers zustande komme. Die AG sei auf einen großen Kreis von Aktionären angelegt, die keine enge Verbindung zueinander aufweisen. Die KGaA kombiniere die Nachteile der KG mit denen der AG. Die bei der OHG geltende persönliche Haftung der Gesellschafter sei nur bei persönlichem Auftreten der Gesellschafter gerechtfertigt.⁵⁰ Die GmbH sollte eine Mittelstellung „*zwischen den bisherigen Individualgesellschaften, repräsentiert durch die offene Handelsgesellschaft, und [...] den kapitalistischen Gesellschaften, repräsentiert durch die Ak-*

⁴⁶ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Leg, 3. Bd., S. 215, 237.

⁴⁷ *Koberg*, Die Entstehung der GmbH, S. 35 ff.

⁴⁸ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 6. Bd., S. 4303.

⁴⁹ Hierzu und zum Folgenden: Entwurf des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, Amtliche Ausgabe, Berlin 1891; ausführlich *Koberg*, Die Entstehung der GmbH, S. 125 ff.

⁵⁰ Entwurf des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, Amtliche Ausgabe, Berlin 1891; ausführlich *Koberg*, Die Entstehung der GmbH, S. 125 ff.

tiengesellschaft“, einnehmen.⁵¹

1. Entstehungsgeschichte der Zwangseinziehung

a) Einführung mit dem GmbHG von 1892

Der ursprüngliche, am 20.10.1891 in den Bundesrat eingebrachte Gesetzesentwurf zum GmbHG von 1891 sah keine Möglichkeit zur zwangsweisen Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen vor. Vielmehr wurde durch den ursprünglichen § 34 S. 2 GmbHG-E von 1891 eine Einziehung gegen den Willen des Anteilsberechtigten sogar ausdrücklich verboten:

*„Die Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen darf nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrage zugelassen ist. **Gegen den Willen des Anteilsberechtigten findet die Einziehung nicht statt.** Die Bestimmung im § 30 Absatz 1 bleibt unberührt.“⁵²*

Der Entwurf erfuhr Zustimmung durch den Bundesrat, woraufhin der Reichskanzler *Graf von Caprivi* den unveränderten Entwurf am 11.2.1891 in den Reichstag einbrachte.⁵³ In der ersten Lesung im Reichstag vom 19.2.1892 wurde auf Antrag des Abgeordneten *Oechselhäuser*⁵⁴ durch Beschluss eine 14-köpfige Kommission zur Beratung über den Entwurf zum GmbHG eingesetzt.⁵⁵ Die Kommission beriet sich in sechs Sitzungen.⁵⁶ Es fand keine grundsätzliche Überarbeitung des Gesetzesentwurfs statt, vielmehr beschränkten sich die Änderungen größtenteils auf inhaltliche und redaktionelle Präzisierungen.⁵⁷ In Bezug auf § 34 GmbHG kam es jedoch zu einer grundlegenden inhaltlichen Änderung. Der bisherige § 34 S. 2 GmbHG-E, der eine Einziehung gegen den Willen des Anteilsberechtigten ausdrücklich untersagte, wurde gestrichen und dafür im bis heute unverändert bestehenden § 34 Abs. 2 GmbHG ohne Begründung die Möglichkeit der Zwangseinziehung eingefügt:

„Ohne die Zustimmung des Anteilsberechtigten findet die Einziehung nur statt, wenn die Voraussetzungen derselben vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrage festgesetzt waren.“⁵⁸

Als mögliche Begründung für die kommentarlose Einfügung der Zwangseinziehung wird die Nähe

⁵¹ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 6. Bd., S. 4304.

⁵² Deutscher Handelstag, Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung 1891, S. 14; Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3718.

⁵³ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3715 ff.

⁵⁴ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 6. Bd., S. 4305.

⁵⁵ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 6. Bd., S. 4307.

⁵⁶ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 6. Bd., S. 4005 ff.

⁵⁷ *Koberg*, Die Entstehung der GmbH, S. 171, ausführlich zu den vorgenommenen Änderungen S. 166 ff.

⁵⁸ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 6. Bd., S. 4005, 4009, 4021 f.

zu der damaligen Amortisationsnorm im Aktienrecht (§ 215d Abs. 2 ADHGB⁵⁹) angeführt.⁶⁰ Zwar weisen die Amortisationsnormen im GmbHG und AktG gewisse Ähnlichkeiten auf:⁶¹ Zwecks Anteilhaberschutzes ist eine freiwillige Einziehung nur mit Zustimmung des Betroffenen vorgesehen. Weiterhin sind im Fall der Zwangseinziehung weitere Voraussetzungen an die statutarische Vereinbarung zu stellen. Zudem sehen beide Normen Vorschriften zum Schutz der Gläubiger vor (§ 34 Abs. 3 GmbHG, Art. 215d Abs. 2 S. 1 ADHGB). Jedoch erkannte schon der Reichstag 1892 die elementaren Unterschiede zwischen der AG und der GmbH, sodass die gewisse Ähnlichkeit der beiden Normen keine hinreichende Begründung für die kommentarlose Einfügung darstellen kann:

„Der Entwurf gestattet die Einziehung nur mit Zustimmung des Antheilsberechtigten. Ebensowenig, wie diesem soll der Gesellschaft ein Recht zustehen, Antheile zum Zweck der Rückzahlung einseitig zu kündigen. Ein derartiges Recht, wie es bei der Aktiengesellschaft unter Umständen zulässig ist, würde dem Wesen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und dem Charakter der Mitgliedschaft bei derselben nicht entsprechen.“⁶²

Die Kommission legte dem Reichstag den überarbeiteten Entwurf am 15.3.1892 vor, der diesen seinerseits in zweiter Lesung am 19.3.1892 wegen des kurz bevorstehenden Endes der Legislaturperiode⁶³ ohne Sachdebatte *en bloc* angenommen hat.⁶⁴ Die dritte Lesung fand am 21.3.1892 statt, die ihrerseits wiederum ohne Sachdebatte in einer Verabschiedung des unveränderten Gesetzesentwurfs mündete.⁶⁵ Nachdem der Bundesrat am 7.4.1892 dem Gesetzesentwurf zustimmte,⁶⁶ das Gesetz vom Kaiser ausgefertigt und am 26.4.1892 im Reichsgesetzblatt verkündet wurde,⁶⁷ trat das GmbHG am 10.5.1892 in Kraft.⁶⁸

b) Reformbestrebungen

Seit dem Inkrafttreten am 10.5.1892 kam es zu 58 Änderungen des GmbHG.⁶⁹ Hingegen besteht § 34 GmbHG seit 1892 unverändert, obwohl immer wieder Reformbestrebungen auftauchten.

⁵⁹ Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.7.1884 = RGBL. 1884, Nr. 22, S. 123 ff.

⁶⁰ *Niemeier*, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 10 f.

⁶¹ So schon *Niemeier*, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 11.

⁶² Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3747.

⁶³ Vgl. *Koberg*, Die Entstehung der GmbH, S. 171.

⁶⁴ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 7. Bd., S. 4858 f.

⁶⁵ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 7. Bd., S. 4886.

⁶⁶ Protokolle über die Verhandlungen des Bundesrats des Deutschen Reichs 1892, S. 244.

⁶⁷ RGBL. 1892, S. 479 ff.

⁶⁸ Siehe Art. 2 S. 3 der Reichsverfassung, der anordnete, dass ein Gesetz 14 Tage nach der Veröffentlichung im Reichsgerichtsblatt in Kraft tritt, sofern das Gesetz keine andere Bestimmung enthält; vgl. *Koberg*, Die Entstehung der GmbH, S. 174.

⁶⁹ Vgl. Schönfelder Änderungsverzeichnis zum GmbHG (Stand: 31.12.2021).

Schon der Referentenentwurf von 1969 sah wesentliche Erweiterungen des § 34 GmbHG vor.⁷⁰ Neben einigen sprachlichen und inhaltlichen Veränderungen, sollten Erkenntnisse aus der Rechtsprechung und Lehre kodifiziert werden.⁷¹ Während die Absätze 1 und 2 nur geringfügige sprachliche Veränderungen erfahren sollten, brachten die Absätze 3 bis 6 wesentliche inhaltliche Neuerungen mit sich. Absatz 3 ersetzte den Verweis auf § 30 Abs. 1 GmbHG, indem eine inhaltlich damit übereinstimmende Regelung kodifiziert wurde. Zudem wurde ergänzt, dass eine Einziehung nur erfolgen kann, wenn keine Einlagerückstände bestehen, um einem faktischen Erlass von Einlageforderungen zu begegnen. In Absatz 4 wurde zugunsten der Rechtssicherheit statuiert, dass die Einziehung eines Beschlusses bedarf (S. 1), in dem auch festgestellt wird, dass die Voraussetzungen für die Einziehung vorliegen (S. 2). Nach Abs. 4 S. 3 sollte die Einziehung erst mit Erklärung derselben gegenüber dem betroffenen Gesellschafter wirksam werden. Absatz 5 enthielt die Regelung, dass die Einziehung sowohl mit als auch ohne Kapitalherabsetzung möglich ist. Nach Abs. 5 S. 1 erhöhten sich im Fall der Einziehung ohne Kapitalherabsetzung die Nennbeträge der übrigen Anteile entsprechend des unter ihnen bestehenden Verhältnisses. Zwecks Rechtssicherheit sollten die erhöhten Nennbeträge durch Beschluss nach Abs. 5 S. 2 festgestellt werden. Die Sätze 3 und 4 stellten an den Beschluss besondere Formerfordernisse. In Abs. 5 S. 5 wurde den Geschäftsführern die Pflicht auferlegt, unverzüglich nach der Einziehung eine unterschriebene berichtigte Gesellschafterliste einzureichen, um deren Aussagewert zu erhöhen. Nach Absatz 6 sollte es der GmbH möglich sein, den Anteil selbst zu übernehmen, wenn sie ihn tatbestandlich einziehen könnte.

Letztlich wurden die auf Grundlage des Referentenentwurfs von 1969 erarbeiteten und im Wesentlichen übereinstimmenden⁷² Regierungsentwürfe von 1971 und 1973 wegen der gegen sie vorgebrachten Kritik im Bundestag nicht beschlossen.⁷³

Weder die GmbH-Novelle von 1980⁷⁴ noch das MoMiG von 2008⁷⁵ sahen wörtliche Änderungen des § 34 GmbHG vor, sodass dieser bis heute in der Fassung von 1892 unverändert gilt. Ob das MoMiG entgegen seines äußeren Anscheins Auswirkungen auf die Zwangseinziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG mit sich brachte, gilt es zu untersuchen.

⁷⁰ Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung 1969, S. 23.

⁷¹ Hierzu und zum Folgenden: Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung 1969, S. 198 f.

⁷² Es wurde lediglich Absatz 6 dahingehend ergänzt, dass für die Übernahme Absatz 4 sinngemäß gelten sollte und der betroffene Gesellschafter die gleichen Rechte wie bei der Einziehung hat.

⁷³ *Küperkoch*, Das zwangsweise Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters mittels Einziehung, S. 16 m. w. N.

⁷⁴ Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4.7.1980 (BGBl. I 1980, S. 836 ff.).

⁷⁵ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, S. 2026 ff.).

2. Neuere Entwicklungen seit 2008

Zwar besteht § 34 GmbHG seit rund 130 Jahren in seinem Wortlaut unverändert, jedoch sind im Zusammenhang mit der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen zwei neuere Entwicklungen in der Gesetzgebung und Rechtsprechung zu verzeichnen, die rechtliche Auswirkungen auf das Institut der Einziehung mit sich bringen. Zum einen wertete der Gesetzgeber die Gesellschafterliste mit Erlass des MoMiG im Jahr 2008 zum „zentralen Rechtsscheinsträger“⁷⁶ auf (a)). Zum anderen gab der BGH die Bedingungstheorie im Jahr 2012 auf (b)).

a) Aufwertung der Gesellschafterliste durch MoMiG im Jahr 2008

Nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung derjenige als Inhaber des Geschäftsanteils, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Ausweislich des klaren Wortlauts gilt § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG entgegen seiner Vorgängernorm nicht mehr nur für den rechtsgeschäftlichen Anteilswerb,⁷⁷ sondern für alle Formen der Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung. Mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG geht eine Aufwertung der Gesellschafterliste zum „zentralen Rechtsscheinsträger“⁷⁸ im Recht der GmbH einher. Da die Einziehung regelmäßig sowohl eine Veränderung im Gesellschafterbestand als auch im Umfang ihrer Beteiligung mit sich bringt, gilt die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG seit 2008 auch für den Fall der Einziehung.⁷⁹

b) Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH im Jahr 2012

Bis 2012 wurde weitgehend vertreten, die Wirksamkeit der Einziehung stehe nach § 158 Abs. 1 BGB unter der aufschiebenden Bedingung der Abfindungszahlung aus freiem Vermögen (sog. Bedingungstheorie).⁸⁰ In seiner erstmaligen Stellungnahme im Jahr 2012 entschied der BGH, dass die Einziehung mit Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses an den Betroffenen ohne Rücksicht auf die Abfindungszahlung wirksam wird und die verbleibenden Gesellschafter *pro rata* persönlich

⁷⁶ Otto, GmbHR 2016, 416, 419.

⁷⁷ So § 16 Abs. 1 in seiner Fassung bis zum 31.10.2008.

⁷⁸ Otto, GmbHR 2016, 416, 419.

⁷⁹ Ausführlich zur Frage der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auf die Zwangseinziehung unter § 5 III.

⁸⁰ RG, Urt. v. 24.11.1933 - II 113/33, RGZ 142, 286, 290 f.; OLG Köln, Urt. v. 21.5.1996 - 3 U 130/95 = NJW-RR 1997, 356 f.; OLG Frankfurt aM, Urt. v. 26.11.1996 - 5 U 111/95 = NJW-RR 1997, 612 f.; OLG Hamm, Urt. v. 11.1.1999 - 8 U 42/98 = NZG 1999, 597, 598; OLG Köln, Urt. v. 26.3.1999 - 19 U 108/96 = NZG 1999, 1222; OLG Schleswig, Urt. v. 27.1.2000 - 5 U 154/98 = NZG 2000, 703, 704 f. m. Anm. Sosnitza; OLG Dresden, Urt. v. 21.8.2001 - 2 U 673/01 = GmbHR 2001, 1047, 1048; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.11.2006 - I-6 U 283/05 = ZIP 2007, 1064 – s. dazu BGH, Beschl. v. 28.1.2008 - II ZR 290/06 = NZG 2008, 516 Rn. 2; Gehrlein, ZIP 1996, 1157, 1159; ders., DB 1998, 2355, 2356; Käßler, ZGR 1978, 542, 571; Bacher/v. Blumenthal, NZG 2008, 406, 407 f.; ebenso die Gesetzesbegründung, Aml. Ausgabe 1891, 86 f.

haften, soweit die Abfindung zum späteren Fälligkeitszeitpunkt nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann (nachträgliche Unterdeckung).⁸¹ Hingegen bestätigte der BGH gleichzeitig seine Sichtweise, der Einziehungsbeschluss sei analog § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann (anfängliche Unterdeckung).⁸² In einem Urteil aus dem Jahr 2016 verdeutlichte der BGH wegen zahlreicher Kritik, dass die persönliche Haftung der übrigen Gesellschafter nur entstehe, wenn sich die Gesellschafter treuwidrig verhalten, indem sie die Gesellschaft fortführen ohne Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs zu ergreifen (z. B. durch Auflösung stiller Reserven, vereinfachte Kapitalherabsetzung nach § 58a GmbHG, Erwerb eines neu gebildeten Geschäftsanteils oder durch sonstige freiwillige Leistung an die Gesellschaft⁸³).⁸⁴

Seit 2012 steht somit für die Praxis fest, dass die Einziehung in Ermangelung einer abweichenden Satzungsregelung mit Bekanntgabe der Einziehung an den betroffenen Gesellschafter wirksam wird und dieser bereits zu diesem Zeitpunkt seine materielle Gesellschafterstellung verliert.⁸⁵ Vorher konnte die Wirksamkeit der Einziehung durch Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Abfindung oder durch entsprechende Ratenzahlungsvereinbarungen in der Satzung beeinflusst werden.⁸⁶

II. Telos der Zwangseinziehung

Der sehr knappe Wortlaut des § 34 Abs. 2 GmbHG lässt keine teleologischen Rückschlüsse zu. Da § 34 GmbHG a. F. kommentarlos durch die eingesetzte Kommission um das Institut der Zwangseinziehung ergänzt wurde,⁸⁷ könnte eine Betrachtung der historischen Begründung des Gesetzgebers zum Institut der freiwilligen Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG zielführend sein. Der historische Gesetzgeber⁸⁸ sah die Vorteile der freiwilligen Einziehung zunächst in der Möglichkeit, (1.) eine beschlossene Kapitalherabsetzung umzusetzen oder (2.) die Rentabilität durch Verringerung des Gesellschafterkreises ohne Kapitalherabsetzung zu erhöhen. Zum anderen (3.) sah er hierin eine Möglichkeit des Ausscheidens, ohne dass ein Anteil übertragen werden muss. Allerdings ist der grundlegende Unterschied zwischen der freiwilligen und zwangsweisen Einziehung zu beachten. Während sich die freiwillige Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG durch die Zustimmung des Be-

⁸¹ BGH Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 21 ff.

⁸² BGH Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 7; bereits zuvor: BGH, Urt. v. 19.6.2000 - II ZR 73/99, BGHZ 144, 365, 369 f. = NZG 2000, 1027, 1028 f.; Beschl. v. 8.12.2008 - II ZR 263/07 = NZG 2009, 221 Rn. 7; Urt. v. 5.4.2011 - II ZR 263/08 = NZG 2011, 783 Rn. 13; eine kritische Beleuchtung dieser Sichtweise unter § 8 I. 7. c) bb) (2).

⁸³ Vgl. BGH Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 21.

⁸⁴ BGH Urt. v. 10.5.2016 - II ZR 342/14 = NZG 2016, 742 Rn. 23.

⁸⁵ Hierzu unter § 4 VI. 1. a).

⁸⁶ MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 76.

⁸⁷ Zur Entstehungsgeschichte der Zwangseinziehung unter § 4 I. 1.

⁸⁸ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3747.

troffenen kennzeichnet, erfolgt die Zwangseinziehung gerade ohne Zustimmung des Betroffenen. Schon der historische Gesetzgeber erkannte diesen elementaren Unterschied und führte in derselben Begründung aus, ein einseitiges Kündigungsrecht der Gesellschaft wie bei der AG sei bei der GmbH nicht denkbar.⁸⁹

Dieser elementare Unterschied wird umso deutlicher, wenn man die gesetzgeberischen Erwägungsgründe der freiwilligen Einziehung näher analysiert.⁹⁰ Während (1.) die ungleichmäßige Kapitalherabsetzung der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedarf,⁹¹ ist die (2.) Steigerung der Rentabilität kein geeigneter Grund, einen Gesellschaftsanteil zwangsweise einzuziehen. Mit der Möglichkeit des Ausscheidens ohne Übertragung des Anteils (3.) ist nur das einvernehmliche Ausscheiden eines Gesellschafters gemeint. Schnell wird deutlich, dass die im Zusammenhang mit der freiwilligen Einziehung aufgeführten Zwecke des historischen Gesetzgebers nicht ohne Weiteres auf das Rechtsinstitut der Zwangseinziehung übertragbar sind.

Während für den historischen Gesetzgeber noch die in allen drei Erwägungsgründen anklingenden, ihm von der AG bekannten kapitalistischen Zwecke der Einziehung im Vordergrund standen, erscheinen nach heutigem Verständnis vorrangig personenbezogene Gründe für die Zwangseinziehung maßgebend.⁹² Diese können allenfalls aus dem dritten, zuvor genannten Erwägungsgrund des historischen Gesetzgebers abgeleitet werden. Dass die kapitalistisch geprägten Zwecke der AG nicht vollumfänglich auf die GmbH übertragbar sind, erschien schon zum damaligen Zeitpunkt nachvollziehbar. Denn die GmbH sollte nach dem gesetzgeberischen Willen individualistischer geprägt sein als die AG.⁹³

Das Institut der Zwangseinziehung dient nach dem heutigen Verständnis primär der Beendigung der Mitgliedschaft ohne den Bestand der Gesellschaft in Frage zu stellen.⁹⁴ Ein solches Bedürfnis besteht nicht nur bei der freiwilligen Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG. Vielmehr erscheint in bestimmten Situationen das Bedürfnis der verbleibenden Gesellschafter sogar höher, die Mitgliedschaft eines anderen Gesellschafters ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters einseitig zu beenden, ohne den Bestand der Gesellschaft zu berühren. Dabei hängt es vom Zwangseinziehungsgrund ab, ob es den verbleibenden Gesellschaftern primär darauf ankommt nur den Gesellschafter

⁸⁹ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3747.

⁹⁰ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3747.

⁹¹ MüKoGmbHG/J. Vetter § 58 Rn. 64.

⁹² Fritz, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 31 ff.; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 6 ff.

⁹³ Aus diesem Grund wurde zunächst die Zwangseinziehung bei der GmbH abgelehnt, vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3747 (hierzu auch unter § 4 I.).

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 15.11.1993 - II ZR 42/93 = DStR 1994, 368; BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 1, 4; Scholz/Westermann § 43 Rn. 3 f.; ders. in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 447, 457; Grunewald, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 22 ff.; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 14 ff.

auszuschließen oder den Eintritt gesellschaftsfremder Dritter in die GmbH zu verhindern.⁹⁵ Der Gedanke, mit der Einziehung einseitig Veränderungen im Gesellschafterbestand herbeiführen zu können ohne die Gesellschaft in ihrem Bestand zu tangieren, ist somit ohne Weiteres auf die Zwangseinziehung übertragbar. Dabei stellt das Institut der Zwangseinziehung ein gruppenbezogenes Verteidigungsrecht dar, das nicht dazu dient, den einzelnen Gesellschafter zu schützen.⁹⁶

III. Statutarische Zwangseinziehungsklausel

Bei den Anforderungen, die an die statutarische Zwangseinziehungsklausel zu stellen sind, ist zwischen der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG (1.) und den speziellen Voraussetzungen der Zwangseinziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG (2.) zu unterscheiden.

1. Zulässigkeit der Zwangseinziehung

Nach § 34 Abs. 1 GmbHG darf die Einziehung von Geschäftsanteilen nur erfolgen, wenn die Einziehung gesellschaftsvertraglich zugelassen ist. § 34 Abs. 2 GmbHG statuiert darüber hinaus, dass die Voraussetzungen der Zwangseinziehung und somit zugleich ihre grundsätzliche Zulässigkeit vor dem Zeitpunkt, in dem der betroffene Gesellschafter den Geschäftsanteil erworben hat, vertraglich festgesetzt gewesen sein müssen. Wenn die Zwangseinziehung ohne eine entsprechende Satzungsregelung beschlossen wird, ist der Zwangseinziehungsbeschluss nichtig.⁹⁷

Der Gesellschaftsvertrag muss keine Angaben zur Abfindung und deren Fälligkeit enthalten.⁹⁸ Die Abfindungszahlung ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Zwangseinziehung, sondern vielmehr deren Rechtsfolge.⁹⁹ Zudem ergibt sich der Abfindungsanspruch des betroffenen Gesellschafters schon aus ungeschriebenem Recht, richtet sich ohne abweichende Regelung nach dem Verkehrswert des GmbH-Anteils und ist im Zweifel sofort fällig, vgl. § 271 Abs. 1 BGB.¹⁰⁰

a) Nachträgliche Festsetzung

Sofern die Gesellschafter jedoch nachträglich eine Zwangseinziehungsklausel einfügen oder inhaltlich verändern möchten, stellt sich die Frage, (1.) ob dies nachträglich im Rahmen einer Satzungsänderung überhaupt zulässig ist und (2.) gegenüber wem die Zwangseinziehungsklausel gilt.

⁹⁵ Vgl. *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 32 ff.; zu den Zwangseinziehungsgründen unter § 4 III. 2. a).

⁹⁶ *Grunewald*, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 22 ff.

⁹⁷ Dazu unter § 8 I. 7. c) aa) (1).

⁹⁸ So die ganz herrschende Meinung auch schon vor Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH im Jahr 2012: BGH, Urt. v. 20.2.1995 - II ZR 46/94 = NJW-RR 1995, 667, 668; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.10.2010 - 5 U 189/09 = GmbHR 2011, 1320, 1321; Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 14; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 50; Harst, GmbHR 1987, 183, 184 f.; anders die früher herrschende Meinung: OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.1957 - 2 W 95/56 = NJW 1957, 1033; Hueck, DB 1957, 37; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 232 ff.

⁹⁹ So schon Harst, GmbHR 1987, 183, 185 vor Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH.

¹⁰⁰ BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 26; ausführlich zur dogmatischen Herleitung des Abfindungsanspruchs im GmbH-Recht *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 62 ff.

Auf den ersten Blick scheint der Wortlaut des § 34 Abs. 2 GmbHG der nachträglichen Statuierung entgegenzustehen. Es ist ausdrücklich kodifiziert, dass eine Einziehung ohne Zustimmung nur zulässig ist, wenn die Voraussetzungen derselben im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren, bevor der betroffene Gesellschafter den Anteil erwarb. Diese zusätzlichen Anforderungen der Zwangseinziehung entspringen dem elementaren Unterschied zwischen den beiden Einziehungsformen – die freiwillige Einziehung beruht immer auf der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters, während die Zwangseinziehung ohne dessen Zustimmung erfolgt. Mangels gesetzgeberischer Begründung zum Institut der Zwangseinziehung¹⁰¹ vermag eine historische Auslegung keine Anhaltspunkte zu liefern.

Aussichtsreicher erscheint eine teleologische Auslegung. § 34 Abs. 2 GmbHG schützt den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter vor dem Verlust seines Anteils mittels eines Instruments, mit dem er mangels entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung bei der Gründung oder seinem Eintritt nicht zu rechnen brauchte.¹⁰² Wenn der Gesellschafter einer entsprechenden Regelung bei Gründung der Gesellschaft ausdrücklich zustimmt oder bei Erwerb des Anteils jedenfalls konkludent akzeptiert,¹⁰³ erscheint er nicht schutzwürdig. Denn der Gesellschafter weiß, was ihm droht und kann sein Verhalten dementsprechend ausrichten, um auf diese Weise den Verlust seines Anteils zu vermeiden.

Auch bei einer nachträglichen Zustimmung zur Zwangseinziehungsklausel weiß der Gesellschafter, unter welchen Voraussetzungen er mit einem Verlust seines Anteils ohne seine Zustimmung rechnen muss. Insofern steht der Schutz des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters der nachträglichen Statuierung einer Zwangseinziehungsklausel nicht entgegen. Es kann dem Gesellschafter auf Grundlage der Privatautonomie nicht verwehrt sein, freiwillig auf seinen Schutz zu verzichten. Mithin erscheint eine Satzungsänderung zur Einführung der Möglichkeit der Zwangseinziehung grundsätzlich auch nach Gründung oder Beitritt des Gesellschafters entgegen des Wortlauts des § 34 Abs. 2 GmbHG zulässig.

b) Notwendige Mehrheit

aa) Meinungsstand

Zwar ist man sich weitgehend darüber einig, eine entsprechende nachträgliche Einfügung als zulässig zu erachten.¹⁰⁴ Jedoch besteht Uneinigkeit bezüglich der Frage, welche Mehrheit zur Einführung

¹⁰¹ Ausführlich § 4 I. 1.

¹⁰² BGH, Urt. v. 19.9.1977 - II ZR 11/76 = NJW 1977, 2316; Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 31; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 3, 32; Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 28.

¹⁰³ Scholz/Westermann § 34 Rn. 13.

¹⁰⁴ Vgl. nur BGH, Urt. v. 19.9.1977 - II ZR 11/76 = NJW 1977, 2316; OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.2.2007 - 15 U 130/06

der Zwangseinziehung im Rahmen einer Satzungsänderung notwendig ist.

Zum einen könnte man auf § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG abstellen und eine Dreiviertelmehrheit ausreichen lassen.¹⁰⁵ Die Satzungsänderung könnte andererseits gemäß § 53 Abs. 3 GmbHG der Einstimmigkeit bedürfen.¹⁰⁶ Denn die Satzungsänderung könnte zu einer Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen führen, indem sich durch Verringerung des Kreises der Haftenden die Haftungsquote der Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter nach §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG erhöht. Wiederum andere erachten grundsätzlich eine Dreiviertelmehrheit nach § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG als ausreichend, wobei jedoch zusätzlich die Zustimmung aller von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter erforderlich sein soll.¹⁰⁷

bb) Stellungnahme

Festzustellen bleibt zunächst, dass sich aus dem Wortlaut des § 34 Abs. 2 GmbHG keine Anhaltspunkte zur erforderlichen Mehrheit ergeben. Auch ein systematischer Vergleich zu § 34 Abs. 1 GmbHG erscheint mangels Vergleichbarkeit der freiwilligen Einziehung und der Zwangseinziehung wenig zielführend.¹⁰⁸ Anhaltspunkte für die Bestimmung der notwendigen Mehrheit ergeben sich aus historischer Hinsicht für die Zwangseinziehung wegen ihrer kommentarlosen Einführung nicht aus den Gesetzgebungsunterlagen. Auch der Referentenentwurf von 1969 enthielt keine Angaben zur nachträglichen Statuierung der Zwangseinziehung im Rahmen einer Satzungsänderung. Obgleich der Wortlaut des § 53 Abs. 3 GmbHG bei der statutarischen Einführung der Zwangseinziehung auf den ersten Blick zu passen scheint, ergibt sich bei einer genaueren Untersuchung des Wortlauts, dass der Beschluss unmittelbar zu einer Vermehrung der Leistungsverpflichtungen führen muss.¹⁰⁹ Indes führt die Statuierung der Zwangseinziehungsmöglichkeit nicht automatisch zu einer wirksamen Zwangseinziehung, in deren Folge sich die Quote der Ausfallhaftung erhöht. Vielmehr müssen die Gesellschafter die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen durch einen weiteren Beschluss herbeiführen.¹¹⁰ Auch wenn man über dieses Problem hinwegsieht und trotz des engen Wortlauts § 53 Abs. 3 GmbHG als einschlägig erachten würde, erschiene eine Argumentation anhand der erhöhten Ausfallhaftung aufgrund eines systematischen Vergleichs zur

= BeckRS 2007, 09356; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 13; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 34 f.

¹⁰⁵ Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 143 ff.

¹⁰⁶ BayObLG, Beschl. v. 25.7.1978 - BReg 1 Z 69/78 = GmbHR 1978, 269, 270; BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 27; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 43; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 11; Paulick, GmbHR 1978, 121, 123 f.; Damrau-Schröter, NJW 1991, 1927, 1930; Mülsch/Penzel, ZIP 2004, 1987, 1991; Soufleros, Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafter, S. 140.

¹⁰⁷ BGH, Urt. v. 1.4.1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 160 = NJW 1953, 780; Urt. v. 16.12.1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 363 = NJW 1992, 892; Urt. v. 19.9.1977 - II ZR 11/76 = NJW 1977, 2316; Altmeppen/Altmeppen § 34 Rn. 8 f.; Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 8; MüKoGmbHG/Strohn Rn. 15; Scholz/Westermann § 34 Rn. 22; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 34 f.

¹⁰⁸ Dazu schon unter § 4 I. 1. a).

¹⁰⁹ So auch RG, Urt. v. 23.10.1928 - II 54/28, RGZ 122, 159, 163; Blath, RNotZ 2017, 218, 221.

¹¹⁰ Dazu unter § 4 IV. 1.

satzungsändernden Kapitalerhöhung wenig überzeugend. Denn die Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG erhöht sich bei jeder Kapitalerhöhung, die ihrerseits nicht zwingend eines einstimmigen Beschlusses bedarf.¹¹¹

Zielführend ist eine teleologische Auslegung. Ließe man eine Dreiviertelmehrheit nach § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG ausreichen, könnte eine Zwangseinziehungsmöglichkeit gegen den Willen eines Gesellschafters geschaffen werden, ohne dass diese bei Gründung der Gesellschaft bzw. bei Erwerb des Anteils vorgesehen war. Auf diese Weise liefe der betroffene Gesellschafter Gefahr, seinen Geschäftsanteil infolge eines Rechtsinstituts zu verlieren, mit dem er weder zu rechnen brauchte noch mit ihm einverstanden war. Unter Umständen hätte eine statutarische Zwangseinziehungsmöglichkeit bei dem Gesellschafter auch zu einer anderweitigen Beteiligungsentscheidung geführt. Es ist mit dem Telos von § 34 Abs. 2 GmbHG nicht vereinbar, dass die Mehrheit entgegen der Stimmen der Minderheit die Möglichkeit der Zwangseinziehung nachträglich einfügt und die ablehnenden Gesellschafter dieser Regelung unterworfen werden. Dennoch steht es jedem Gesellschafter nach dem Grundsatz der Privatautonomie offen, durch Zustimmung zur Zwangseinziehungsklausel auf seinen Schutz zu verzichten.

Es ist der vermittelnden Ansicht zu folgen, die grundsätzlich von der Notwendigkeit einer Dreiviertelmehrheit nach § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG ausgeht. Zusätzlich bedarf es der Zustimmung aller von der potentiellen Zwangseinziehungsmöglichkeit betroffenen Gesellschafter. Auf diese Weise können einerseits dem Wortlaut des § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG und andererseits dem Schutz der betroffenen Gesellschafter hinreichend Rechnung getragen werden. Betroffen sind alle Gesellschafter, zu deren Lasten die Einziehungsregelung gelten soll.¹¹² Im Regelfall wird es nicht dem Willen der Gesellschafter entsprechen, nur einen Teil der Gesellschafter der Zwangseinziehungsmöglichkeit zu unterwerfen. Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Vereinbarung zu Lasten aller Gesellschafter gelten soll und trotz der grundsätzlich ausreichenden Dreiviertelmehrheit nach § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG ein einstimmiger Beschluss erforderlich ist.¹¹³ Nur wenn man einen abweichenden, ausdrücklichen oder konkludent geäußerten Willen feststellen kann, bedarf es nicht der Zustimmung aller Gesellschafter.

2. Voraussetzungen der Zwangseinziehung

Während es bei der statutarischen Vereinbarung zur freiwilligen Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG ausreicht, die Einziehung für zulässig zu erklären, müssen bei der Zwangseinziehung nach

¹¹¹ So schon MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 15; näher zu der erforderlichen Mehrheit bei einer Kapitalerhöhung *Altmeyers/Altmeyers* § 55 Rn. 9 f.

¹¹² Auch selektive Einziehungsklauseln sind zulässig; vgl. nur *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 34 Rn. 8.

¹¹³ BGH, Urt. v. 16.12.1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 372 = NJW 1992, 892, 895; *Ulmer/Ulmer/Habersack* § 34 Rn. 37; *Scholz/Westermann* § 34 Rn. 21.

§ 34 Abs. 2 GmbHG zusätzlich deren Voraussetzungen hinreichend bestimmt normiert werden.¹¹⁴

a) Zwangseinziehungsgrund

Zwingende Voraussetzung der Zwangseinziehung ist dabei das Vorliegen eines Zwangseinziehungsgrundes.¹¹⁵ Der Gesellschaftsvertrag muss den hinreichend bestimmten Zwangseinziehungsgrund enthalten.¹¹⁶ Dabei muss jeder Gesellschafter klar erkennen können, wann der Tatbestand der Zwangseinziehung erfüllt ist¹¹⁷ und dessen Vorliegen muss in einem gerichtlichen Verfahren nachprüfbar sein.¹¹⁸ Dennoch ist es zulässig, unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden, soweit eine nähere Konkretisierung wegen der vielgestaltigen Lebenssachverhalte nicht möglich war und die unbestimmten Rechtsbegriffe aufgrund ihrer Geläufigkeit gerichtlich nachprüfbar sind.¹¹⁹ Allerdings ist wegen der schwerwiegenden Folgen der Zwangseinziehung eine enge Auslegung geboten.¹²⁰

Es sind verschiedene Zwangseinziehungsgründe denkbar. Allen Zwangseinziehungsgründen gemeinsam ist dabei der zwingend erforderliche sachliche Grund.¹²¹ Der sachliche Grund muss dabei nicht dem Gewicht eines wichtigen Grundes i. S. d. § 723 Abs. 1 S. 2 BGB, § 737 BGB, §§ 133, 140 HGB entsprechen.¹²² Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wäre es den Gesellschaftern schon möglich, den Gesellschafter im Rahmen der Ausschlussklage nach § 140 Abs. 1 HGB analog gerichtlich auszuschließen. Die privatautonom für zulässig erklärte Zwangseinziehung hätte abgesehen von der zeitlichen Komponente keinen Mehrwert für die Gesellschafter.¹²³

Dennoch darf die Zwangseinziehung auch nicht nach freiem Belieben durchgeführt werden.¹²⁴ Es muss ein hinreichend bestimmter sachlicher Grund vorliegen, der in der Person des Gesellschafters begründet ist.¹²⁵ Ein Zwangseinziehungsgrund, dessen Ursprung nicht in der Person des Gesell-

¹¹⁴ OLG München, Urt. v. 3.11.1993 - 7 U 2905/93 = DB 1994, 320, 321; OLG Hamm, Urt. v. 20.9.1999 - 8 U 12/99 = NZG 2000, 433.

¹¹⁵ Ein Zwangseinziehungsbeschluss, der auf einem Grund beruht, der tatsächlich nicht vorliegt, ist anfechtbar. Dazu ausführlich unter § 8 I. 8. b) aa).

¹¹⁶ Zu den einzelnen Zwangseinziehungsgründen: Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 10; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 45 f.; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 36.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 19.9.1977 - II ZR 11/76 = NJW 1977, 2316.

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 19.9.1977 - II ZR 11/76 = NJW 1977, 2316; OLG Nürnberg, Urt. v. 19.3.1992 - 12 U 3500/91 = GmbHR 1994, 252, 254; Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 31; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 35; Scholz/Westermann § 34 Rn. 13; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 38; Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung in der GmbH-Satzung, S. 84 f.; Paulick, GmbHR 1978, 121, 125.

¹¹⁹ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 37.

¹²⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.1996 - 11 U 189/95 = ZIP 1996, 962, 963; Lutter, GmbHR 1997, 1134, 1135.

¹²¹ Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 9.

¹²² Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 9a.

¹²³ Die Zwangseinziehung wäre materiell an dieselben Voraussetzungen geknüpft wie die Ausschlussklage und hätte nur den Vorteil, dass der Ausschluss schon mit Mitteilung der Zwangseinziehung seine Wirksamkeit entfalten würde und nicht das Gerichtsurteil abgewartet werden muss.

¹²⁴ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 43, 57 f.

¹²⁵ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 44.

schafters liegt, scheidet wegen der einschneidenden Rechtsfolge der Zwangseinziehung aus: Die Zwangseinziehung führt ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters zum Untergang des Anteils, was regelmäßig mit der Beendigung der Gesellschafterstellung einhergeht.¹²⁶ Unzulässig ist zudem eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, die zwingenden Gesellschafterrechten zuwiderläuft.¹²⁷ Ist gesellschaftsvertraglich ein bestimmter Zwangseinziehungsgrund vorgesehen, genügt bei dessen Nichtvorliegen zur Zwangseinziehung kein gleichwertiger sachlicher Grund.¹²⁸

In der Praxis sehen Gesellschaftsverträge häufig die Möglichkeit zur Zwangseinziehung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vor.¹²⁹ Auch wenn es sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, ist dieser wegen der umfangreichen Rechtsprechung als zulässig anzusehen, um den vielschichtigen Lebenssachverhalten zu begegnen.¹³⁰ Für die Annahme eines wichtigen Grundes muss der Gesellschafter eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung begangen haben, die eine andere Lösung als das Ausscheiden des Gesellschafters für die übrigen Gesellschafter unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände unzumutbar erscheinen lässt.¹³¹ Dies ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter Gesellschaftsvermögen veruntreut¹³² oder gegen das Wettbewerbsverbot verstößt.¹³³¹³⁴ Weitere Zwangseinziehungsgründe, die sich in der Praxis häufig in den Statuten wiederfinden, bilden die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil, die Gesellschafterinsolvenz oder die Anteilsvererbung an familienfremde Personen.¹³⁵ Letztere dienen dazu, die GmbH vor dem Eindringen bzw. dem Zugriff Dritter zu schützen.

b) *ultima ratio*

Die zwangsweise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils als *ultima ratio* ist unzulässig, wenn ein milderer, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht.¹³⁶ An dieser Stelle soll untersucht werden, unter welchen Umständen eine Zwangseinziehung nicht erforderlich ist.

¹²⁶ Dazu unter § 4 VI. 1. a).

¹²⁷ *Wagner*, Der Status des GmbHG-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 31.

¹²⁸ BGH, Urt. v. 20.9.1999 - II ZR 345/97 = NJW 1999, 3779; OLG Nürnberg, Urt. v. 19.3.1992 - 12 U 3500/91 = GmbHR 1994, 252; *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 317; a. A. *Gehrlein*, DB 1999, 2255; in der Folge wäre der Zwangseinziehungsbeschluss anfechtbar; dazu ausführlich unter § 8 I. 8. b) aa).

¹²⁹ Eine empirische Untersuchung der Ausgestaltung von Zwangseinziehungsklauseln bei *Niemeier*, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 57 ff.

¹³⁰ Ausführlich *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 31 ff.

¹³¹ OLG München, Urt. v. 3.11.1993 - 7 U 2905/93 = GmbHR 1994, 407, 409; OLG Brandenburg, Urt. v. 15.10.1997 - 7 U 56/95 = NZG 1998, 263, 264.

¹³² OLG Frankfurt, Urt. v. 7.10.2008 - 14 U 169/07 = BeckRS 2009, 20666.

¹³³ BGH, Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 Rn. 35 ff. = NZG 2015, 429; OLG Stuttgart, Urt. v. 5.3.2017 - 14 U 3/14 = BeckRS 2017, 105546 Rn. 168 ff.; LG Hamburg, Urt. v. 13.5.1998 - 417 O 182/97 = NZG 1998, 687.

¹³⁴ Hierzu und zu weiteren Pflichtverletzungen unter MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 48 m. w. N.

¹³⁵ *Niemeier*, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 57 ff.

¹³⁶ RG, Urt. v. 13.8.1942 - II 67/41 = RGZ 169, 330, 334; BGH, Urt. v. 17.2.1955 - II ZR 316/53, BGHZ 16, 317, 322 = NJW 1955, 667; BGH, Urt. v. 1.3.2011 - II ZR 83/09 = NJW 2011, 2578 Rn. 30; OLG Stuttgart, Urt. v. 27.6.2018 - 14 U 33/17 = GmbHR 2019, 67, 74 f.; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 136; *Ulmer/Ulmer/Habersack* Anh. § 34 Rn. 17 ff.; *Soufleros*, Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, S. 40 f.

Zunächst könnte schon die Abmahnung des Gesellschafters als milderes Mittel geeignet sein, den gewünschten Effekt zu erzielen.¹³⁷ Eine Abmahnung ist abkömmlich, wenn der Gesellschafter mehrere schwerwiegende Pflichtverstöße begangen hat.¹³⁸ Hingegen ist die vorherige Anhörung des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters nur entbehrlich, wenn wegen besonderer Dringlichkeit irreversible Schäden drohen.¹³⁹ Wenn der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter auch Geschäftsführer der GmbH ist und der Zwangseinziehungsgrund im Rahmen der Geschäftsführertätigkeit eingetreten ist, muss als milderes Mittel neben der Abmahnung die Kündigung des Anstellungsvertrages in Betracht gezogen werden.¹⁴⁰

Ist die Abmahnung erfolglos, kann das Ausscheiden des Gesellschafters auch auf andere Weise herbeigeführt werden. Den verbleibenden Gesellschaftern stehen die Instrumente der Ausschlussklage analog § 140 HGB, der freiwilligen Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG, des Austritts durch den betroffenen Gesellschafter, der Veräußerung des Geschäftsanteils, des Erwerbs eigener Anteile und der Kaduzierung nach den §§ 21 ff. GmbHG zur Verfügung. Daneben ist eine Leistungsklage der Minderheit auf Unterlassung und/oder Schadensersatz als milderes Mittel in Betracht zu ziehen, die ein Ausscheiden des Gesellschafters gänzlich verhindert. Weiterhin kann die Satzung neben oder statt der Zwangseinziehung die Möglichkeit des Ausschlusses aus wichtigem Grund durch Gesellschafterversammlungsvorstand vorsehen.¹⁴¹

Unter Beachtung der Erforderlichkeit wird deutlich, dass die Mehrheit der weiteren Reaktionsmöglichkeiten nicht gleich geeignet ist. Sowohl die freiwillige Einziehung als auch der freiwillige Austritt und die Veräußerung des Geschäftsanteils sind regelmäßig wegen des Zerwürfnisses der Gesellschafter nicht gleich geeignet. Weiter kommt die Kaduzierung nur in Betracht, wenn eine fällige Einlagepflicht nicht geleistet wird, vgl. § 21 Abs. 1 GmbHG. Die Nichtleistung der Einlage trotz Fälligkeit wird regelmäßig keinen Zwangseinziehungsgrund darstellen. Auch Schadensersatz- und/oder Unterlassungsklagen kommen nicht als gleich geeignetes Mittel in Betracht, wenn die Abwehr des drohenden Schadens zwingend das Ausscheiden des Gesellschafters erfordert.

Somit verbleiben faktisch lediglich der Ausschluss durch Gesellschafterversammlungsvorstand und die Ausschlussklage analog § 140 HGB als mit der Zwangseinziehung konkurrierende Mittel. Dabei indiziert schon das Wort Ausschlussklage, dass diese Art des Ausscheidens mit einem langwierigen Prozess verbunden ist. Zwangseinziehungsgründe erfordern dagegen typischerweise eine kurzfristige Reaktion. Folglich stellt die Ausschlussklage wegen der Dringlichkeit des Ausschei-

¹³⁷ So für eine einmalige Pflichtverletzung OLG Dresden, Urt. v. 17.8.1998 - 2 U 596/98 = NZG 1999, 29, 30.

¹³⁸ So im Fall des OLG Stuttgart, Urt. v. 27.6.2018 - 14 U 33/17 = GmbHR 2019, 67, 74 ff.

¹³⁹ Die Anhörung als grundsätzlich erforderlich ansehend MüKoGmbHG/*Merkt* § 13 Rn. 161.

¹⁴⁰ OLG Dresden, Urt. v. 17. 8. 1998 - 2 U 596/98 = NZG 1999, 29, 30; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Lieder* § 13 Rn. 213.

¹⁴¹ Zum Ausschluss aus wichtigem Grund durch Gesellschafterversammlungsvorstand Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* § 34 Rn. 125 ff.

dens des betroffenen Gesellschafters kein gleich geeignetes Mittel dar.

Sieht der Gesellschaftsvertrag neben der Zwangseinziehung den Ausschluss durch Gesellschafterversammlungsbeschluss vor und stellt der Zwangseinziehungsgrund zugleich einen wichtigen Grund für einen Ausschluss dar, können die übrigen Gesellschafter zwischen den beiden Rechtsinstituten frei wählen, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt.¹⁴² Dabei sind die Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes höher.¹⁴³ Da der Geschäftsanteil bei der Einziehung untergeht, erscheint es sinnvoll, auf das Institut des Ausschlusses zurückzugreifen, soweit es im Interesse der verbleibenden Gesellschafter liegt, den Geschäftsanteil zu erhalten. Infolge des Ausschlusses ist es der GmbH als Verfügungsbefugte in Ermangelung einer Satzungsvereinbarung überlassen, den Geschäftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters einzuziehen, auf sich zu übertragen oder die Abtretung an einen Dritten zu verlangen.¹⁴⁴ Die Einziehung des Geschäftsanteils infolge des Ausschlusses ist auch ohne eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung i. S. d. § 34 Abs. 1, 2 GmbHG zulässig.¹⁴⁵

IV. Tatbestand der Zwangseinziehung

Damit die Zwangseinziehung als mehraktiges Verfügungsgeschäft¹⁴⁶ ihre Wirksamkeit entfaltet, bedarf sie eines wirksamen Zwangseinziehungsbeschlusses durch die Gesellschafterversammlung (1.), der gegenüber dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter in einem weiteren Schritt erklärt werden muss (2.).

1. Zwangseinziehungsbeschluss

Die Zwangseinziehung muss bei Vorliegen des Zwangseinziehungsgrundes durch die Gesellschafter herbeigeführt werden.¹⁴⁷ Dafür bedarf es der Willensbildung über die zwangsweise Einziehung eines Geschäftsanteils.

¹⁴² Vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 2.

¹⁴³ Zum wichtigen Grund Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 111 ff.

¹⁴⁴ BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 147.

¹⁴⁵ BGH, Urt. v. 1.4.1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 168 = NJW 1953, 780, 782; Urt. v. 19.9.1977 - II ZR 11/76 = NJW 1977, 2316; Baumbach/Hueck/Kersting Anh. § 34 Rn. 10; Scholz/Seibt Anh. § 34 Rn 52; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza Anh. § 34 Rn. 40.

¹⁴⁶ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 4; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 5; Altmeppen/Altmeppen § 34 Rn. 68; schon von einem „mehraktigen Vorgang“ sprechend OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.8.1995 - 6 U 124/94 = NJW-RR 1996, 607, 611.

¹⁴⁷ Ausführlich zur Frage der Zulässigkeit einer statutarischen Einziehung Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 333 ff.; für deren Unzulässigkeit: Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 17; Henssler/Strohn/Fleischer § 34 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner § 34 Rn. 12 f.; Crezelius, Unternehmensebrecht, Rn. 320; Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 79 f.; Paulick, GmbHR 1978, 121, 122 f.; Käppler, ZGR 1978, 542, 569 ff.; Zeilinger, GmbHR 2002, 772, 775; Langner/Heydel, GmbHR 2005, 377, 382; für deren Zulässigkeit: OLG Hamm, Urt. v. 16.11.1987 - 8 U 338/86 = GmbHR 1988, 308, 309; Grunewald, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 203f.; differenzierend: Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 49; Däubler, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, S. 117 ff.; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 346 ff., die eine statutarische Einziehung nur dann für zulässig erachten, wenn sie an objektive, wertungsfreie Voraussetzungen gebunden ist.

a) Zuständigkeit

Nach § 46 Nr. 4 Var. 3 GmbHG entscheidet über die Zwangseinziehung eines GmbH-Geschäftsanteils grundsätzlich die Gesellschafterversammlung als oberstes Willensbildungsorgan der GmbH.¹⁴⁸ Zwar folgt aus § 45 Abs. 2 GmbHG die grundsätzliche Disponibilität der Zwangseinziehungskompetenz.¹⁴⁹ Jedoch kann die Einziehungskompetenz nicht auf außenstehende Dritte übertragen werden.¹⁵⁰

b) Verfahren

Soweit die Zwangseinziehungskompetenz bei der Gesellschafterversammlung verbleibt, entscheidet diese nach § 47 Abs. 1 GmbHG durch einen Beschluss, der grundsätzlich der einfachen Mehrheit bedarf. Nach § 45 Abs. 2 GmbHG können im Gesellschaftsvertrag abweichende Mehrheitsverhältnisse vereinbart werden. Die Beschlussfassung richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 48 GmbHG, soweit nichts anderes gesellschaftsvertraglich vereinbart wurde, vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG. Ob dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter ein Stimmrecht zusteht (aa)) und welchen zeitlichen Grenzen die Beschlussfassung unterliegt (bb)), gilt es zu untersuchen.

aa) Stimmrechtsverbot des betroffenen Gesellschafters

Insbesondere wenn der Anteil eines Mehrheitsgesellschafters zwangsweise eingezogen werden soll, stellt sich die Frage, ob diesem ein Stimmrecht bei der Beschlussfassung über die zwangsweise Einziehung seines Geschäftsanteils zusteht.

(1) Konfliktlage

Würde man dem Mehrheitsgesellschaftler ein Stimmrecht zusprechen, könnte er die Zwangseinziehung im eigenen Interesse missbräuchlich blockieren. Zwar folgen auch aus der Treuepflicht Schranken für die Stimmrechtsausübung des betroffenen Gesellschafters, jedoch sind diese anhand jedes Einzelfalls zu bestimmen.¹⁵¹ Diese Einzelfallabwägung geht mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit einher. Im Zweifelsfall wäre die Wirksamkeit des Beschlusses erst nach einem jahrelangen Rechtsstreit geklärt und die Gesellschafter könnten sich von vornherein auf die Erhebung der gesetzlich vorgesehenen Ausschlussklage analog § 140 Abs. 1 HGB beschränken. Die privatautonome Entscheidung der Gesellschafter zur Statuierung einer Zwangseinziehungsmöglichkeit hätte

¹⁴⁸ Näher zur Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Willensbildungsorgan: MüKoGmbHG/*Liebscher* § 45 Rn. 78 ff.

¹⁴⁹ Vgl. nur MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 24 ff.; Baumbach/Hueck/*Kersting* § 34 Rn. 14.

¹⁵⁰ Ebenso MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 26; Lutter/Hommelhoff/*Kleindiek* § 34 Rn. 33; Scholz/*Westermann* § 34 Rn. 42; Ulmer/*Ulmer/Habersack* § 34 Rn. 115; a. A. Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/*Sosnitza* § 34 Rn. 6.

¹⁵¹ Zu den Stimmrechtsbeschränkungen aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht exemplarisch unter § 8 I. 8. b) bb).

für sie keine Vorteile mehr.

Wenn zusätzlich der Geschäftsführer auf Seiten des Mehrheitsgesellschafters steht, droht diesem nicht einmal der Verlust seiner formalen Gesellschafterstellung durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG. Denn der Geschäftsführer wird einer Anweisung des Mehrheitsgesellschafters folgen, die Einreichung zu unterlassen. Dabei wird es regelmäßig nicht dem Willen der Gesellschafter entsprechen, wenn faktisch nur die Minderheitsgesellschaftler der Zwangseinziehungsvereinbarung unterfallen und der Mehrheitsgesellschafter sich verhalten kann, wie er will.

(2) Sozialakt kein Rechtsgeschäft

Dieses Problem könnte schon vom Gesetzgeber erkannt worden sein, wenn er den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Zwangseinziehung einem Stimmrechtsverbot nach § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG unterworfen hat.

Der historische Gesetzgeber schuf das Institut des Stimmrechtsausschlusses, um Interessenkollisionen zu begegnen.¹⁵² Solche sind zu befürchten, wenn der Gesellschafter Sonderinteressen verfolgt, die mit den Verbandsinteressen in Konflikt geraten können.¹⁵³ Der historische Gesetzgeber erkannte diese Konfliktgefahr in fünf Fällen, die er in § 47 Abs. 4 GmbHG normierte.

Nach § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG unterliegt der Gesellschafter einem Stimmverbot bei Beschlüssen, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ihm gegenüber betreffen. Die Einziehung führt zum Untergang des von der Einziehung betroffenen Anteils und somit zu einer Veränderung bzw. bei Einziehung aller Anteile zum Erlöschen eines bestehenden Rechts. Somit stellt die Einziehung ein einseitiges Rechtsgeschäft der Gesellschaft gegenüber dem betroffenen Gesellschafter in Form einer mehraktigen Verfügung dar.¹⁵⁴ Die Beschlussfassung über die Zwangseinziehung unterfällt damit dem Wortlaut des § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Zwangseinziehung zu ihrer Wirksamkeit der Erklärung gegenüber dem Betroffenen bedarf.¹⁵⁵ Schon der Gesetzgeber hat im Wortlaut des § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG zwischen dem Rechtsgeschäft und seiner Vornahme unterschieden, was verdeutlicht, dass die Beschlussfassung nicht zugleich mit der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts einhergehen muss. Vielmehr kann der Gesellschafterversammlungsbeschluss auch der Vorbereitung eines Rechtsgeschäfts dienen.

Allerdings stellt die Zwangseinziehung einen innergesellschaftlichen Vorgang (= Sozialakt) dar,

¹⁵² Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3752.

¹⁵³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 Rn. 76; MüKoGmbHG/Drescher § 47 Rn. 128; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 131; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 146 ff.

¹⁵⁴ Scholz/Westermann § 34 Rn. 6; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 54; zum Charakter als mehraktiges Verfügungsgeschäft unter § 4 IV.

¹⁵⁵ Dazu unter § 4 IV. 2.

den der historische Gesetzgeber nicht für ein Rechtsgeschäft i. S. d. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG hielt.¹⁵⁶ Ein innergesellschaftlicher Vorgang zeichnet sich dadurch aus, dass der Gesellschafter kraft seiner Mitgliedschaft im Verband zur Mitwirkung befugt ist und diese Mitwirkungsbefugnisse den gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluss auszeichnen.¹⁵⁷ Die Interessen der Beteiligten sind nicht konträr, vielmehr konstituiert die Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte das Gesellschaftsinteresse, indem der Gesellschafter an der internen Willensbildung mitwirkt.¹⁵⁸ Hingegen steht der Gesellschafter der Gesellschaft bei einem Rechtsgeschäft i. S. d. § 47 Abs. 2 S. 2 Var. 1 GmbHG wie ein Dritter gegenüber.¹⁵⁹

Durch die Zwangseinziehung geht der betroffene Anteil unter, was regelmäßig mit dem Verlust der Gesellschafterstellung einhergeht. Berührt ist auf Seiten des betroffenen Gesellschafters somit das Interesse an dem Bestand der Mitgliedschaft, welche für das Verbandsinteresse konstitutiv ist. Zudem kann eine Einziehung nur gegenüber einem Gesellschafter und nicht gegenüber einem Dritten erfolgen. Die Zwangseinziehung stellt kein Rechtsgeschäft i. S. d. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG dar. Eine analoge Anwendung des § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG scheidet wegen der klaren Begrenzung des Gesetzgebers auf fünf bestimmte Fälle und wegen des damit verdeutlichten Ausnahmecharakters der Vorschrift aus.¹⁶⁰

(3) Ergänzende Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB

Allerdings stößt diese Subsumtion beim Zwangseinziehungsbeschluss auf Bedenken. Regelmäßig ist der Zwangseinziehung ein Zerwürfnis der Gesellschafter vorgelagert, das eine Verfolgung verbandsfremder Eigeninteressen wahrscheinlich erscheinen lässt. Es wird nicht dem Willen der Gesellschafter entsprechen, dass der Gesellschafter, in dessen Person der Zwangseinziehungsgrund eingetreten ist, bei dem Beschluss über die zwangsweise Einziehung seines Geschäftsanteils mitstimmt.

In einer ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB ist die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung über die Zwangseinziehung dahingehend auszulegen, dass dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter bei der Beschlussfassung kein Stimmrecht zustehen soll, soweit der Zwangseinziehungsgrund in der Person begründet ist und einen Interessenkonflikt möglich erscheinen lässt.¹⁶¹ Ein tatsächlicher Interessenkonflikt muss hingegen zugunsten der Rechtssicherheit

¹⁵⁶ Ausführlich Altmeyden/*Altmeyden* § 47 Rn. 98 f.

¹⁵⁷ Altmeyden/*Altmeyden* § 47 Rn. 97; vgl. auch Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 Rn. 82 ff; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 47 Rn. 49; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 173 ff.

¹⁵⁸ Altmeyden/*Altmeyden* § 47 Rn. 97, 100.

¹⁵⁹ Altmeyden/*Altmeyden* § 47 Rn. 100.

¹⁶⁰ BGH, Urt. v. 20.1.1986 - II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 33 = NJW 1986, 2051, 2052 f.; Goette, DStR 2001, 1260, 1261; a. A. Altmeyden/*Altmeyden* § 47 Rn. 100.

¹⁶¹ Ebenso OLG Hamm, Urt. v. 11.2.1999 - 27 U 187/98 = NZG 1999, 599; Ulmer/*Ulmer/Habersack* § 34 Rn. 52; Michalski/Heidinger/Leible/*J. Schmidt/Sosnitzer* § 34 Rn. 109; ebenso für eine Familiengesellschaft, deren Satzung

nicht vorliegen.

Einen Interessenkonflikt möglich erscheinen lässt zunächst die Zwangseinziehung aus wichtigem Grund. Schon die der Zwangseinziehung aus wichtigem Grund vorgelagerte Pflichtverletzung indiziert, dass der Gesellschafter verbandsfremde Eigeninteressen verfolgt. Wäre dem nicht so, würde keine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft bzw. den übrigen Gesellschaftern vorliegen. Wenn der Geschäftsanteil ohne Zustimmung eines Gesellschafters eingezogen wird, über dessen Vermögen die Insolvenz eröffnet ist, erscheint auch hier ein Interessenkonflikt gegeben. Der Gesellschafter wird regelmäßig ein Interesse daran haben, sein sonstiges Vermögen zu schützen. Hingegen liegt das Verbandsinteresse darin, den Verband zu erhalten, der durch die Verwertung des Anteils gefährdet sein könnte. Gleiches gilt, wenn der Geschäftsanteil schon gepfändet ist und die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil droht.

Um die privatautonom getroffene Entscheidung, einen Anteil ohne Zustimmung eines Gesellschafters einzuziehen zu können, nicht zu unterlaufen, wird ein Wille der Gesellschafter, den betroffenen Gesellschafter einem Stimmrechtsverbot zu unterwerfen, regelmäßig anzunehmen sein und sollte widerlegbar vermutet werden. Dies dient auch der Rechtssicherheit in der Praxis. Dass schon die abstrakte Möglichkeit eines Interessenkonflikts ausscheidet, kann hingegen durch ein gerichtliches (Eil-)Verfahren festgestellt werden. Zwar ist auch in diesem Fall ein Schwebezustand für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter denkbar, jedoch haben sich die Gesellschafter privatautonom für die Statuierung einer Zwangseinziehungsklausel entschieden, deren nachteilige Rechtsfolgen akzeptiert werden müssen.¹⁶² Zudem sind in der Praxis meist Zwangseinziehungsklauseln mit einem ähnlichen Inhalt anzutreffen, für die sich in den nächsten Jahren eine umfangreiche Kasuistik herausbilden wird, die wiederum Rechtssicherheit begründet.

Die Stimme des Gesellschafters, der einem Stimmverbot unterliegt, ist nichtig und wird nicht mitgezählt.¹⁶³ Das Recht auf Teilnahme und Stellungnahme des vom Stimmverbot betroffenen Gesellschafters bei der Gesellschafterversammlung bleibt unberührt.¹⁶⁴

bb) Zeitliche Grenzen für Beschlussfassung

Während für die freiwillige Einziehung vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsregelung keine zeitlichen Grenzen für die Beschlussfassung gelten,¹⁶⁵ gilt für die Zwangseinziehung etwas anderes. Denn die Zwangseinziehung erfolgt ohne den Willen des betroffenen Anteilsinhabers, dessen Vertrauen auf den Bestand seiner Mitgliedschaft unter bestimmten Umständen schutzwürdig erscheint.

die abfindungsfreie Einziehung vorsieht, wenn der Anteil an Familienfremde vererbt wird BGH, Urt. v. 20.12.1976 - II ZR 115/75 = GmbHR 1977, 81, 82.

¹⁶² Zur statutarischen Festsetzung der Zwangseinziehungsklausel ausführlich unter § 4 III.

¹⁶³ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitzer § 34 Rn. 111.

¹⁶⁴ Goette, DStR 1997, 1257, 1259; Gehrlein, ZIP 1996, 1157, 1159 f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn 59.

¹⁶⁵ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 22; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn 53.

Eine analoge Anwendung der Frist der außerordentlichen Kündigung aus § 626 Abs. 2 BGB scheidet aus.¹⁶⁶ Denn um eine Vorschrift analog anzuwenden, bedürfte es einer vergleichbaren Interessenlage und einer planwidrigen Regelungslücke.¹⁶⁷

Dabei wird man schon das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage ablehnen müssen. Der Sinn und Zweck von § 626 Abs. 2 BGB liegt darin, dem Kündigungsgegner die Gewissheit darüber zu gewähren, ob das Dienstverhältnis wegen eines bestimmten Vorgangs aufgelöst wird.¹⁶⁸ Zum anderen kann nach einem langen Zuwarten keine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Rechtsverhältnisses mehr angenommen werden. Zwar liegt es auch im Interesse des Gesellschafters möglichst schnell Gewissheit zu haben, ob ein bestimmter Grund zum Einzug seines Anteils führt. Zudem ist der Verbleib des Gesellschafters nach längerem Zuwarten für die Gesellschaft nicht mehr unzumutbar. Jedoch scheint eine zweiwöchige Frist für die Einziehung eines Geschäftsanteils wegen einer vergleichsweise komplizierten rechtlichen Beurteilung der Einziehungsvoraussetzungen zu kurz bemessen.¹⁶⁹

Zudem liegt keine planwidrige Regelungslücke vor. Zwar enthält § 34 Abs. 2 GmbHG keine Angaben zu einer Frist. Jedoch ergeben sich schon aus der Natur der Zwangseinziehungsgründe zeitliche Beschränkungen für die Durchführung der Zwangseinziehung. Wenn eine Zwangseinziehung auf der Insolvenz eines Gesellschafters oder Pfändung eines Geschäftsanteils beruht, ist die Zwangseinziehung spätestens unzulässig, wenn die Insolvenz beendet ist oder der Anteil verwertet wurde.¹⁷⁰ Wenn die Zwangseinziehung wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes betrieben wird, ist diese ausgeschlossen, sobald anzunehmen ist, dass ein Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft für die übrigen Gesellschafter nicht mehr unzumutbar ist.¹⁷¹ Beispielsweise schließt das Verstreichenlassen eines längeren Zeitraums seit Bekanntwerden des wichtigen Grundes die Unzumutbarkeit des Verbleibs in der Gesellschaft aus. Aber auch andere Maßnahmen können die Unzumutbarkeit ausschließen. Zum Beispiel erscheint ein Verbleib des Gesellschafters nicht unzumutbar, wenn der Gesellschafter, in dessen Person der wichtige Grund eingetreten ist, nach Bekanntwerden des wichtigen Grundes zum Geschäftsführer bestellt wird.

Andererseits sind die Gesellschafter nicht verpflichtet, unverzüglich zu reagieren. Vielmehr haben sie die Möglichkeit, dem Vorfall nachzugehen und Sachverhaltsnachforschungen zu betreiben.¹⁷² Wenn sie sich dazu entscheiden, erstmal nicht zu handeln und den weiteren Verlauf der Dinge zu beobachten, müssen sie dies dem betroffenen Gesellschafter mitteilen, um ein schutzwürdiges Ver-

¹⁶⁶ OLG Frankfurt, Urt. v. 27.3.1998 - 10 U 56/97 = NZG 1998, 595, 596; *Ebbing*, NZG 1999, 168, 169.

¹⁶⁷ BGH, Urt. v. 5.2.1981 - III ZR 66/80 = NJW 1981, 1726, 1727; *Larenz*, Methodenlehre, S. 370 ff.

¹⁶⁸ Dazu und zum Folgenden: MüKoBGB/*Henssler* § 626 Rn. 282.

¹⁶⁹ *Ebbing*, NZG 1999, 168, 169.

¹⁷⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.1996 - 11 U 189/95 = ZIP 1996, 962; OLG Frankfurt, Urt. v. 27.3.1998 - 10 U 56/97 = NZG 1998, 595, 596.

¹⁷¹ *Ulmer/Ulmer/Habersack* § 34 Rn 53.

¹⁷² OLG Frankfurt, Urt. v. 27.3.1998 - 10 U 56/97 = NZG 1998, 595, 596 m. Anm. *Eckhardt*.

trauen auf den Bestand der Mitgliedschaft auszuschließen.

Zeitliche Beschränkungen des Zwangseinziehungsinstituts ergeben sich somit schon aus der Natur des jeweiligen Zwangseinziehungsgrundes. Ein Rückgriff auf das Institut der Verwirkung ist nicht erforderlich.¹⁷³ Wenn schon tatbestandlich ein Zwangseinziehungsgrund nicht erfüllt ist, kann dieser Grund auch nicht verwirken.

c) Form

Der Zwangseinziehungsbeschluss muss sich auf einen bestimmten Geschäftsanteil beziehen und den Zwangseinziehungsgrund angeben.¹⁷⁴ Wird der Einziehungsgrund nicht bzw. nicht hinreichend dargelegt, führt dies zur Anfechtbarkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses.¹⁷⁵ Wenn es im Gesellschaftsvertrag nicht abweichend vereinbart wurde, muss der Beschluss keine Angaben über die Höhe oder Fälligkeit der Abfindung enthalten.¹⁷⁶ Da der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Zwangseinziehung mangels anderweitiger Bestimmung mit dem der Erklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter einhergeht, sind auch diesbezüglich keine Angaben im Beschluss erforderlich.¹⁷⁷ Der Zwangseinziehungsbeschluss ist einer Bedingung nach § 158 BGB zugänglich.¹⁷⁸ Da der Zwangseinziehungsbeschluss nicht mit einer Satzungsänderung einhergeht, bedarf er keiner notariellen Beurkundung i. S. d. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG.¹⁷⁹ Eine Satzungsänderung findet erst im Nachgang der Zwangseinziehung durch Angleichung der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile an das Stammkapital statt.¹⁸⁰ Als Rechtsgeschäft *sui generis* wird der Gesellschafterversammlungsbeschluss im Gegensatz zum Hauptversammlungsbeschluss einer AG unabhängig von einer der Beschlussfeststellung wirksam.¹⁸¹

2. Einziehungserklärung

Die Einziehung eines Geschäftsanteils bedarf zu ihrer Wirksamkeit einer Erklärung gegenüber dem

¹⁷³ Unter Rückgriff auf das Institut der Verwirkung: OLG Frankfurt, Urt. v. 27.3.1998 - 10 U 56/97 = NZG 1998, 595, 596 f. m. Anm. *Eckhardt*; OLG Celle, Urt. v. 31.7.1998 - 9 U 1/98 = NZG 1999, 167, 169 m. Anm. *Ebbing*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.6.2007 - I-9 U 7/07 = DB 2007, 2308, 2309; zustimmend Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 62; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 23; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn 53.

¹⁷⁴ Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 50.

¹⁷⁵ OLG München, Urt. v. 10.1.1992 - 23 U 4104/91 = NJW-RR 1993, 684, 685; Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 15; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 83.

¹⁷⁶ BGH, Urt. v. 20.2.1995 - II ZR 46/94 = NJW-RR 1995, 667 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner § 34 Rn. 13.

¹⁷⁷ Hierzu unter § 4 V.; ebenso Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 50; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 104.

¹⁷⁸ Zum Beispiel OLG Dresden, Urt. v. 15.11.1999 - 2 U 2303/99 = GmbHR 2000, 435, 437 f. für einen Zwangseinziehungsbeschluss, der unter der aufschiebenden Bedingung stand, dass der betroffene Gesellschafter nicht innerhalb einer bestimmten Frist einer Übertragung seines Anteils zustimmt; zu den Schranken MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 18.

¹⁷⁹ Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.10.2003 - 12 U 63/03 = GmbHR 2003, 1482, 1483.

¹⁸⁰ Dazu unter § 4 VI. 2. b).

¹⁸¹ Ebenso Lutter/Hommelhoff/Bayer § 47 Rn. 1; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 18; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 3.; a. A. Altmeppen/Altmeppen § 47 Rn. 3, nach dem der Beschluss einen innergesellschaftlichen Vorgang der Willensbildung darstellt, der zu seiner Wirksamkeit der Beschlussfeststellung bedürfe.

betroffenen Geschäftsanteilsinhaber.¹⁸² Dies folgt schon aus den ähnlich gelagerten Fällen des deutschen Gesellschaftsrechts – sowohl § 737 S. 3 BGB als auch § 238 S. 3 AktG sehen eine solche Mitteilungspflicht vor.¹⁸³ Darüber hinaus sah auch der Gesetzgeber im Referentenentwurf von 1969 in § 34 Abs. 3 S. 3 GmbHG-E ausdrücklich eine solche Erklärungspflicht vor und kannte damit deren Notwendigkeit an.¹⁸⁴ Würde man keine entsprechende Pflicht anerkennen, könnte ein Geschäftsanteil im Zweifel eingezogen werden, ohne dass der betroffene Gesellschafter es erfährt. Nicht zuletzt wirkt sich eine entsprechende Erklärung somit zugunsten der Rechtssicherheit aus.

a) Zuständigkeit

Zwar vertritt der Geschäftsführer die GmbH nach § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG gerichtlich und außergerichtlich, jedoch stellt die Erklärung der Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter kein außergerichtliches Geschäft dar. Die außergerichtliche Vertretung umfasst die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber Dritten (Aktivvertretung) sowie die Entgegennahme von Willenserklärungen Dritter (Passivvertretung).¹⁸⁵ Ein Gesellschafter kann der GmbH jedoch nur als Dritter gegenüberstehen, soweit ein Rechtsgeschäft vorliegt, das auch mit einem Dritten abgeschlossen werden könnte (sog. Drittvergleich).¹⁸⁶ Die zwangsweise Einziehung von GmbH-Anteilen kann nur gegenüber Gesellschaftern betrieben werden und die Einziehungserklärung ist somit keine Maßnahme der außergerichtlichen Geschäftsführung i. S. d. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG.¹⁸⁷

Vielmehr ist zuständiges Organ für die Mitteilung der Zwangseinziehung die Gesellschafterversammlung.¹⁸⁸ Dies folgt schon aus § 46 Nr. 4 GmbHG, der die Einziehungskompetenz der Gesellschafterversammlung zuweist. Die Mitteilung muss nicht durch alle Gesellschafter gemeinsam erfolgen. Es bedarf keiner Mitwirkung überstimmter Gesellschafter.¹⁸⁹ Zudem kann die Gesellschafterversammlung ihren Willen auch durch ihren Vorsitzenden kundtun.¹⁹⁰

Weiterhin kann die Gesellschafterversammlung den oder die Geschäftsführer, einen Gesellschafter

¹⁸² Allgemeine Meinung; vgl. nur OLG Dresden, Urt. v. 28.10.2015 - 13 U 788/15 = GmbHR 2016, 56, 57; Baumbach/Hueck/Kersting § 34 Rn. 16; BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 41; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 33; Scholz/Westermann § 34 Rn. 46; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 54; Münch. HdB GesR III/Kort § 28 Rn. 16; ausführlich zu dessen Notwendigkeit: Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 274 ff.

¹⁸³ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 33.

¹⁸⁴ Ausführlich zum Referentenentwurf von 1969 unter § 4 I. 1. b).

¹⁸⁵ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 35 Rn. 79.

¹⁸⁶ MüKoGmbHG/Stephan/Tieves/Jaeger/Steinbrück § 35 Rn. 97.

¹⁸⁷ A. A. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 36, 41; MüKoGmbHG/Liebscher § 46 Rn. 92; Sieger/Mertens, ZIP 1996, 1493, 1494.

¹⁸⁸ Altmeppen/Altmeppen § 34 Rn. 79; BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 19, 44; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitzka § 34 Rn. 118; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner § 34 Rn. 15; Scholz/Westermann § 34 Rn. 46; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 55; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 280 ff.; Markowsky, Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 138 ff.; Gehrlein, ZIP 1996, 1157, 1158; wohl auch Baumbach/Hueck/Kersting § 34 Rn. 16.

¹⁸⁹ Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 289.

¹⁹⁰ Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 289.

oder eine dritte Person bevollmächtigen, die Erklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter abzugeben.¹⁹¹ Anstelle einer Vollmacht kann die Gesellschafterversammlung auch eine Botenmacht erteilen.¹⁹² Soweit der Einziehungsbeschluss keine Regelung über die Mitteilung enthält, soll dem Einziehungsbeschluss nach § 133 BGB sogar eine konkludente Vollmachtserteilung bzw. Botenermächtigung zugunsten des Geschäftsführers bzw. der Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl zu entnehmen sein.¹⁹³ Dies entspräche dem grundsätzlichen Kompetenzgefüge einer GmbH, deren Geschäftsführer das Vertretungsorgan darstellt.¹⁹⁴ Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Wenn der Beschluss gar keine Regelung enthält, kann dem nicht konkludent eine Vollmacht bzw. Botenmacht zugunsten des Geschäftsführers entnommen werden. Vielmehr ist aus der fehlenden Regelung zu folgern, dass sich die Beteiligten keine Gedanken über Art und Weise der Mitteilung gemacht haben. Zudem kann die Gesellschafterversammlung den Willen haben, den Beschluss selbst auszuführen. Wenn sie sich die Ausführungskompetenz im Einziehungsbeschluss ausdrücklich vorbehalten müsste, widerspräche dies dem grundsätzlichen Kompetenzgefüge der GmbH.

Zugunsten der Rechtssicherheit sollte die Gesellschafterversammlung die Modalitäten der Einziehungserklärung an den betroffenen Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Zwangseinziehung ausdrücklich regeln, soweit der Gesellschafterversammlung keine konkludente Einziehungserklärung entnommen werden kann. Im Zweifel verbleibt die Zuständigkeit bei der Gesellschafterversammlung.

b) Verfahren

Zu Recht wird eingewandt, die gesonderte Mitteilung an den Betroffenen stelle eine unnötige Förmlichkeit dar, wenn dieser an der Gesellschafterversammlung teilnimmt und die Einziehung nach dem Willen der Gesellschafter sofort wirksam werden soll.¹⁹⁵ Für diesen Fall muss die Einziehung nicht ausdrücklich gegenüber dem Betroffenen erklärt werden, vielmehr beinhaltet die Beschlussfeststellung eine konkludente Einziehungserklärung an den Betroffenen.¹⁹⁶ Da ein Gesellschafterversammlungsbeschluss im Gegensatz zu einem Hauptversammlungsbeschluss unabhängig von der Beschlussfeststellung durch einen Versammlungsleiter wirksam ist, kann ein entsprechender Erklärungswille auch auf andere Weise kundgetan werden. Wann dies anzunehmen ist, ist eine Frage des

¹⁹¹ Baumbach/Hueck/Kersting § 34 Rn. 16; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 35; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner § 34 Rn. 15; Scholz/Westermann § 34 Rn. 46; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 55; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 285 ff.

¹⁹² Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 289 f.

¹⁹³ Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 16; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 109; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 55; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 290.

¹⁹⁴ Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 290.

¹⁹⁵ Ulmer/Habersack/Löbbe § 34 Rn. 56.

¹⁹⁶ Ebenso Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 16; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 36; Ulmer/Habersack/Löbbe § 34 Rn. 56; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 289.

Einzelfalls.

Hingegen ist nicht anzunehmen, eine Mitteilung sei gänzlich entbehrlich, wenn der betroffene Gesellschafter bei der Beschlussfassung anwesend war.¹⁹⁷ Soll die Einziehung nicht sofort im Zeitpunkt der Beschlussfassung wirksam werden, wäre dies bei Entbehrlichkeit der Mitteilung dogmatisch nur konstruierbar, soweit der Einziehungsbeschluss unter einer aufschiebenden Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB gefasst wird.¹⁹⁸ In der Folge würde die Einziehung mit Eintritt der Bedingung automatisch wirksam werden. Dies würde vor allem in Fällen, in denen die Bedingung keinen bestimmten Zeitpunkt enthält, der Rechtssicherheit zuwiderlaufen. Zudem wird dem Einziehungsbeschluss oft nicht der Wille der Gesellschafter zu entnehmen sein, sich an einen bestimmten Zeitpunkt zu binden.¹⁹⁹ Vielmehr werden die Gesellschafter innerhalb der zeitlichen Grenzen frei entscheiden wollen, wann die Einziehung wirksam werden soll.²⁰⁰

c) Form

Die Erklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die mangels gesetzlicher Anordnung keiner bestimmten Form bedarf.²⁰¹ Die Mitteilung wird mit Zugang beim betroffenen Gesellschafter wirksam, vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie muss nicht sofort erfolgen, allerdings folgen aus der Natur des Zwangseinziehungsgrundes dieselben Grenzen wie für die Beschlussfassung.²⁰² Sobald dem betroffenen Gesellschafter die Erklärung zugeht und der Zwangseinziehungsbeschluss wirksam ist, entfaltet die Einziehung als mehraktiges Verfügungsgeschäft ihre Wirkung.

V. Wirksamwerden der Zwangseinziehung

Materielle Wirkungen entfaltet die Zwangseinziehung vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag oder Einziehungsbeschluss mit dem Zugang der Einziehungserklärung an den betroffenen Gesellschafter, sofern der Gesellschafterversammlungsbeschluss nicht nichtig ist oder für nichtig erklärt wird.²⁰³ Seit Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH im Jahr 2012 steht die Wirksamkeit der Zwangseinziehung nicht mehr unter der aufschiebenden Bedingung der

¹⁹⁷ So aber RG, Urt. v. 24.7.1933 - II 113/33 = JW 1934, 976, 977; OLG Dresden, Urt. v. 28.10.2015 - 13 U 788/15 = GmbHR 2016, 56, 57; Altmeyden/*Altmeyden* § 34 Rn. 79; Baumbach/Hueck/*Kersting* § 34 Rn. 16; Scholz/*Westermann* § 34 Rn. 46; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Görner* § 34 Rn. 16; *Gehrlein*, ZIP 1996, 1157, 1158.

¹⁹⁸ *Wagner*, Der Status eines GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 38.

¹⁹⁹ MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 36.

²⁰⁰ *Wagner*, Der Status eines GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 38 f.

²⁰¹ Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Görner* § 34 Rn. 15.

²⁰² Dazu unter § 4 IV. 1. b) bb).

²⁰³ BGH, Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 8; Urt. v. 10.11.2020 = NJW 2021, 622 Rn. 30. Zu den Nichtigkeitsgründen des Zwangseinziehungsbeschlusses ausführlich unter § 8 I. 7.

vollständigen Abfindungszahlung aus freiem Vermögen.²⁰⁴ Für den Fall der Unwirksamkeit der Zwangseinziehung analog § 241 AktG kann eine materielle Wirkung erst in dem Zeitpunkt der Heilung nach § 242 AktG analog angenommen werden.²⁰⁵ Von dem Zeitpunkt der materiellen Wirksamkeit der Zwangseinziehung ist der Zeitpunkt des Verlusts der formalen Gesellschafterstellung zu unterscheiden, die auseinanderfallen können.²⁰⁶

VI. Rechtsfolgen der Zwangseinziehung

Es ist zwischen den Rechtsfolgen der Zwangseinziehung für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter (1.) und für die verbleibenden Gesellschafter bzw. die GmbH (2.) zu unterscheiden.

1. Für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter

Die Zwangseinziehung von GmbH-Anteilen führt zunächst zum Untergang des eingezogenen Geschäftsanteils (a)). Infolge der wirksamen Einziehung erwirbt der betroffene Gesellschafter einen Abfindungsanspruch gegen die GmbH (b)).

a) Geschäftsanteil geht unter

Liegen die Voraussetzungen der Zwangseinziehung vor, geht der eingezogene Geschäftsanteil unter während die Höhe des Stammkapitals unverändert bleibt und alle bis zu diesem Zeitpunkt nicht verselbstständigten Mitgliedschaftsrechte und -pflichten erlöschen.²⁰⁷ Diese Rechtsfolge ist eine Besonderheit der Einziehung, die den besonders dringlichen, aber auch einschneidenden Charakter der Einziehung unterstreicht. Bei allen übrigen GmbH-rechtlichen Instituten²⁰⁸ zum Ausschluss eines Gesellschafters bleibt der Geschäftsanteil bestehen.²⁰⁹

Der Geschäftsanteil vermittelt die Mitgliedschaft in der GmbH.²¹⁰ Soweit der betroffene Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile innehat, geht die Zwangseinziehung nur mit einem Verlust der materiellen Gesellschafterstellung einher, wenn alle Geschäftsanteile des Gesellschafters eingezo-

²⁰⁴ Dazu unter § 4 I. 2. b).

²⁰⁵ Zur Heilung analog § 242 AktG unter § 8 I. 7. e).

²⁰⁶ Ausführlich zur formalen Gesellschafterstellung in § 5.

²⁰⁷ Allgemein anerkannt; vgl. nur BGH, Urt. v. 1.4.1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 168 = NJW 1953, 780, 782; Urt. v. 14.9.1998 - II ZR 172/97, BGHZ 139, 299, 302 = NJW 1998, 3646, 3647; OLG Dresden, Urt. v. 28.10.2015 - 13 U 788/15 = GmbHR 2016, 56, 57; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 3; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 59; Scholz/Westermann § 34 Rn. 62; Markowsky, Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 237 ff.; Nie-meier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 350 ff; Wolff, GmbHR 1999, 958, 959.

²⁰⁸ Zu den weiteren GmbH-rechtlichen Ausschlussinstituten unter § 4 III. 2. b).

²⁰⁹ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 59.

²¹⁰ Dies folgt schon daraus, dass die Mitgliedschaft in der GmbH durch Abtretung des Geschäftsanteils erworben wird, vgl. § 15 Abs. 3 GmbHG. Weitere Beispiele: Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 166 f.; zudem setzte schon der Gesetzgeber in der Begründung zum MoMiG die Begriffe des Geschäftsanteils und der Mitgliedschaft gleich, vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 28; so schon Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 167.

gen werden.²¹¹ Kraft Natur der Zwangseinziehung wird dies aber regelmäßig erforderlich sein, um überhaupt den Anteil zwangsweise einziehen zu können. Eine teilweise Zwangseinziehung würde die Zumutbarkeit des Verbleibs des Gesellschafters in der GmbH indizieren. Ebenfalls würde sie den Zugriff bzw. das Eindringen Dritter nicht verhindern.²¹²

Da nur Rechte und Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis untergehen, bleiben solche im Verhältnis zu Dritten unberührt.²¹³ Bei der Bestellung von Sicherheiten für die GmbH steht dem Gesellschafter ein Anspruch gegen die GmbH – bei gemeinschaftlicher Bestellung auch gegen die übrigen Gesellschafter – auf Freistellung zu.²¹⁴

b) Abfindungsanspruch

Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter erwirbt infolge der wirksamen Einziehung *ipso jure* einen Abfindungsanspruch gegen die GmbH.²¹⁵ Vorbehaltlich anderweitiger, wirksamer gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen²¹⁶ richtet sich die Höhe der Abfindung nach dem Verkehrswert des eingezogenen Anteils, also dem vollen wirtschaftlichen Wert.²¹⁷ Soweit dies zur Ermittlung der Abfindungshöhe erforderlich ist, steht dem ehemaligen Gesellschafter ein Informationsrecht nach § 810 BGB zu.²¹⁸

Soweit die Abfindung zu einem späteren Fälligkeitszeitpunkt nicht gezahlt werden kann, haften die verbleibenden Gesellschafter bei treuwidrigem Verhalten subsidiär für die Abfindung *pro rata* persönlich.²¹⁹ Wenn der BGH annimmt, diese Grundsätze seien nur auf den Fall der nachträglichen Unterdeckung anwendbar, da im Fall der anfänglichen Unterdeckung schon der Einziehungsbeschluss analog § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG nichtig ist, ist dem nicht zu folgen. Nach hier vertretener Ansicht ist auch im Fall der anfänglichen Unterdeckung der Einziehungsbeschluss wirksam.²²⁰ Somit sind die Grundsätze der subsidiären persönlichen Haftung wegen der vergleichbaren Interessen-

²¹¹ Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 166.

²¹² Zu den Zwangseinziehungsgründen unter § 4 III. 2. a).

²¹³ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 62.

²¹⁴ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 62; nicht differenzierend, sondern nur eine Freistellungspflicht der übrigen Gesellschafter annehmend: OLG Hamburg, Urt. v. 3.2.1984 - 11 U 208/83 = ZIP 1984, 707 f.; Scholz/Westermann § 34 Rn. 65.

²¹⁵ Die dogmatische Herleitung des Abfindungsanspruchs ist umstritten. Ein Teil der Literatur will § 738 Abs. 1 S. 2 BGB analog anwenden bzw. dessen Rechtsgedanken übertragen, ein anderer Teil sieht die dogmatische Grundlage im Wohnheitsrecht und wiederum andere wollen ihn in einer ergänzenden Vertragsauslegung nach § 133, 157 BGB aus der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung zur Einziehung herleiten; vgl. zum Meinungsbild mit entsprechenden Nachweisen: MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 205 und Fritz, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 62 ff.

²¹⁶ Zu den Grenzen gesellschaftsvertraglicher Abfindungsvereinbarungen ausführlich MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 221 ff.

²¹⁷ BGH, Urt. v. 16.12.1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 364 f. = NJW 1992, 892, 893 f.

²¹⁸ BGH, Urt. v. 28.4.1977 - II ZR 208/75 = GmbHR 1977, 151 f.

²¹⁹ Dazu unter § 4 I. 2. b). Erstmals zur persönlichen Haftung: BGH, Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 8 ff.; klarstellend, dass die persönliche Haftung an enge Voraussetzungen geknüpft ist: BGH, Urt. v. 10.5.2016 - II ZR 342/14 = NZG 2016, 742 Rn. 22 ff.

²²⁰ Dazu ausführlich unter § 8 I. 7. c) bb) (2).

lage auch auf den Fall der anfänglichen Unterdeckung anwendbar.

Wenn die GmbH infolge der wirksamen Einziehung auf bereits verselbstständigte Zahlungspflichten des Gesellschafters verzichtet, zählt dieser Verzicht als zusätzliche Abfindung, die ihrerseits nach den § 30 Abs. 1 GmbHG und § 15b Abs. 1 S. 1, Abs. 5 S. 1 InsO zulässig sein muss.²²¹

2. Für die verbleibenden Gesellschafter und die GmbH

Infolge der wirksamen Einziehung erhöht sich die Beteiligungsquote der verbleibenden Gesellschafter automatisch (a)), müssen die Nennbeträge der Geschäftsanteile an das Stammkapital angeglichen werden (b)) und eine aktualisierte Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer beim Handelsregister eingereicht werden (c)).

a) Erhöhung der Beteiligungsquoten

Infolge der wirksamen Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils und dem damit verbundenen Untergang desselben erhöhen sich die Beteiligungsquoten der übrigen Gesellschafter automatisch.²²² Da die Beteiligungsquote regelmäßig für die Rechte und Pflichten der Gesellschafter maßgebend ist,²²³ bewirkt die Einziehung auch unmittelbare Rechtsfolgen für die verbleibenden Gesellschafter.

b) Angleichung der Nennbeträge an das Stammkapital

Zwar verändern sich die Beteiligungsquoten entsprechend der vor Einziehung geltenden Beteiligungsverhältnisse automatisch.²²⁴ Jedoch entsteht durch den Untergang des von der Einziehung betroffenen Geschäftsanteils gesellschaftsvertraglich eine Divergenz zwischen den Nennbeträgen der Geschäftsanteile der übrigen Geschäftsanteile und dem Stammkapital, die nach § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG infolge der wirksamen Einziehung beseitigt werden muss (sog. Konvergenzgebot). Dafür stehen den Gesellschaftern verschiedene Instrumente zur Verfügung: Zum einen kann die Divergenz durch eine Aufstockung der Nennwerte der bestehenden Geschäftsanteile erfolgen, zum anderen kann die GmbH einen neuen Geschäftsanteil bilden oder das Stammkapital herabsetzen.²²⁵ Hingegen ist ein Zwangseinziehungsbeschluss, der nicht zugleich eine Angleichung der Nennbeträge an das Stammkapital vorsieht, nicht als nichtig oder anfechtbar einzustufen.²²⁶

²²¹ MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 61.

²²² *Altmeppen/Altmeppen* § 34 Rn. 82; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* § 34 Rn. 3; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn 64; *Ulmer/Ulmer/Habersack* § 34 Rn. 65 ff.; *Priester*, FS Kellermann, S. 337, 344; *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 19, 52 f, 107; *Markowsky*, Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 245 ff., 273; *Niemeier*, Rechtsstatsachen und Rechtsfragen, S. 95 ff, 360.

²²³ Vgl. nur §§ 24 S. 1, 29 Abs. 3 S. 1, 31 Abs. 3 S. 1, 50 Abs. 1 und 61 Abs. 2 S. 2 GmbHG.

²²⁴ Dazu unter § 4 VI. 2. a).

²²⁵ Ausführlich zu den verschiedenen Instrumenten: MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 67 ff.

²²⁶ Dazu unter § 8 I. 7. c) aa) (3). und § 8 I. 8. b) dd).

c) Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Hingegen erfolgt die Einreichung durch den Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG, wenn er an der Veränderung mitgewirkt hat. Welche Pflichten den einreichenden Geschäftsführer bzw. mitwirkenden Notar und den zuständigen Rechtspfleger treffen, soll an späterer Stelle untersucht werden.²²⁷

§ 5 Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste

Von der materiellen Gesellschafterstellung ist die formale Gesellschafterstellung zu unterscheiden. Nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber des Geschäftsanteils, wer in die Gesellschafterliste eingetragen ist (sog. Legitimationswirkung der Gesellschafterliste). Um die Bedeutung der Gesellschafterliste für die Rechtsfolgen der Zwangseinziehung und die Rechtsschutzmöglichkeiten des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters besser untersuchen zu können, soll zunächst die historische Entwicklung der formalen Gesellschafterstellung unter Beachtung teleologischer Aspekte beleuchtet werden (I. und II.). Darauf aufbauend wird untersucht, ob die Zwangseinziehung eine Veränderung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG darstellt (III.) und welche Rechtswirkungen die Listeneintragung mit sich bringt (IV.).

I. Historische Entwicklung der formalen Gesellschafterstellung

1. Einführung mit dem GmbHG von 1892

Bis zum 31.10.2008 galt § 16 GmbHG a. F. seit Inkrafttreten des GmbHG im Jahr 1892 unverändert. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. galt im Verhältnis zur Gesellschaft „*im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist*“. Demnach war nicht die Gesellschafterliste für die Begründung der formalen Gesellschafterstellung maßgebend. Vielmehr war die Anmeldung bei der GmbH zur Begründung der formalen Gesellschafterstellung ausreichend. Wie schon aus dem Wortlaut hervorgeht, war der einzige Anwendungsfall des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG die Veräußerung eines GmbH-Geschäftsanteils, wobei diese nicht zwingend durch Abtretung erfolgen musste.²²⁸ Die formale Gesellschafterstellung hatte dabei keine Auswirkungen auf die materielle Wirksamkeit der Veräußerung.²²⁹

²²⁷ Dazu ausführlich unter § 6 und § 7.

²²⁸ Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3739.

²²⁹ Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg, 5. Bd., S. 3739.

2. Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG

Eine grundlegende Änderung erfuhr die formale Gesellschafterstellung des § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. durch das MoMiG im Jahr 2008. Seit dem 1.11.2008 gilt nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft „*im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist*“. § 67 Abs. 2 AktG diente dabei als Vorbild der neuen Regelung.²³⁰ Der Anwendungsbereich der Vorschrift wurde auf jegliche Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausgeweitet. Im Zuge dessen ist die Gesellschafterliste neben dem Gesellschaftsvertrag zum wichtigsten Dokument im Recht der GmbH geworden.²³¹

II. Telos der Legitimationswirkung

Zunächst schafft die Regelung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG Rechtssicherheit, indem festgelegt wird, wer im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter berechtigt und verpflichtet ist.²³² Dabei ist § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Zusammenhang mit § 40 GmbHG zu betrachten, der die zeitnahe Korrektur der Gesellschafterliste gewährleistet.²³³

Mit der Aufwertung der Gesellschafterliste im Rahmen des MoMiG sollte (1.) Missbrauch bekämpft, (2.) Geldwäsche verhindert und (3.) die Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH erhöht werden.²³⁴ Die erhöhte Beteiligungstransparenz wird in erster Linie durch die weitreichenden Rechtsfolgen des Verlusts der formalen Gesellschafterstellung als Druckmittel erreicht. Denn die Eintragung in die Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist für die Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten und -pflichten und nach § 16 Abs. 2 GmbHG für die Haftung für rückständige Einlageverpflichtungen maßgebend. Zudem dient die Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 3 GmbHG als Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils. Weiterhin sollte im Zuge der Aufwertung die Rechtssicherheit erhöht werden, indem durch § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG klar festgelegt wird, wer im Verhältnis zur GmbH berechtigt und verpflichtet ist.²³⁵

Spiegelbildlich muss mit der Aufwertung der Gesellschafterliste zwingend eine erhöhte Richtig-

²³⁰ BR-Drs. 354/07, S. 84

²³¹ Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 1; zustimmend Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 22; U. Schneider, GmbHR 2009, 393; Bussian/Achenbach, BB 2010, 778; Löbbe, GmbHR 2012, 7; Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1; Lieder, GmbHR 2016, 189.

²³² Henssler/Strohn/Verse § 16 GmbHG Rn. 1 unter Bezugnahme auf OLG Jena, Urt. v. 25.2.2004 - 2 U 635/03 = AG 2004, 268, 269 zu § 67 Abs. 2 AktG; Scholz/Seibt § 16 Rn. 4; zustimmend MüKoGmbHG/Heidinger § 16 Rn. 13.

²³³ MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 7.

²³⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 37.

²³⁵ Henssler/Strohn/Verse § 16 GmbHG Rn. 1; MüKoGmbHG/Heidinger § 16 Rn. 13; Scholz/Seibt § 16 Rn. 4.

keitsgewähr derselben einhergehen. Diese erhöhte Richtigkeitsgewähr sollte nach dem gesetzgeberischen Willen mit den zeitgleich geänderten erhöhten Anforderungen an das Verfahren der Listeneinreichung nach § 40 GmbHG erreicht werden.²³⁶ Dafür konkretisierte der Gesetzgeber in § 40 Abs. 1 GmbHG den Pflichtenmaßstab der Geschäftsführer bei der Einreichung. Mit § 40 Abs. 3 GmbHG führte er zeitgleich eine im Vergleich zu § 40 Abs. 2 GmbHG a. F.²³⁷ weitreichendere Haftung der Geschäftsführer bei Verletzung der Pflichten nach § 40 Abs. 1 GmbHG ein. Weiterhin statuierte der Gesetzgeber in § 40 Abs. 2 GmbHG die ausschließliche Zuständigkeit des Notars, wenn dieser bei der Veränderung nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG mitgewirkt hat.

Die Aufwertung der Gesellschafterliste im Zuge des MoMiG erfolgte also vielmehr durch ein Zusammenwirken von § 16 GmbHG und § 40 GmbHG. Dieses Zusammenwirken muss bei der Betrachtung der im Zusammenhang mit der Gesellschafterliste im Rahmen der Zwangseinziehung auftretenden Probleme stets bedacht werden.

III. Zwangseinziehung als Veränderung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG

Ob die Einziehung eines Geschäftsanteils zu einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG führt, ist umstritten. Ein Großteil der Literatur subsumiert die Einziehung eines Geschäftsanteils unter § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.²³⁸ Dieser Sichtweise schloss sich der BGH, der erstmals mit dieser Streitfrage befasst war, im Jahr 2018 an.²³⁹ Vereinzelt Literaturstimmen halten die Einziehung eines Geschäftsanteils nicht für eine Veränderung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.²⁴⁰ Ob die Einziehung eines Geschäftsanteils zu einer Veränderung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG führt, gilt es zu ermitteln.

1. Wortlaut

Der durch die Einziehung bewirkte Untergang des Geschäftsanteils geht bei der Einziehung aller Geschäftsanteile mit einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter einher. Auch bei einer teilweisen Einziehung der Geschäftsanteile eines Gesellschafters tritt jedenfalls eine Veränderung der Beteiligungsquoten der übrigen Gesellschafter ein. Mithin ist die Einziehung unter den Wortlaut

²³⁶ BT-Drs. 16/6140, S. 43.

²³⁷ Die nach § 40 Abs. 1 GmbHG a. F. zuständigen Geschäftsführer hafteten nach § 40 Abs. 2 GmbHG a. F. nur den Gesellschaftsgläubigern: „*Geschäftsführer, welche die ihnen nach Absatz 1 obliegende Pflicht verletzen, haften den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden als Gesamtschuldner.*“.

²³⁸ Altmeppen/*Altmeppen* § 16 Rn. 27, § 34 Rn. 82; Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 16 Rn. 5; Baumbach/Hueck/*Servatius* § 40 Rn. 6; BeckOK GmbHG/*Wilhelmi* § 16 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 40 Rn. 38; *ders.*, FS Marsch-Barner, S. 35, 38; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Sosnitzer* § 34 Rn. 132; MüKoGmbHG/*Heidinger* § 16 Rn. 93; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Pentz* § 16 Rn. 13, 20; Scholz/*Seibt* § 16 Rn. 19; Ulmer/*Löbbe* § 16 Rn. 26, 33; Mayer, DNotZ 2008, 403, 407; *Vossius*, DB 2007, 2299; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410; *Wolff*, BB 2010, 454, 455 f.; *Wagner*, GmbHR 2016, 463, 464; *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815, 816; *Wachter*, GmbHR 2018, 1129, 1138.

²³⁹ BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993.

²⁴⁰ *Pentz*, FS Marsch-Barner, S. 431, 444 ff.; *Menkel*, NZG 2018, 891, 893.

des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu subsumieren. Denn dieser unterscheidet gerade nicht danach, auf welchem Rechtsgrund die Veränderung beruht.²⁴¹

2. Historie

Zwar wurde der Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Zuge des MoMiG auf alle Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausgeweitet.²⁴² Jedoch erscheint aufgrund der Begründung des Gesetzgebers zu der Neufassung des § 16 GmbHG weiterhin fraglich, ob die Einziehung eines Geschäftsanteils umfasst sein soll. Denn in der gesetzgeberischen Begründung zu § 16 Abs. 1 GmbHG heißt es: „Die Vorschrift gilt nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Übertragung durch Abtretung, sondern **bei allen Formen des Anteilsübergangs**, insbesondere der Gesamtrechtsnachfolge“²⁴³. Bei der Einziehung geht der betroffene Geschäftsanteil unter, ohne dass es zu einem Anteilsübergang kommt.²⁴⁴ Mithin scheint die Einziehung nach dem gesetzgeberischen Willen keinen Fall des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG darzustellen.²⁴⁵

Überzeugend erscheint an dieser Stelle ein wirtschaftlicher Vergleich des BGH zum unstreitig von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG erfassten Anteilsübergang.²⁴⁶ Denn der durch die Einziehung bewirkte Untergang des Geschäftsanteils führt automatisch zu erhöhten Beteiligungsquoten der übrigen Gesellschafter.²⁴⁷ Insoweit unterscheidet sich die Einziehung wirtschaftlich nicht von der Anwachsung im Recht der Personengesellschaft nach § 738 Abs. 1 S. 1 BGB, die unstreitig einen Anteilsübergang bewirkt.²⁴⁸

3. Systematik

In systematischer Hinsicht erscheint es erforderlich, die sich dem § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG unmittelbar anschließenden Vorschriften des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG und § 16 Abs. 3 GmbHG näher zu betrachten.

Sowohl § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG als auch § 16 Abs. 3 GmbHG erfordern ihrem Wortlaut nach einen Erwerb des Geschäftsanteils. Dies wird umso deutlicher als der Gesetzgeber ausdrücklich den gutgläubigen Erwerb eines nicht existenten Geschäftsanteils ausschloss.²⁴⁹ Da der Geschäftsanteil infolge der Einziehung untergeht, kann der betroffene Geschäftsanteil gerade nicht erworben wer-

²⁴¹ BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 26.

²⁴² Zur historischen Entwicklung des § 16 Abs. 1 GmbHG unter § 5 I.

²⁴³ BT-Drs. 16/6140, S. 38.

²⁴⁴ Dazu unter § 4 VI. 1. a).

²⁴⁵ So Menkel, NZG 2018, 891, 893.

²⁴⁶ BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 30.

²⁴⁷ Dazu unter § 4 VI. 2. a).

²⁴⁸ So schon K. Schmidt GesR § 35 III 1a, 2b; Wolff, GmbHR 1999, 958, 960; Altmeyden, ZIP 2012, 1685, 1689; vgl. auch MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 64; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 66.

²⁴⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 39.

den. Daraus folgert *Menkel*, dass die Einziehung aus systematischen Gründen keine Veränderung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG darstellt.²⁵⁰ Zu Recht weist der BGH an dieser Stelle auf den im Vergleich zu § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG engen Wortlaut der aufgeführten Regelungen des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG und § 16 Abs. 3 GmbHG hin, was eher für eine weite Auslegung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG streite.²⁵¹ Dass weder § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG noch § 16 Abs. 3 GmbHG auf den untergegangenen Geschäftsanteil infolge der Einziehung anwendbar sind, steht dabei außer Frage.²⁵²

Wenn in der Literatur weiterhin angebracht wird, die Wirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG könne einen nicht existierenden Geschäftsanteil nicht fiktiv zu Entstehung bringen,²⁵³ trifft dies auf den Fall der Einziehung nicht zu.²⁵⁴ Denn die Einziehung führt nur zum Untergang eines zuvor existenten Geschäftsanteils. Durch § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG wird allenfalls dessen Fortbestand fingiert. Die Argumentation des BGH vermag zu überzeugen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund als die Beurteilung der Wirksamkeit der Einziehung einer komplexen rechtlichen Prüfung bedarf. Es ist oftmals nicht ohne weiteres ersichtlich, ob die Einziehung überhaupt wirksam ist. Ist sie (rückwirkend) unwirksam, ist der Geschäftsanteil nie untergegangen. Insofern würde § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG unproblematisch seine Wirkung entfalten. Um diesen Abgrenzungsschwierigkeiten zu begegnen, erscheint eine Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG unabhängig von der Wirksamkeit der Einziehung zwingend erforderlich. Etwaige Unbilligkeiten, die durch die Löschung aus der Gesellschafterliste für den betroffenen Gesellschafter bzw. durch den Erhalt der Listenstellung für die GmbH entstehen können, gilt es im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu berücksichtigen.²⁵⁵

Zudem muss in systematischer Hinsicht die Regelung des § 40 GmbHG in die Überlegungen einbezogen werden. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG verweist nicht nur auf § 40 GmbHG. Darüber hinaus wurde der Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG an den des § 40 GmbHG angeglichen.²⁵⁶ Im Rahmen des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG sind unstreitig alle Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung erfasst. Ein Anteilsübergang ist dabei ohne Relevanz.²⁵⁷

4. Telos

Weiterhin trägt nur die Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auf die Einziehung den mit der Aufwertung der Gesellschafterliste verbundenen Interessen des Gesetzgebers hinreichend Rech-

²⁵⁰ *Menkel*, NZG 2018, 891, 893.

²⁵¹ BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 32.

²⁵² Vgl. BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 33.

²⁵³ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Ebbing* § 16 Rn. 68; Saenger/*Inhester/Pfisterer* § 16 Rn. 9; *Pentz*, FS Marsch-Barner, S. 431, 446.

²⁵⁴ Hierzu und zum Folgenden BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 37 f.

²⁵⁵ Zum einstweiligen Rechtsschutz ausführlich unter § 8 II.

²⁵⁶ MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 9.

²⁵⁷ Ausführlich zur Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG: Lutter/*Hommelhoff/Bayer* § 40 Rn. 27 ff.

nung.²⁵⁸ Zwar sind kriminelle Machenschaften zwischen dem Gesellschafter und der GmbH infolge des Untergangs des Geschäftsanteils bei der wirksamen Einziehung nicht mehr zu befürchten.²⁵⁹ Jedoch liefe eine andere Sichtweise der Rechtssicherheit über die Beteiligungsverhältnisse zuwider.²⁶⁰ Wäre statt der Listenstellung die materielle Rechtslage maßgebend, bedürfte es einer umfassenden materiellen Prüfung der Zwangseinziehung, die mit rechtlichen Unsicherheiten verbunden ist. Diese Sichtweise wäre mit dem Vertrauen des Rechtsverkehrs und der Verkehrsfähigkeit der GmbH nicht zu vereinbaren. Weiterhin würde sie der Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG entgegenwirken. Denn die Beteiligten würden sich auf die materielle Rechtslage berufen ohne dabei einen Anreiz zu haben, die Gesellschafterliste zu korrigieren.²⁶¹

Diese Sichtweise läuft auch nicht dem BGH-Urteil²⁶² zur sofortigen Wirksamkeit der Einziehung infolge der Erklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter zuwider.²⁶³ Denn dieses Urteil betrifft alleine die materielle Rechtslage.²⁶⁴ Auf diese Weise soll einer materiellen Schwebelage auf Seiten der Gesellschaft entgegengewirkt werden. Die Anwendung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG vermag eine solche materielle Schwebelage gerade nicht hervorzurufen. Denn nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt unabhängig von der materiellen Rechtslage derjenige im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Die gesetzgeberische Entscheidung, zwischen der formalen und materiellen Gesellschafterstellung zugunsten der Gesellschaftertransparenz zu unterscheiden, muss akzeptiert werden. Um eine Divergenz zwischen der formalen und materiellen Rechtslage kurzfristig zu vermeiden, steht den Beteiligten der einstweilige Rechtsschutz zur Verfügung.²⁶⁵

5. Zwischenergebnis

Unter Beachtung der zuvor aufgefundenen Ergebnisse ist die Einziehung als Veränderung in den Personen der Gesellschafter und/oder des Umfangs ihrer Beteiligung unter § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu subsumieren. Auch bei einer materiell wirksamen Einziehung stehen dem betroffenen Gesellschafter bei Erhalt der Listenstellung weiterhin seine Mitgliedschaftsrechte zu. Die verbleibenden Gesellschafter sollten unverzüglich nach Beschlussfassung auf eine Listenkorrektur hinwirken. Besteht hingegen Streit über die Wirksamkeit der Einziehung, wird der betroffene Gesellschafter versuchen, die Korrektur der Gesellschafterliste zu verhindern. Um dabei die widerstreitenden

²⁵⁸ Dazu unter § 5 II.

²⁵⁹ Vor diesem Hintergrund u. a. aus teleologischen Gründen ablehnend *Menkel*, NZG 2018, 891, 893.

²⁶⁰ BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 35.

²⁶¹ BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 36.

²⁶² BGH, Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 8.

²⁶³ So aber der Beklagte in BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 39.

²⁶⁴ Hierzu und zum Folgenden BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 39.

²⁶⁵ Dazu unter § 8 II.

Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen, steht den beteiligten Gesellschaftern der Weg des einstweiligen Rechtsschutzes offen.

IV. Wirkungen der formalen Gesellschafterstellung im Rahmen der Einziehung

Alleine durch die Eintragung in der dem Handelsregister zugeordneten Gesellschafterliste gilt der Eingetragene im Verhältnis zur GmbH als Gesellschafter, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Nur dem in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter stehen ab dem Zeitpunkt ihrer Aufnahme im Handelsregister durch das Registergericht die Mitgliedschaftsrechte gegenüber der GmbH zu.²⁶⁶ Auf der anderen Seite hat der eingetragene Gesellschafter ab diesem Zeitpunkt alle mit dem Geschäftsanteil unmittelbar verknüpften Gesellschafterpflichten zu erfüllen.²⁶⁷ Hingegen bleiben schuldrechtliche und deliktische Verpflichtungen grundsätzlich durch materiell-rechtliche Veränderungen und Änderungen der Gesellschafterliste unberührt.²⁶⁸

Wer im Verhältnis zur GmbH als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils gilt, bestimmt sich nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.²⁶⁹ Im Jahr 2020 hat der BGH entschieden, dass die GmbH den Anteil eines nicht mehr eingetragenen, aber materiell weiterhin berechtigten Gesellschafters entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG erneut vorsorglich einziehen kann.²⁷⁰ Denn solange nicht rechtskräftig über die Wirksamkeit des ersten Einziehungsversuchs entschieden wurde, kann der Geschäftsführer die Liste als „*zutreffend erachten*“ und die GmbH würde sich durch eine Listenkorrektur widersprüchlich verhalten.²⁷¹ Zudem sei der GmbH eine Listenkorrektur auch nicht zumutbar: Durch die Wiedereintragung würde es dem Gesellschafter ermöglicht, den Gesellschaftsbetrieb „*durch obstruktive Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte zu stören*“.²⁷² Es ist *Miller* zuzustimmen, wenn er „*dogmatische Ungereimtheiten*“ anführt, sofern ein nicht in der Liste aufgeführter Geschäftsanteil eingezogen werden könnte.²⁷³ Denn entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist nach Ansicht des BGH ein nicht mehr in der Gesellschafterliste aufgeführter Gesellschafter trotzdem zur Gesellschaftsversammlung einzuladen, um die Nichtigkeit des vorsorglichen Einziehungsbeschlusses zu verhindern.²⁷⁴

²⁶⁶ Vgl. nur Bork/Schäfer/Brandes § 16 Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 16 Rn. 36; MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG § 16 Rn. 6; Scholz/Seibt § 16 Rn. 36.

²⁶⁷ Vgl. nur Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing § 16 Rn. 55; Scholz/Seibt § 16 Rn. 37; Ulmer/Löbke § 16 Rn. 66.

²⁶⁸ Hierzu und wann es ausnahmsweise zum Übergang entsprechender Pflichten kommt vgl. Scholz/Seibt § 16 Rn. 38.

²⁶⁹ *Miller*, NJW 2021, 622, 625 f.; *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 100 ff.; *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 441, 447 f.

²⁷⁰ BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 15 ff.; krit. *Miller*, NJW 2021, 625, 626.

²⁷¹ BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 22.

²⁷² BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 39; Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 23.

²⁷³ *Miller*, NJW 2021, 622, 626.

²⁷⁴ BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 33.

Richtigerweise muss an dieser Stelle unterschieden werden: Soweit die GmbH von der Unwirksamkeit der ersten Einziehung²⁷⁵ ausgeht, trifft den Geschäftsführer die Pflicht, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen, bevor der Anteil erneut eingezogen wird.²⁷⁶ Von der Unwirksamkeit der Einziehung kann die GmbH nur dann ausgehen, wenn sie den Zwangseinziehungsbeschluss für nichtig hält. Da die GmbH in diesem Fall von der Unwirksamkeit der Einziehung ausgeht, kann man insoweit nicht von einer vorsorglichen Einziehung sprechen. Wenn die GmbH allerdings von der Wirksamkeit der Einziehung ausgeht, kann sie einen Anteil ohne vorherige Listenkorrektur erneut vorsorglich einziehen. Denn in diesem Fall stimmt im Zeitpunkt der erneuten vorsorglichen Einziehung die Listenlage nach Überzeugung der GmbH mit der materiellen Rechtslage überein. Praktisch wird ein solcher Fall nur dann vorkommen, wenn die GmbH den Einziehungsbeschluss für wirksam, aber anfechtbar hält. Um sich wegen der zwischenzeitlichen Nichtbeteiligung des materiell weiterhin berechtigten Gesellschafters nicht schadensersatzpflichtig zu machen, muss die GmbH den Anteil sogar erneut einziehen.²⁷⁷ Da im Falle der Anfechtung des Zwangseinziehungsbeschlusses dieser rückwirkend (*ex tunc*) für nichtig erklärt wird,²⁷⁸ ist auch die dogmatische Ungeheimtheit der Ladung eines Nicht-Listengesellschafters hinzunehmen.

Zwar müssen grundsätzlich die formale und materielle Seite der Einziehung korrelieren, damit diese Wirksamkeit entfaltet. Jedoch muss die GmbH den Gesellschafter unabhängig von der materiellen Rechtslage (nur) so lange als Gesellschafter behandeln, wie er in der Gesellschafterliste aufgeführt ist.²⁷⁹ Eine etwaige materielle Unwirksamkeit des Verpflichtungs- und/oder Verfügungsgeschäfts hat keine Auswirkungen auf die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.²⁸⁰ Mithin ist eine Fallkonstellation denkbar, in der ein Gesellschafter, der materiell seine Gesellschafterstellung wegen Unwirksamkeit der Einziehung nicht verloren hat, dennoch durch Einreichung und Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG seine formale Gesellschafterstellung im Verhältnis zur GmbH verliert. Die formale und materielle Gesellschafterstellung können „*entkoppelt*“²⁸¹ sein. Bei einer von der materiellen Rechtslage abweichenden Listenlage haben sowohl der zu Unrecht eingetragene Gesellschafter als auch der nicht eingetragene, materielle Gesellschafter einen Anspruch auf Berichtigung der Gesellschafterliste.²⁸²

²⁷⁵ Von der Unwirksamkeit der Einziehung kann die GmbH nur dann ausgehen, wenn sie den Zwangseinziehungsbeschluss für von vorneherein nichtig hält.

²⁷⁶ Zur Prüfpflicht des Geschäftsführers unter § 6 II. 3).

²⁷⁷ Zu den Schadenersatzansprüchen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters siehe § 10.

²⁷⁸ Hierzu unter § 8 I. 8.

²⁷⁹ BGH, Urt. v. 27.1.2015 - KZR 90/13 = BGH, NZG 2015, 478 Rn. 29; Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 23; Baumbach/Hueck/*Servatius* § 16 Rn. 14; Henssler/Strohn/*Verse* § 16 GmbHG Rn. 13; Gehrlein/Born/Simon/*Winter/Schümmer* § 16 Rn. 15.

²⁸⁰ Altmeppen/*Altmeppen* § 16 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 16 Rn. 32 f.; Scholz/*Seibt* § 16 Rn. 26.

²⁸¹ BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 17; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 16 Rn. 26; BT-Drs. 16/6140, S. 37.

²⁸² Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 37; ausführlich zum Anspruch auf Listenkorrektur unter § 8 I. 2.

Prävention

Da die formale Gesellschafterstellung von der materiellen Rechtslage „*entkoppelt*“²⁸³ ist, läuft der betroffene Gesellschafter im Anschluss an den Zwangseinziehungsbeschluss und die Einziehungserklärung Gefahr, seine formale Gesellschafterstellung durch Einreichung und Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste zu verlieren. In der Folge ist es ihm bis zu seiner Wiedereintragung in die Gesellschafterliste verwehrt, seine Gesellschafterrechte wahrzunehmen. Solange die Einziehung wirksam ist, entstehen keine weiteren Probleme. Stellt sich jedoch mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung heraus, konnte der betroffene Gesellschafter entgegen seiner materiellen Berechtigung seine Gesellschafterrechte bis zu seiner Wiedereintragung in die Gesellschafterliste nicht wahrnehmen. In diesem Fall drohen dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung irreversible Schäden.²⁸⁴

Um drohende Schäden für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter zu vermeiden, soll zunächst herausgearbeitet werden, welche Pflichten den Geschäftsführer bzw. mitwirkenden Notar i. R. d. Einreichung der Gesellschafterliste treffen (§ 6). Darauf aufbauend wird untersucht, welche Pflichten das Registergericht i. R. d. Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister trifft (§ 7). Ist es trotz Beachtung aller Verfahrensvoraussetzungen der Listeneinreichung zur Zuordnung einer Gesellschafterliste gekommen, die der materiellen Rechtslage widerspricht, sind die Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Gesellschafters zu untersuchen, um seine formale Gesellschafterstellung zu sichern bzw. wiederherzustellen und auf diese Weise Schäden vorzubeugen. Neben dem Hauptsacheverfahren soll dafür insbesondere der einstweilige Rechtsschutz beleuchtet werden (§ 8). Basierend auf den zuvor aufgefundenen Ergebnissen wird zuletzt herausgearbeitet, welche statutarischen und tatsächlichen Möglichkeiten ein Gesellschafter ergreifen kann, um die zwangsweise Einziehung seines Geschäftsanteils zu verhindern (§ 9).

§ 6 Pflichtenmaßstab i. R. d. Einreichung einer Gesellschafterliste

Nachdem der Zwangseinziehungsbeschluss gefasst und dem betroffenen Gesellschafter mitgeteilt wurde, muss der Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG) bzw. mitwirkende Notar eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen (§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Schon in diesem Stadium können den Beteiligten Fehler unterlaufen, welche in einer Divergenz zwischen der formalen und materiellen Rechtslage münden. Welche Pflichten den Geschäftsführer bzw. Notar bei

²⁸³ BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 17; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Bayer § 16 Rn. 26; BT-Drs. 16/6140, S. 37.

²⁸⁴ Zu den Schäden unter § 11.

der Einreichung der Gesellschafterliste treffen, um diese Divergenz zu vermeiden, gilt es zu untersuchen.

I. Zuständigkeit

1. Geschäftsführer, § 40 Abs. 1 GmbHG

Grundsätzlich fällt die Pflicht zur Einreichung einer neuen Liste den Geschäftsführern nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu. Eine Vertretung ist wegen Höchstpersönlichkeit der Pflicht aus § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG unzulässig.²⁸⁵ Dies folgt nicht zuletzt aus der umfassenden Prüfpflicht sowie der Haftung der Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG.²⁸⁶ Die Geschäftsführer haben die Liste unverzüglich einzureichen, d.h. nach § 121 Abs. 1 S. 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern.²⁸⁷

Bei einer Mehrheit von Geschäftsführern ist die Gesellschafterliste von allen Geschäftsführern zu unterschreiben.²⁸⁸ Andere Stimmen erachten die Unterschrift durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl als ausreichend.²⁸⁹ Vertreter dieser Ansicht argumentieren anhand eines Umkehrschlusses zu § 78 GmbHG, der ausdrücklich die Bewirkung durch sämtliche Geschäftsführer anordnet.²⁹⁰ Allerdings bestehen zwischen beiden Normen grundlegende Unterschiede: § 78 GmbHG bezieht sich auf Einreichungen zum Handelsregister zum Zwecke der Eintragung während die Gesellschafterliste unverändert im Handelsregister aufgenommen wird.²⁹¹ Zudem ist unter teleologisch historischen Gesichtspunkten eine Unterschrift durch alle Gesellschafter geboten. Durch die Änderung des § 40 GmbHG im Zuge des MoMiG sollte die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste erhöht werden.²⁹² Die Richtigkeitsgewähr zu erhöhen, erscheint vor dem Hintergrund der weitreichenden Rechtsfolgen der Zuordnung der Gesellschafterliste zwingend geboten: Zunächst geht der Verlust der formalen Gesellschafterstellung mit dem Verlust der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten einher. Des Weiteren bildet die Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 3 GmbHG den Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils, der zum endgültigen Verlust des GmbH-Geschäftsanteils führt. Auf der anderen Seite kann die Einreichung einer unrichtigen Liste eine Haftung der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 3 GmbHG begründen. Wenn alle Ge-

²⁸⁵ Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 72; Scholz/Seibt § 40 Rn. 32; Bork/Schäfer/Wachter § 40 Rn. 98; Mayer, DNotZ 2008, 403, 413; a. A. Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 70.

²⁸⁶ Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 72.

²⁸⁷ Zu den zeitlichen Grenzen der Einreichung Scholz/Seibt § 40 Rn. 62 m. w. N.

²⁸⁸ Ebenso OLG Jena, Beschl. v. 5.7.2011 - 6 W 82/11 = NZG 2011, 909, 910; BeckOK GmbHG/Heilmeier § 40 Rn. 150; Schmidt, NotBZ 2013, 13.

²⁸⁹ OLG Jena, Beschl. v. 5.7.2011 - 6 W 82/11 = GmbHR 2011, 980, 981 mit zustimmender Anm. Bayer; Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 35; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 72; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 176; Scholz/Seibt § 40 Rn. 45; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 69; Tebben, RNotZ 2008, 441, 456.

²⁹⁰ OLG Jena, Beschl. v. 5.7.2011 - 6 W 82/11 = GmbHR 2011, 980, 981 mit zustimmender Anm. Bayer; Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 35; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 72; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 176; Scholz/Seibt § 40 Rn. 45.

²⁹¹ So schon BeckOK GmbHG/Heilmeier § 40 Rn. 150; Hasselmann, KSzW 2013, 46, 52.

²⁹² BT-Drs. 16/6140, S. 43.

schäftsführer die Liste unterschreiben müssen, sind die Anforderungen an das Verfahren automatisch erhöht. Erhöhte Anforderungen im Verfahren gehen mit einer weitreichenderen inhaltlichen Prüfung der Liste einher. Falls ein Geschäftsführer seine Unterschrift unberechtigt verweigert, kann seine Verpflichtung eingeklagt und ggf. mithilfe staatlicher Instrumente umgesetzt werden.

2. Mitwirkender Notar, § 40 Abs. 2 GmbHG

Soweit ein Notar in seiner amtlichen Funktion bei der Zwangseinziehung mitwirkt,²⁹³ fällt ihm nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG die alleinige Kompetenz zur Einreichung einer neuen Liste zu. Dabei ist unerheblich, ob eine Mitwirkung des Notars gesetzlich erforderlich ist.²⁹⁴ Auch überobligatorisch beurkundete Einziehungsbeschlüsse unterliegen der Mitwirkung des Notars.²⁹⁵ Ohne Relevanz ist dabei auch, dass die Veränderung bei der Zwangseinziehung als mehraktiges Verfügungsgeschäft erst mit Erklärung gegenüber dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter wirksam wird. Mitwirkung an einer Veränderung ist dabei nicht mit der Herbeiführung der Veränderung gleichzusetzen. Wenn der Notar den Zwangseinziehungsbeschluss beurkundet, liegt in der Beurkundung eine Mitwirkung i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

II. Verfahren

1. Mitteilung und Nachweis an den Geschäftsführer

Während der Notar eigenmächtig tätig werden darf und muss (vgl. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG),²⁹⁶ handeln die Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG auf Mitteilung und Nachweis. Welche formalen und materiellen Anforderungen an die Mitteilung und den Nachweis im Rahmen der Zwangseinziehung zu stellen sind, muss unter besonderer Beachtung der gesetzgeberischen Intention der erhöhten Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste untersucht werden.

a) Mitteilung

Obwohl die Rechtsnatur der Mitteilung umstritten ist,²⁹⁷ ist man sich weitgehend darüber einig, die

²⁹³ Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 56.

²⁹⁴ Wie bereits festgestellt, ist diese bei der Zwangseinziehung mangels satzungsändernden Inhalts gerade nicht gesetzlich erforderlich; dazu unter § 4 IV. 1. c).

²⁹⁵ MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 227.

²⁹⁶ Zum dogmatischen Streit *Baumbach/Hueck/Servatius* § 40 Rn. 49; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing* § 16 Rn. 35; *MüKoGmbHG/Heidinger* § 40 Rn. 208; *Scholz/Seibt* § 40 Rn. 55; *Noack*, FS Hüffer, S. 723, 731; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1047.

²⁹⁷ Man ist sich darüber uneinig, ob die Mitteilung als Willenserklärung oder geschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren ist; die h. M. für Einordnung als geschäftsähnliche Handlung: *Altmeppen/Altmeppen* § 40 Rn. 21; *Baumbach/Hueck/Servatius* § 40 Rn. 22; *BeckOK GmbHG/Heilmeyer* § 40 Rn. 134; *Henssler/Strohn/Oetker* § 40 GmbHG Rn. 22; *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 40 Rn. 74; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Terlau* § 40 Rn. 15; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner* § 40 Rn. 32; *Scholz/Seibt* § 40 Rn. 54; *Ulmer/Paefgen* § 40 Rn. 79; für Einordnung als Willenserklärung: *Zutt*, FS Oppenhoff, S. 555, 559; offengelassen: *MüKoGmbHG/Heidinger* § 40 Rn. 152.

Vorschriften über die Willenserklärung jedenfalls entsprechend anzuwenden.²⁹⁸ Folglich unterliegt die Mitteilung keiner besonderen Form und kann auch konkludent erfolgen.²⁹⁹ Mitteilungsbefugt ist jeder von der Veränderung betroffene Gesellschafter.³⁰⁰ Von der Zwangseinziehung sind sowohl derjenige Gesellschafter betroffen, dessen Anteil eingezogen wird als auch die übrigen Gesellschafter, deren Beteiligungsquote sich mit Wirksamwerden der Zwangseinziehung automatisch erhöht. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG bedarf es auch dann einer Mitteilung der Zwangseinziehung durch die betroffenen Gesellschafter, wenn der Geschäftsführer bei der Gesellschafterversammlung anwesend ist.³⁰¹ Widersprüchliche Mitteilungen führen zu deren Unbeachtlichkeit.³⁰²

aa) Formale Legitimation des Mitteilenden

Um die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste tatsächlich zu erhöhen, wird man fordern müssen, dass der Mitteilende formal legitimiert ist.³⁰³ Formal legitimiert ist derjenige, der als Gesellschafter in die Gesellschafterliste eingetragen ist, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

bb) Keine Anwendung des formalen Konsensprinzips

Wenn teilweise gefordert wird, das aus dem Grundbuchrecht bekannte formale Konsensprinzip (vgl. § 19 GBO) bei der Mitteilung der Veränderung analog anzuwenden,³⁰⁴ ist dem nicht zu folgen. Zunächst entzieht sich diese Sichtweise einer dogmatischen Rechtsgrundlage. Zwar sollte der von der Löschung betroffene Gesellschafter nach dem Willen des historischen Gesetzgebers nach dem Vorbild des § 67 Abs. 5 AktG im Falle der Korrektur einer fehlerhaften Gesellschafterliste die Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten.³⁰⁵ Jedoch sprach man einer ablehnenden Stellungnahme keine Sperrwirkung zu.³⁰⁶ Zudem sollte die Möglichkeit zur Stellungnahme ausweislich des Wortlauts in der Gesetzesbegründung nur für den Fall der Korrektur einer notariellen Gesellschafterliste gelten.³⁰⁷

²⁹⁸ Aus diesem Grund ebenfalls ohne Streitentscheid MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 152.

²⁹⁹ So MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 152; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 81, zur Vermeidung von Missbräuchen, soll nach hier vertretener Ansicht die Mitteilung schriftlich erfolgen müssen; dazu unter § 6 II. 1. c).

³⁰⁰ Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 19.

³⁰¹ Nach a. A. soll durch die Kenntnis von Amts wegen die Mitteilung entbehrlich sein, vgl. bspw. MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 161.

³⁰² Ebenso Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 21, wobei zu beachten ist, dass keine Widersprüchlichkeit vorliegt, wenn nur ein Mitteilender einen Nachweis über den Inhalt seiner Mitteilung erbracht hat.

³⁰³ So auch MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 155; Scholz/Seibt § 40 Rn. 41; für Ausnahmen beim Erwerb eines Geschäftsanteils und im Erbfall: MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 155.

³⁰⁴ OLG Hamm, Urt. v. 13.2.2012 - 8 U 118/11 = BeckRS 2012, 6504; OLG Frankfurt, Urt. v. 19.3.2013 - 5 U 220/12 = BeckRS 2013, 12870; Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 20; Noack, FS Hüffer, S. 723, 730; Lange, GmbHR 2012, 986, 990.

³⁰⁵ BT-Drs. 16/6140, S. 44; dazu ausführlich unter § 6 II. 2.

³⁰⁶ BGH, Urt. v. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 36 ff. m. Anm. Bayer; sich dem anschließend KG Berlin, Beschl. v. 10.7.2019 - 2 W 16/19 = GmbHR 2019, 937, 938 m. Anm. Bayer.

³⁰⁷ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

Darüber hinaus würde die Anwendung des formalen Konsensprinzips dem Transparenzbegehren des Gesetzgebers entgegenwirken. Die Gesellschafterliste würde womöglich bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens der materiellen Rechtslage widersprechen. Denn erst zu diesem Zeitpunkt besteht Rechtssicherheit über die materielle Rechtslage.

Weiterhin liefe die Anwendung des formalen Konsensprinzips dem entscheidenden Vorteil des Rechtsinstituts der Zwangseinziehung zuwider: die kurzfristige Reaktion auf interne Vorfälle. Derjenige, dessen Recht betroffen ist, könnte die Bewilligung missbräuchlich verweigern. Die gesellschaftsvertragliche Statuierung der Zwangseinziehungsmöglichkeit hätte keinen Vorteil mehr gegenüber der Ausschlussklage analog § 140 HGB.

Auch unter prozessökonomischen Gesichtspunkten erscheint eine Anwendung des formalen Konsensprinzips verfehlt.³⁰⁸ Die gegen die GmbH gerichtete Leistungsklage auf Korrektur wäre praktisch zwangsläufig mit einer Leistungsklage gegen den von der Löschung betroffenen Gesellschafter auf Zustimmung zur Listenkorrektur verbunden. Denn eine freiwillige Zustimmung zur Listenkorrektur i. R. d. Zwangseinziehung erscheint nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen denkbar. Dabei entsprächen sich die Begründetheitsprüfungen: Für den Erfolg beider Klagen wäre maßgebend, ob der klagende Gesellschafter materiell berechtigt ist. Dem von der Löschung betroffenen Gesellschafter steht die Möglichkeit offen, seine Interessen im Rahmen einer Nebenintervention nach § 66 ZPO zu wahren.

b) Nachweis

Neben der Mitteilung an die Geschäftsführer muss der mitteilende Gesellschafter nach § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG einen Nachweis über die mitgeteilte Veränderung erbringen. Dabei erscheint das Erfordernis eines Nachweises geeignet, zugunsten der Richtigkeitsgewähr willkürliche Änderungen der Gesellschafterliste zu vermeiden.

aa) Anforderungen des Nachweises

§ 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG statuiert nicht, wie der Nachweis zu erbringen ist. Auch die Gesetzesbegründung statuiert lediglich eine inhaltliche Prüfpflicht des Geschäftsführers, um der regelmäßig gebotenen Sorgfalt bei Abgabe der Liste zu genügen.³⁰⁹ Hingegen wird nicht angeordnet, unter welchen Voraussetzungen die gebotene Sorgfalt gewahrt wird.

Zwar lässt sich aus der Unterscheidung im Wortlaut zwischen der Mitteilung und dem Nachweis schlussfolgern, dass mehr als eine bloße Mitteilung der Rechtsänderung erforderlich ist. Jedoch können die Anforderungen an den Nachweis unterschiedlich ausfallen. Auf der einen Seite könnte

³⁰⁸ *Lieder*, GmbHR 2016, 189, 192 f.; sich dem anschließend KG Berlin, Beschl. v. 10.7.2019 - 2 W 16/19 = GmbHR 2019, 937, 939 m. Anm. *Bayer*.

³⁰⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

man als Untergrenze eine überzeugende Unterrichtung des Geschäftsführers von der Veränderung als ausreichend erachten.³¹⁰ *Seibt* erfordert eine qualifizierte Plausibilitätskontrolle des Geschäftsführers.³¹¹ Auf der anderen Seite könnte man dem gerichtlichen Beweis angenäherte Anforderungen an den Nachweis stellen.³¹²

Um zu vermeiden, dass der Gesellschafter, in dessen Lager der Geschäftsführer steht, die Änderung der Gesellschafterliste alleine aufgrund dieser Tatsache herbeiführen kann, sind die Anforderungen an die Erbringung des Nachweises zu vereinheitlichen. Bei der Festlegung der Anforderungen, die an den Nachweis zu stellen sind, müssen die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen werden.

Auf der einen Seite stehen die aus der Gesellschafterliste folgenden weitreichenden Rechtsfolgen, die mit einer erhöhten materiellen Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste einhergehen müssen: Nur dem in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter stehen die Gesellschafterrechte und -pflichten zu, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Weiterhin dient die Gesellschafterliste als Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb eines Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG. Dieser kann zum endgültigen Verlust der materiellen Gesellschafterstellung des nicht eingetragenen, aber materiell berechtigten Gesellschafters führen. Zur Verhinderung des gutgläubigen Erwerbs steht dem materiell berechtigten, aber nicht eingetragenen Gesellschafter nur das Mittel der Zuordnung eines Widerspruchs nach § 16 Abs. 3 S. 4 Alt. 1 GmbHG zu.³¹³ Ein Gerichtsverfahren kann durch eine einheitliche Prüfung des Nachweises von vornherein weitgehend vermieden werden. Zudem führt die Zuordnung eines Widerspruchs nach dem strengen Listenprinzip des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht dazu, dass der materiell, aber formal nicht berechnigte Gesellschafter seine Mitgliedschaftsrechte wieder erlangt. Vielmehr wird lediglich der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ausgeschlossen. Der Verbleib in der Liste bzw. die Wiedereintragung muss im einstweiligen Verfahren erreicht werden.³¹⁴

Auf der anderen Seite steht das Begehren des Gesetzgebers nach mehr Beteiligungstransparenz: Wenn an den Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG zu hohe Anforderungen gestellt werden,

³¹⁰ OLG Naumburg, Urt. v. 1.9.2016, 2 U 95/15 = *MittbayNot* 2017, 287 Rn. 42; *Baumbach/Hueck/Servatius* § 40 Rn. 25; *BeckOK GmbHG/Heilmeyer* § 40 Rn. 136; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Terlau* § 40 Rn. 17 unter Berufung auf die Rechtsprechung zu § 16 GmbHG a. F.: BGH, Urt. v. 15.4.1991 - II ZR 209/90 = *GmbHR* 1991, 311, 312; Urt. v. 24.6.1996 - II ZR 56/95 = *NJW-RR* 1996, 1377, 1378; Urt. v. 13.10.2008 - II ZR 76/07 = *DStR* 2008, 2428 Rn. 7.

³¹¹ Für eine qualifizierte Plausibilitätskontrolle *Scholz/Seibt* § 40 Rn. 44.

³¹² Für einen eher strengeren Maßstab: *Bork/Schäfer/Wachter* § 40 Rn. 97; *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 40 Rn. 75; *MüKoGmbHG/Heidinger* § 40 Rn. 162; *Ulmer/Paefgen* § 40 Rn. 87; *Götze/Bressler*, *NZG* 2007, 894, 895; *Heckschen*, *ZErB* 2008, 246, 251; *Mayer*, *DNotZ* 2008, 403, 413; *Wachter*, *ZNotP* 2008, 378, 384; *Link*, *RNotZ* 2009, 193, 200.

³¹³ Die Möglichkeit der Zuordnung eines Widerspruchs nach § 16 Abs. 3 S. 4 Alt. 2 GmbHG durch Bewilligung desjenigen, gegen dessen Bewilligung sich der Widerspruch richtet, wird im Falle von Unstimmigkeiten über die materielle Berechnigung nicht zum Tragen kommen.

³¹⁴ Dazu ausführlich unter § 8 II.

wäre eine Aktualisierung der Gesellschafterliste faktisch ausgeschlossen und auf diese Weise würde dem gesetzgeberischen Begehren entgegenwirken.

Nach Abwägung der widerstreitenden Interessen wird man als Maßstab zur Wahrung der erforderlichen Sorgfalt des Geschäftsführers fordern müssen, dass über die Rechtsänderung ein Nachweis in Form einer Abtretungsurkunde (bei Auslandsbeurkundung), eines Erbscheins, einer Niederschrift des entsprechenden Gesellschafterversammlungsbeschlusses u. s. w. erbracht wird.³¹⁵ Diese Nachweise verhindern einerseits willkürliche Einreichungen und stellen zeitgleich keine zu hohen Anforderungen an die Aktualisierung der Gesellschafterliste. Der Nachweis über die Veränderung durch die zwangsweise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils wird durch Vorlage der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift des Gesellschafterversammlungsbeschlusses³¹⁶ und einem Nachweis über den Zugang der Erklärung gegenüber dem Gesellschafter geführt.³¹⁷ Bei Unzuständigkeit der Gesellschafterversammlung muss ein qualitativ entsprechender Nachweis durch das zuständige Organ erbracht werden.

bb) Keine Entbehrlichkeit bei Kenntnis von Amts wegen

Teilweise wird vertreten, Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG seien entbehrlich, wenn der Geschäftsführer wie im Falle der Einziehung von Amts wegen Kenntnis von der Veränderung erlangt.³¹⁸ Mitteilung und Nachweis erscheinen als unnötige Förmerei, wenn der Geschäftsführer ohnehin von Amts wegen Kenntnis von der eingetretenen Veränderung erlangt.

Diese Sichtweise ist abzulehnen.³¹⁹ Zunächst steht einer Entbehrlichkeit von Mitteilung und Nachweis der seit 2008 ausnahmslos gefasste Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG entgegen: „Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.“. Zwar diente § 67 Abs. 3 AktG als Vorbild für die Neuregelung des § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG im Zuge des MoMiG.³²⁰ Im Rahmen des § 67 Abs. 3 AktG ist die Entbehrlichkeit von Mitteilung und Nachweis bei Kenntnis des Vorstands von Amts wegen anerkannt.³²¹ Jedoch vermag ein Vergleich zu § 67 Abs. 3 AktG angesichts der gesteigerten Bedeutung der Gesellschafterliste seit ihrer Aufwertung durch das MoMiG im Jahr 2008 nicht zu überzeugen.³²²

³¹⁵ Ausführlicher zu den weiteren Fallgruppen: MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 164 ff.

³¹⁶ Ebenso MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 164; a. A. Link, RNotZ 2009, 193, 200 nach dem auch eine einfache Kopie ausreichen soll.

³¹⁷ So auch Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 171.

³¹⁸ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 4.11.2016 - 20 W 269/16 = BeckRS 2016, 116146 Rn. 36; Baumbach/Hueck/Servatius § 40 Rn. 28; Lutter/Hommelhof/Bayer § 40 Rn. 73; Scholz/Seibt § 40 Rn. 53; Noack, FS Hüffer, S. 723, 730 f.

³¹⁹ Ebenso kritisch MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 168.

³²⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

³²¹ MüKoAktG/Bayer § 67 Rn. 94 m. w. N.

³²² Aufgrund der gesteigerten Bedeutung der Gesellschafterliste ebenfalls kritisch MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 168.

Auch unter teleologischen Aspekten ist eine Entbehrlichkeit von Mitteilung und Nachweis bei Kenntnis des Geschäftsführers von Amts wegen abzulehnen. So sollten die erhöhten Verfahrensanforderungen während der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nach dem gesetzgeberischen Begehren mit einer erhöhten Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste einhergehen.³²³ Zwar vermag einerseits auch ein eigenmächtiges Tätigwerden des Geschäftsführers die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zu stärken: Auch wenn die betroffenen Gesellschafter dem Geschäftsführer die Veränderung nicht mitteilen und nachweisen, kann er eine neue Gesellschafterliste einreichen. Jedoch wird das Risiko des Untätigbleibens der betroffenen Gesellschafter durch die weitreichenden Rechtsfolgen der Eintragung in die Gesellschafterliste eingedämmt. Weiterhin kann er die betroffenen Gesellschafter im Zweifelsfall auffordern, entsprechende Maßnahmen einzuleiten. Dürfte der Geschäftsführer entgegen § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG eigenmächtig tätig werden, eröffnet ihm dies weitreichende Missbrauchsmöglichkeiten, die der Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste vielmehr entgegenwirken.

Zudem gilt es zu beachten, dass der Geschäftsführer an der zwangsweisen Einziehung eines Geschäftsanteils jedenfalls nicht als Organ der GmbH mitwirkt und mithin keine Kenntnis der Einziehung von Amts wegen erlangt.³²⁴ Die Gesellschafterversammlung fasst den Einziehungsbeschluss und ist auch für die Erklärung der Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter zuständig. Bevollmächtigt sie hingegen den Geschäftsführer, die Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter zu erklären, handelt der Geschäftsführer nicht als Organ der GmbH, sondern als rechtsgeschäftlicher Vertreter.³²⁵

c) Einreichung von Mitteilung und Nachweis

Man sollte den Geschäftsführern im Falle der Einreichung nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG gesetzlich die Pflicht auferlegen, Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG beim Registergericht mit einzureichen, um die Gefahr missbräuchlicher Einreichungen durch die Geschäftsführer einzudämmen. Zwar wird dieses Risiko schon durch die persönliche Haftung des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 3 GmbHG verringert. Hingegen ist eine willkürliche Listeneinreichung weiterhin in Fällen denkbar, in denen der Geschäftsführer im Lager einer Gesellschaftergruppe steht und der Ersatz des entstandenen Schadens nach § 40 Abs. 3 GmbHG für die Gesellschafter günstiger erscheint als der Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft. Weiterhin können die Registerge-

³²³ Dazu unter § 5 II.

³²⁴ In diesem Sinne schon *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 170 f., der Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG jedoch nur für „häufig“ erforderlich hält. Wann der Geschäftsführer an der Zwangseinziehung mitwirkt, wird hingegen nicht erläutert.

³²⁵ Dazu unter § 4 IV. 2. a).

richte auf diese Weise ihrer eingeschränkten Prüfpflicht besser nachkommen.³²⁶

Die Pflicht zur Einreichung von Mitteilung und Nachweis erscheint nicht mit dem jetzigen Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG vereinbar. Ein gesetzgeberisches Tätigwerden ist zwingend erforderlich. *De lege ferenda* sollten Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG der Schriftform unterliegen und mit der aktualisierten Gesellschafterliste mit einzureichen sein. Um die Veränderung nachweisen zu können, erscheint es in der Praxis geboten, die Einziehung dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter schriftlich zu erklären.³²⁷

2. Keine Gelegenheit zur Stellungnahme

Im Zusammenhang mit der Korrektur einer (vermeintlich) unrichtigen Notar-Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer erkannte schon der Gesetzgeber die Notwendigkeit, dem betroffenen Gesellschafter nach dem Vorbild des § 67 Abs. 5 AktG vor der Listenkorrektur Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.³²⁸ Dies folge schon aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers. Dennoch hat ein Widerspruch nach der Rechtsprechung des BGH keinen Einfluss auf die Berechtigung des Geschäftsführers, eine neue, korrigierte Gesellschafterliste einzureichen.³²⁹ Lediglich eine einstweilige Verfügung sei geeignet, die Einreichung einer neuen Liste zu verhindern.

Allerdings wäre es zu voreilig, daraus zu schließen, der Geschäftsführer müsse dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter vor der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Im Fall der Zwangseinziehung reicht der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 GmbHG eine Gesellschafterliste aufgrund des Wirksamwerdens einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ein. Dies stellt gerade keine Korrektur einer Notar-Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG dar.

Würde man eine grundsätzliche Pflicht des Geschäftsführers anerkennen, dem betroffenen Gesellschafter vor Einreichung einer neuen Gesellschafterliste die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben, würde dies dem Gesellschafter Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen. Indem er der Korrektur widerspricht, könnte er mangels Bindungswirkung des Widerspruchs den Vollzug der Zwangseinziehung im eigenen Interesse jedenfalls verzögern.

Weiterhin besteht auch kein Bedürfnis, dem betroffenen Gesellschafter ein Recht zur Stellungnahme zuzusprechen. Denn sowohl den Geschäftsführer als auch das Registergericht trifft während des Listenaktualisierungsverfahrens eine (eingeschränkte) Prüfpflicht, welche das Risiko der Einrei-

³²⁶ Dazu ausführlich unter § 7 I.

³²⁷ Die Einziehungserklärung unterliegt gesetzlich keinem besonderen Formerfordernis. Dazu unter § 4 IV. 2. c).

³²⁸ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44.

³²⁹ Hierzu und zum Folgenden BGH, Urt. v. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 36 ff. m. Anm. Bayer.

chung falscher Gesellschafterlisten eindämmt.³³⁰ Zudem sind an Mitteilung und Nachweis nach § 40 Abs. 1 GmbHG erhöhte Anforderungen zu stellen.³³¹ Weiterhin steht dem betroffenen Gesellschafter die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes zur Verfügung, um die Listenkorrektur zu verhindern.³³² Die Kenntnis des betroffenen Gesellschafters von der drohenden Listenkorrektur ist durch die Notwendigkeit der Einziehungserklärung gesichert.

3. Prüfpflicht

Sowohl der nach § 40 Abs. 1 GmbHG zuständige Geschäftsführer (1.) als auch der nach § 40 Abs. 2 GmbHG mitwirkende Notar (2.) genügen der erforderlichen Sorgfalt bei der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nur, wenn sie die Wirksamkeit der eingereichten Veränderung vollumfänglich überprüfen. Wie die Prüfpflicht in der Praxis konkret ausgestaltet ist, ist unter Beachtung der gesetzgeberischen Intention der erhöhten Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zu untersuchen.

a) Prüfpflicht des Geschäftsführers

Schon der historische Gesetzgeber erkannte in der Begründung zum MoMiG eine Prüfpflicht der Geschäftsführer an.³³³ Dies folge schon daraus, dass der Geschäftsführer nur auf Mitteilung und Nachweis tätig wird und könne somit *de lege lata* aus dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG hergeleitet werden. Wie weit die Prüfpflicht jedoch im Einzelfall reichen soll, hat der Gesetzgeber in der Begründung nicht weiter bestimmt.

Die formale Überprüfung der Wirksamkeit der mitgeteilten Veränderung bereitet in der Praxis wenige Schwierigkeiten und kann bei einer eindeutigen Rechtslage vollumfänglich auch von einem juristischen Laien durchgeführt werden. Um der Prüfpflicht in formaler Hinsicht zu genügen, muss der Geschäftsführer ab dem Zeitpunkt der Ladung zur Gesellschafterversammlung bis zur Erklärung gegenüber dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter prüfen, ob alle formalen Voraussetzungen eingehalten wurden. Auch wenn gar kein Zwangseinziehungsbeschluss gefasst wurde oder die Zwangseinziehung dem betroffenen Gesellschafter nicht unter Einhaltung der Voraussetzungen mitgeteilt wurde, scheidet die Zwangseinziehung aus formalen Gründen.

Hingegen birgt die materielle Überprüfung der Wirksamkeit der Zwangseinziehung regelmäßig rechtliche Unklarheiten, die sogar mit juristischen Fachkenntnissen schwer zu beantworten sind. Zunächst erscheint es unter Abwägung der widerstreitenden Interessen, die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste einerseits und dem Interesse der Öffentlichkeit nach mehr Beteiligungstransparenz andererseits, erforderlich, für die Bestimmung der inhaltlichen Reichweite der Prüfpflicht nach

³³⁰ Dazu ausführlich unter § 6 II. 3. und § 7 I.

³³¹ Dazu unter § 6 II. 1 c).

³³² Zum einstweiligen Verfahren unter § 8 II.

³³³ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

dem jeweilig vorgelegten Nachweis zu unterscheiden. Während der Erbschein wegen der gerichtlichen Mitwirkung und Prüfung eine hohe Richtigkeitsgewähr bietet, wird der Gesellschafterversammlungsbeschluss oft ohne notarielle Mitwirkung gefasst. Folglich besteht eine höhere Wahrscheinlichkeit der materiellen Unwirksamkeit der beschlossenen Veränderung. Um der erforderlichen Sorgfalt zu genügen, wird der Geschäftsführer in diesem Fall umfangreichere Untersuchungen anstellen müssen.

Ergeben sich bei der Prüfung der formalen und materiellen Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses Zweifel, muss der Geschäftsführer bei seinem weiteren Vorgehen danach unterschieden werden, welches Beschlussmängelrecht im Einzelfall anwendbar ist.

aa) §§ 241 ff. AktG analog anwendbar

Sind die §§ 241 ff. AktG analog auf das Beschlussmängelrecht der GmbH anwendbar,³³⁴ muss der Geschäftsführer nach einem zweistufigen Verfahren vorgehen: (1.) prüft er, ob der potentielle Verstoß nach Maßgabe der §§ 241 ff. AktG analog überhaupt Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses hat. Wenn dem so sein sollte, muss (2.) er danach unterscheiden, wie sich der potentielle Verstoß auswirkt.³³⁵

(1) „Ob“

Bei der Frage, ob der potentielle Verstoß materielle Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses hätte, ist die gesetzgeberische Wertung der §§ 241 ff. AktG durch Unterscheidung zwischen nichtigen und lediglich anfechtbaren Beschlüssen hinreichend zu berücksichtigen. Ist der Verstoß nach der gesetzgeberischen Entscheidung der §§ 241 ff. AktG analog unbeachtlich, ist der Zwangseinziehungsbeschluss wirksam und der Geschäftsführer muss eine aktualisierte Gesellschafterliste einreichen, die damit auch der materiellen Rechtslage entspricht. Stellt der potentielle Verstoß keinen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund i. S. d. §§ 241 ff. AktG dar, bedarf es mithin keiner weiteren inhaltlichen Überprüfung des Zwangseinziehungsbeschlusses durch den Geschäftsführer.

(2) „Wie“

Ist der Verstoß entsprechend der gesetzgeberischen Entscheidung der §§ 241 ff. AktG beachtlich, ist zur Bestimmung des Umfangs der inhaltlichen Prüfpflicht danach zu unterscheiden, wie sich der potentielle Verstoß auswirken würde.

³³⁴ Dazu unter § 8 I. 1.

³³⁵ Dieses zweistufige Verfahren schon andeutend *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 147, indem er bei der Prüfungspflicht des Geschäftsführers zwischen einem lediglich anfechtbaren und einem nichtigen Beschluss unterscheidet.

Ist der Beschluss nur anfechtbar, ist er zumindest vorübergehend wirksam.³³⁶ Die aktualisierte Gesellschafterliste entspricht der materiellen Rechtslage bis der Beschluss infolge einer erfolgreichen Anfechtungsklage analog § 248 Abs. 1 S. 1 AktG durch das Gericht für nichtig erklärt wird.³³⁷ In diesem Fall muss der Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste einreichen. Der Gesetzgeber hat mit der Unterscheidung zwischen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit eines Beschlusses unter Abwägung der widerstreitenden Interessen eine gesetzliche Grundsatzentscheidung für die Wirksamkeit von Beschlüssen im Gesellschaftsrecht getroffen. Um diese nicht zu unterlaufen, ist sie auch beim Vollzug entsprechender Beschlüsse zu akzeptieren.³³⁸

Hingegen ist die Rechtslage anders zu beurteilen, wenn der Einziehungsbeschluss nichtig ist. Ein nichtiger Gesellschafterversammlungsbeschluss entfaltet von Anfang an keine Rechtswirkungen.³³⁹ Die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste widerspräche der materiellen Rechtslage und muss unterbleiben.³⁴⁰ Die Pflicht des Geschäftsführers zur Einreichung einer neuen Liste besteht erst, wenn der Beschluss analog § 242 AktG geheilt wurde und somit die Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG eingetreten ist.³⁴¹

Soweit der Geschäftsführer Zweifel an der Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses hat, muss die Einreichung einer aktualisierten Liste (zumindest vorübergehend) unterbleiben. Er muss juristischen Rechtsrat einholen, um eine Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG zu vermeiden.

In den meisten praxisrelevanten Fällen wird gerade das Vorliegen des Zwangseinziehungsgrundes umstritten sein. Ein Zwangseinziehungsbeschluss, der auf einem tatsächlich nicht vorliegenden, aber gesellschaftsvertraglich statuierten Zwangseinziehungsgrund beruht, ist in analoger Anwendung des § 243 Abs. 1 Alt. 2 AktG lediglich anfechtbar.³⁴² Folglich trifft den Geschäftsführer auch bei Zweifeln über das tatsächliche Vorliegen des Zwangseinziehungsgrundes die Pflicht, eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen. Es obliegt dem betroffenen Gesellschafter, fristgerecht eine Anfechtungsklage zu erheben, um die Nichtigkeit des Beschlusses herbeizuführen (vgl. § 248 Abs. 1 S. 1 AktG). Auch wenn der Gesellschafter damit zumindest vorübergehend seine formale Gesellschafterstellung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG verlieren kann, ist diese Rechtsfolge aufgrund der privatautonomen Entscheidung zur Statuierung einer Zwangseinziehungsmöglichkeit im Gesellschaftsvertrag zu akzeptieren. Zudem steht ihm der einstweilige Rechtsschutz offen, um den Verlust seiner formalen Gesellschafterstellung zu verhindern bzw. diese wiederherzustellen.³⁴³

³³⁶ MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 2.

³³⁷ In diesem Sinne auch BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 30; vgl. auch MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 191 für die Einreichung durch den mitwirkenden Notar.

³³⁸ Ähnlich *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 147.

³³⁹ MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 3.

³⁴⁰ Zur Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses unter § 8 I. 7.

³⁴¹ Zur Heilung analog § 242 AktG unter § 8 I. 7. e).

³⁴² Hierzu unter § 8 I. 8. b) aa).

³⁴³ Hierzu unter § 8 II.

bb) §§ 241 ff. AktG nicht analog anwendbar

Sind die §§ 241 ff. AktG nicht analog auf die Beurteilung der Wirksamkeit eines Zwangseinziehungsbeschlusses anwendbar, führt jeder Verstoß gegen das Gesetz oder zwingende gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zur Rechtswidrigkeit und damit zur Unwirksamkeit des betreffenden Beschlusses.³⁴⁴ Die Zwangseinziehung ist in Ermangelung eines wirksamen Gesellschafterversammlungsbeschlusses stets unwirksam. Die Streichung des Gesellschafters aus der Gesellschafterliste widerspricht der materiellen Rechtslage.

Für den Fall, dass die §§ 241 ff. AktG keine analoge Anwendung auf das Beschlussmängelrecht der GmbH finden, muss der Geschäftsführer mithin vollumfänglich überprüfen, ob der Zwangseinziehungsbeschluss inhaltlich wirksam ist. Nur, wenn er unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt von der Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses überzeugt ist, darf er eine aktualisierte Gesellschafterliste einreichen. Bei Zweifeln muss wiederum juristischer Rechtsrat eingeholt werden.

b) Prüfpflicht des Notars

Wenn überobligatorisch ein Notar an der Zwangseinziehung mitwirkt, folgt schon aus dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG, dass auch den Notar eine inhaltliche Prüfpflicht vor Einreichung einer neuen Gesellschafterliste trifft. Denn der Notar hat nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung ohne Rücksicht auf spätere Unwirksamkeitsgründe die neue Gesellschafterliste einzureichen. Mit der Beurteilung der Wirksamkeit einer Veränderung geht zwingend eine umfassende Prüfung derselben einher.

Bezüglich der inhaltlichen Reichweite der Prüfpflicht, kann auf die Ausführungen zum Geschäftsführer verwiesen werden.³⁴⁵ Bei Zweifeln über die Wirksamkeit der Veränderung darf die Gesellschafterliste erst eingereicht werden, wenn alle Zweifel beseitigt sind.³⁴⁶

Ein Unterschied zur Einreichung durch den Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 GmbHG besteht bei Wahrung der gebotenen Sorgfalt. Während der Geschäftsführer oftmals ein juristischer Laie sein wird, weist der Notar besondere Fachkenntnisse für die Beurteilung der Wirksamkeit der Veränderung auf. Insoweit wird man bei dem Notar strengere Maßstäbe anlegen müssen.

c) Rechtspolitische Einwände

Im Unterschied zum Notar wird der Geschäftsführer in der Praxis oftmals ein juristischer Laie sein, für den die Beurteilung der Wirksamkeit der Veränderung mit Schwierigkeiten verbunden ist. Um

³⁴⁴ Vgl. zum fehlerhaften Vereinsbeschluss, auf den die §§ 241 ff. AktG keine analoge Anwendung finden, ausführlich *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 9 ff.

³⁴⁵ Ausführlich unter § 6 II. 3. a).

³⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44.

die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste tatsächlich zu erhöhen, wird gefordert, eine ausschließliche Zuständigkeit des Notars für die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu statuieren.³⁴⁷

Wenn jedoch die herausgearbeiteten Verfahrensvoraussetzungen der Einreichung durch den Geschäftsführer und der Zuordnung durch das Registergericht gewahrt werden, besteht kein Bedürfnis nach einer ausschließlichen Einreichungskompetenz des Notars. Sollte der Geschäftsführer Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderung haben, muss er ohnehin juristischen Rechtsrat einholen.

Zudem hätte der Notar oftmals mangels vorheriger Mitwirkung an der Veränderung keine besondere Sachkenntnis, sodass er eine vollumfängliche inhaltliche Überprüfung der mitgeteilten Veränderung vornehmen müsste. Diese Überprüfung würde (1.) einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen. Dies birgt gerade im Fall der zwangsweisen Einziehung eines Geschäftsanteils erhebliche nachteilige Auswirkungen. Denn die Zwangseinziehung zeichnet sich gerade durch eine kurzfristige Reaktionsmöglichkeit der übrigen Gesellschafter aus. (2.) würde eine ausschließliche Notarzuständigkeit und die damit verbundene inhaltliche Überprüfung vor der Einreichung mit einem zusätzlichen Kostenaufwand für die GmbH verbunden sein.

III. Form

1. Elektronische Form

Nach § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB ist die Gesellschafterliste in elektronischer Form einzureichen. Ein besonderer Identitätsnachweis des Einreichenden ist nicht erforderlich.³⁴⁸ Eine Ausnahme besteht, wenn ein Notar mitgewirkt hat. In diesem Fall bedarf es nach § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB i. V. m. § 39a BeurkG der Einreichung einer durch den Notar elektronisch signierten Gesellschafterliste.³⁴⁹

2. Anforderungen des § 40 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG

Aus der durch alle Geschäftsführer unterschriebenen Liste müssen nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG *„Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort derselben sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile sowie die durch den je-*

³⁴⁷ Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 4; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 202; Flesner, NZG 2006, 641, 643; Grunewald/Gehling/Rodewig, ZIP 2006, 685, 686; Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841, 1845; Heckschen, DStR 2007, 1442, 1450; Bednarz, BB 2008, 1854, 1859, 1861; Preuss, RNotZ 2009, 529, 536; Berninger, DStR 2010, 1292, 1293; Ries, NZG 2010, 135, 136; vgl. auch Deutscher Notarverein in Stellungnahme zum Entwurf der Gesellschafterlistenverordnung v. 30.10.2017; <https://www.dnotv.de/wp-content/uploads/StN-DNotV-zur-GesLV-vom-30.10.2017.pdf>, S. 21 ff. (zuletzt abgerufen am: 31.12.2021); ablehnend Scholz/Seibt § 40 Rn. 29.

³⁴⁸ So noch die Forderung des Bundesrats, vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 67; hierzu auch Scholz/Seibt § 40 Rn. 63; Heckschen, DStR 2007, 1442, 1450.

³⁴⁹ Zu den formalen Anforderungen bei Notarzuständigkeit Scholz/Seibt § 40 Rn. 99.

weiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital“ hervorgehen. Wenn ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil hält, ist in der Liste zusätzlich nach § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben. Dieselben Angaben muss die Notar-Gesellschafterliste enthalten. Denn der Notar handelt „*anstelle*“ des Geschäftsführers, vgl. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG.

Ein Unterschied besteht jedoch insoweit als der Notar nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG zusätzlich eine Bescheinigung über die Veränderung mit einreichen muss. Diese soll zusammen mit der vorangegangenen notariellen Mitwirkung die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zusätzlich erhöhen und ist an die Bescheinigung des § 54 GmbHG angelehnt.³⁵⁰ Die Bescheinigung muss nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG eine Bestätigung des Notars enthalten, „*dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen*“.

3. Keine zwingende Aufnahme des Rechtsgrundes für die Veränderung

Seit dem 1.7.2018 ist die Gesellschafterlistenverordnung³⁵¹ in Kraft, die das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz auf Grundlage des § 40 Abs. 4 GmbHG erlassen hat. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 GesLV „*sollte*“ in die Veränderungsspalte die Einziehung von Geschäftsanteilen eingetragen werden. Im Gesetzgebungsverfahren erkannte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, dass es bzgl. der Notwendigkeit von Eintragungen in die Veränderungsspalte offene Streitfragen gibt.³⁵² Mithilfe der Gesellschafterlistenverordnung soll auf eine Harmonisierung der Gesellschafterlisten hingewirkt werden, ohne zwingende Einheitlichkeit vorzugeben.³⁵³ Zwar bestünde keine Pflicht zur Aufnahme, jedoch würde das Ermessen des Listenerstellers auf diese Weise in eine bestimmte Richtung gelenkt.³⁵⁴

Folglich dürfte sich die Diskussion in der Literatur über die Notwendigkeit der Eintragung der Einziehung als Änderungsgrund erledigt haben. Diese wurde unter dem Hinweis auf den Schutz der Gläubiger angenommen, die auch über die Abfolge der Gesellschafter informiert werden müssten.³⁵⁵ Zwar sollte die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 GesLV in die

³⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 44.

³⁵¹ Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste vom 20.6.2018.

³⁵² BR-Drs. 105/18, S. 4.

³⁵³ BR-Drs. 105/18, S. 4.

³⁵⁴ BR-Drs. 105/18, S. 10.

³⁵⁵ Für die Notwendigkeit einer entsprechenden Eintragung Baumbach/Hueck/Servatius § 40 Rn. 14; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 48; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 20; ders. GmbHR 2012, 1, 3; Tebben, RNotZ 2008, 441, 455; zurückhaltender Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 895; Gottschalk, DZWIR 2009, 45; Einzelheiten zur Veränderungsspalte BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 35 ff.; zutreffend gegen eine generelle Notwendigkeit einer Veränderungsspalte KG Berlin, Beschl. v. 26.3.2019 - 22 W 81/18 = GmbHR 2019, 585, 586.

Veränderungsspalte aufgenommen werden, jedoch handelt es sich nicht um eine zwingende Vorschrift.

§ 7 Pflichtenmaßstab i. R. d. Aufnahme einer Gesellschafterliste

Nachdem der Geschäftsführer bzw. Notar die Gesellschafterliste eingereicht hat, muss das Registergericht diese im Handelsregister aufnehmen. Erst ab dem Zeitpunkt der Aufnahme im Handelsregister entfaltet die Gesellschafterliste die Wirkungen des § 16 GmbHG. Welche Pflichten das Registergericht i. R. d. Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister trifft und inwiefern diese geeignet sind, eine Divergenz zwischen der formalen und materiellen Rechtslage zu vermeiden, gilt es zu untersuchen.

I. Prüfpflicht des Registergerichts

Ob und in welchem Umfang das Registergericht vor der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister eine formale und/oder materielle Prüfpflicht trifft, gilt es zu untersuchen. Dafür sollen zunächst die widerstreitenden Interessen beleuchtet werden, vor deren Hintergrund eine registergerichtliche Prüfpflicht problematisch erscheint (1.)). Anschließend wird der Meinungsstand vor Inkrafttreten des MoMiG betrachtet (2.)), um darauf aufbauend die Ansicht der Rechtsprechung (3.)) und Literatur (4.)) nach Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 herauszuarbeiten. Abschließend wird zu der Problematik Stellung bezogen (5.)).

1. Konfliktlage

Mit der Aufwertung der Gesellschafterliste im Zuge des MoMiG ging gleichzeitig eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Legitimationswirkung einher.³⁵⁶ Von nun an galt die Legitimationswirkung für alle Veränderungen im Gesellschafterbestand bzw. Beteiligungsumfang unabhängig von ihrem Rechtsgrund. Auf diese Weise soll die Beteiligungstransparenz erhöht werden. Mit der erhöhten Beteiligungstransparenz muss zwingend eine erhöhte Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste einhergehen, die durch erhöhte Anforderungen an das Verfahren der Listeneinreichung nach § 40 GmbHG erreicht wird.³⁵⁷ Zwar erscheint eine umfassende registergerichtliche formale und materielle Prüfung der mitgeteilten Veränderung im Gesellschafterbestand bzw. Beteiligungsumfang geeignet, die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zu steigern. Jedoch führt diese spiegelbildlich zu erheblichen Verzögerungen bei der Zuordnung der Gesellschafterliste im Handelsregister. Diese Verzögerungen wirkt wiederum der Beteiligungstransparenz entgegen. Zudem entfaltet die Gesellschafterliste ihre Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG erst ab dem

³⁵⁶ Zur historischen Entwicklung der formalen Gesellschafterstellung unter § 5 I.

³⁵⁷ Dazu unter § 5 II.

Zeitpunkt, in dem die Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen wurde.³⁵⁸ Diese widerstreitenden Interessen gilt es bei den nachfolgenden Ausführungen zugrunde zu legen und in einen schonenden Ausgleich zu bringen.

2. Meinungsstand vor Inkrafttreten des MoMiG

Schon nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG a. F. mussten die Geschäftsführer „nach jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung unverzüglich eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie ihre Stammeinlagen zu entnehmen sind, zum Handelsregister“ einreichen. Für den Fall der Abtretung nach § 15 Abs. 3 GmbHG traf den beurkundenden Notar nach § 40 Abs. 1 S. 2 a. F. die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige beim Registergericht.

Im Rahmen dessen gestand man dem Registergericht eine formale Prüfpflicht bzgl. der Angaben des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG a. F. zu.³⁵⁹ Eine materielle Prüfpflicht gestand man dem Registergericht grundsätzlich nicht zu.³⁶⁰ Allerdings konnte das Registergericht bei Zweifeln über die materielle Richtigkeit die Liste beanstanden und Unterlagen anfordern, die zur Behebung der Zweifel erforderlich sind.³⁶¹

3. Rechtsprechung nach Inkrafttreten des MoMiG

Neuen Schwung in die Diskussion rund um die Reichweite der registergerichtlichen Prüfpflicht brachte das Inkrafttreten der neuen Fassung des § 40 GmbHG im Zuge des MoMiG am 1.11.2008.

a) Oberlandesgerichtliche Rechtsprechung

Seit dem 1.11.2008 sind eine Reihe oberlandesgerichtlicher Entscheidungen zur Reichweite der registergerichtlichen Prüfungspflicht ergangen. Im Rahmen dieser Entscheidungen erkannten die Oberlandesgerichte einhellig eine formale Prüfpflicht hinsichtlich der Anforderungen der § 40 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG des Registergerichts an.³⁶²

So kam es in der Vergangenheit zu Zurückweisungen von Gesellschafterlisten, die keine bereits

³⁵⁸ Altmeyden/Altmeyden § 16 Rn. 11; MüKoGmbHG/Heidinger § 16 Rn. 80; Scholz/Seibt § 16 Rn. 35.

³⁵⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 40 Rn. 13; Ulmer/Paefgen, 1. Aufl. 2006, § 40 Rn. 19, 23.

³⁶⁰ Vgl. nur BayObLG, Beschl. v. 22.5.1985 - BReg. 3 Z 63/85 = GmbHR 1986, 393; LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 6.11.1961 - 3/2 T 3/61 = GmbHR 1962, 118; Scholz/Schneider, 10. Aufl. 2006, § 40 Rn. 22; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 18. Aufl. 2006, § 40 Rn. 13; Ulmer/Paefgen, 1. Aufl. 2006, § 40 Rn. 19, 23.

³⁶¹ Vgl. nur Scholz/Schneider, 10. Aufl. 2006, § 40 Rn. 22; Ulmer/Paefgen, 1. Aufl. 2006, § 40 Rn. 19.

³⁶² Vgl. nur OLG München, Beschl. v. 27.5.2009 - 31 Wx 38/09 = NZG 2009, 797 f.; OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 - 31 Wx 82/09 = NJW 2010, 305; OLG Bamberg, Beschl. v. 2.2.2010 - 6 W 40/09 = NZG 2010, 675, 676; OLG Jena, Beschl. v. 22.3.2010 - 6 W 110/10 = NZG 2010, 591, 592; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 17.1.2011 - 20 W 378/10 = GmbHR 2011, 823, 825 f.; OLG München, Beschl. v. 26.1.2012 - 31 Wx 13/12 = NZG 2012, 588, 589; OLG Rostock v. 25.1.2017 - 1 W 55/16 = GmbHR 2017, 523, 524 f. mit Anm. Bayer; OLG Nürnberg, Beschl. v. 23.11.2017 - 12 W 1866/17 = NJW-RR 2018, 104, 105; OLG Nürnberg, Beschl. v. 28.12.2017 - 12 W 2005/17 = GmbHR 2018, 256, 257 f.

eingetretene Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG enthielten³⁶³ oder entgegen § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG von einer unzuständigen Person eingereicht wurden.³⁶⁴ In einem weiteren Fall wies das Gericht eine Gesellschafterliste zurück, die entgegen § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG nicht von dem einreichenden Notar unterschrieben war und keine Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG enthielt.³⁶⁵ Im Laufe der Zeit kam es auch zur Zurückweisung einer Gesellschafterliste, die nicht lückenlos an die vorangehende Gesellschafterliste anknüpfte³⁶⁶ oder nicht den neu eingeführten Prozentangaben nach § 40 Abs. 1 GmbHG entsprach.³⁶⁷ Weitere Fälle betrafen die laufende Nummerierung der Geschäftsanteile entgegen § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG,³⁶⁸ die Notwendigkeit einer Zwischenliste³⁶⁹ und die Modalitäten der Korrektur einer Notar-Gesellschafterliste.³⁷⁰

Hingegen stünde dem Registergericht eine materielle Prüfpflicht nur für den Fall der gesicherten Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste zu.³⁷¹ Denn das Registergericht könne als Teil der Judikative nicht verpflichtet sein, einen falschen Rechtsschein zu setzen, auf dessen Grundlage Dritte Schädigungen erleiden können.³⁷²

b) Rechtsprechung des BGH

Im Jahr 2011 beschäftigte sich der BGH erstmals mit der Frage der sachlichen Reichweite der registergerichtlichen Prüfpflicht. Es ging um die Frage, wie eine eingetretene Veränderung dargestellt werden muss.³⁷³ Solange das Gesetz hierzu keine Vorgaben enthält, sei jede Darstellung zulässig, solange die Gesellschafterverhältnisse klar hervorgehen.³⁷⁴ Da diese Voraussetzung im konkreten Fall erfüllt war, ließ der BGH die Frage der sachlichen Reichweite der registergerichtlichen Prüfpflicht offen.³⁷⁵

Noch im selben Jahr nahm der BGH erstmals zu der Frage der Reichweite der registergerichtlichen

³⁶³ OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 - 31 Wx 82/09 = NJW 2010, 305; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.11.2010 - 20 W 333/10 = GmbHR 2011, 198, 201 m. Anm. *Biebinger*.

³⁶⁴ OLG Bamberg, Beschl. v. 2.2.2010 - 6 W 40/09 = NZG 2010, 675, 676; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 17.1.2011 - 20 W 378/10 = GmbHR 2011, 823, 825 f.

³⁶⁵ OLG München, Beschl. v. 27.5.2009 - 31 Wx 38/09 = NZG 2009, 797 f.

³⁶⁶ OLG München, Beschl. v. 26.1.2012 - 31 Wx 13/12 = NZG 2012, 588, 589.

³⁶⁷ OLG Nürnberg v. 23.11.2017 - 12 W 1866/17 = NJW-RR 2018, 104, 105 f.

³⁶⁸ OLG Bamberg, Beschl. v. 2.2.2010 - 6 W 40/09 = NZG 2010, 675, 676.

³⁶⁹ OLG Köln, Beschl. v. 19.7.2013 - 2 Wx 170/13 = GmbHR 2014, 28 m. Anm. *Wachter*.

³⁷⁰ OLG Nürnberg, Beschl. v. 28.12.2017 - 12 W 2005/17 = GmbHR 2018, 256, 257 f.

³⁷¹ OLG München, Beschl. v. 27.5.2009 - 31 Wx 38/09 = NZG 2009, 798; OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 - 31 Wx 82/09 = NJW 2010, 305 m. Anm. *Reymann*; OLG Jena, Beschl. v. 22.3.2010 - 6 W 110/10 = NZG 2010, 591, 592; OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.11.2010 - 20 W 333/10 = GmbHR 2011, 198, 200 f. m. Anm. *Biebinger*; OLG Köln, Beschl. v. 19.7.2013 - 2 Wx 170/13 = GmbHR 2014, 28 m. Anm. *Wachter*; OLG München, Urte. v. 2.12.2020 - 7 U 4305/20, juris Rn. 42.

³⁷² OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 17.1.2011 - 20 W 378/10 = GmbHR 2011, 823, 826.

³⁷³ BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10 = NJW 2011, 1809 Rn. 13.

³⁷⁴ BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10 = NJW 2011, 1809 Rn. 13 für den Fall der Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste. Diese ist dann zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.

³⁷⁵ BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10 = NJW 2011, 1809 Rn. 12.

Prüfpflicht Stellung. Nach Ansicht des BGH dürfe das Registergericht jedenfalls prüfen, ob die Gesellschafterliste den Anforderungen des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG entspricht.³⁷⁶ Im konkreten Fall kündigte die eingereichte Gesellschafterliste eine Veränderung nur an und entsprach damit nicht den Anforderungen der § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GmbHG. Die Verwendung des Wortes „*jedenfalls*“ verdeutlicht, dass die Festlegung des sachlichen Prüfungsumfangs auf § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch den BGH nicht abschließend ist.

2013 nahm der BGH zu der Frage Stellung, ob und in welchem Umfang das Registergericht die Zuständigkeit der einreichenden Person prüfen darf.³⁷⁷ Demnach dürfe das Registergericht überprüfen, ob die geänderten Eintragungen in der Gesellschafterliste von dem Geschäftsführer oder mitwirkenden Notar stammen. Die Prüfpflicht beschränke sich jedoch auf die Frage, ob es sich um eine in den § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG oder § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG genannte Person handele. Würde die Gesellschafterliste von einem Dritten eingereicht, dürfe das Registergericht die Gesellschafterliste zurückweisen. Diese Frage lasse sich in kurzer Zeit zweifelsfrei klären, sodass keine nennenswerten Verzögerungen zu befürchten sind. Gleichzeitig könnte eine materiell falsche Listenlage verhindert werden. Hingegen bedürfe die Beurteilung der Frage, ob der Notar oder Geschäftsführer im konkreten Fall zur Einreichung befugt ist, einer materiellen Prüfung der eingereichten Veränderung und sei mithin unzulässig. Der konkrete Fall betraf die Frage, ob ein ausländischer Notar zur Einreichung einer Gesellschafterliste befugt ist. Das Registergericht dürfe die Gesellschafterliste nur für den Fall zurückweisen, dass der ausländische Notar unter keinen Umständen zur Einreichung befugt ist und einem Dritten gleichsteht. Auch nach Inkrafttreten des MoMiG sei eine Auslandsbeurkundung zulässig, soweit diese der deutschen Beurkundung gleichwertig sei. Bei einem in der Schweiz ansässigen Notar sei Gleichwertigkeit anzunehmen. Mithin war die Zurückweisung durch das Registergericht unrechtmäßig. Gleichzeitig ließ der BGH die Frage offen, ob das Registergericht die Aufnahme der Gesellschafterliste verweigern darf, wenn es sichere Kenntnis von ihrer inhaltlichen Unrichtigkeit hat.³⁷⁸

In einem weiteren Urteil aus dem Jahr 2015 erachtete der BGH die Einreichung einer Gesellschafterliste unzulässig, die entgegen § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG einen Testamentsvollstreckervermerk enthielt.³⁷⁹ Denn es stehe nicht im freien Belieben der Beteiligten die Gesellschafterliste „*um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile freiwillig zu ergänzen*“³⁸⁰. Entsprechende Angaben wirkten der Registerklarheit entgegen.

³⁷⁶ BGH, Beschl. v. 20.9.2011 - II ZB 17/10 = NZG 2011, 1268 Rn. 10.

³⁷⁷ BGH, Beschl. v. 17.12.2013 - II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 = NJW 2014, 2026 Rn. 8 ff.

³⁷⁸ BGH, Beschl. v. 17.12.2013 - II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 = NJW 2014, 2026 Rn. 23.

³⁷⁹ BGH, Beschl. v. 24.2.2015 - II ZB 17/14 = NZG 2015, 519 Rn. 7 ff.

³⁸⁰ BGH, Beschl. v. 24.2.2015 - II ZB 17/14 = NZG 2015, 519 Rn. 9.

Im Jahr 2018 urteilte der BGH, dass zu den formalen Anforderungen des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch die Vollständigkeit der Angaben zähle und somit bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafterin auch Name, Vorname, Geburtsname und Wohnort ihrer Gesellschafter anzugeben seien.³⁸¹

Der BGH spricht dem Registergericht eine formale Prüfpflicht zu. Ob darüber hinaus eine materielle Prüfpflicht besteht, hat der BGH bisher offengelassen.

4. Meinungsbild in der Literatur

Im Schrifttum ist man sich über die Reichweite der registergerichtlichen Prüfpflicht uneinig. Vereinzelt wird dem Registergericht eine vollumfängliche formale und materielle Prüfpflicht wie bei einer Handelsregistereintragung zugestanden.³⁸² Hingegen lehnt ein anderer Teil der Literatur eine materielle Prüfpflicht gänzlich ab.³⁸³

Der Großteil der Literatur³⁸⁴ spricht dem Registergericht übereinstimmend mit der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung eine formale Prüfpflicht zu. Eine Verweigerung aufgrund materieller Unrichtigkeit dürfe nur bei gesicherter Kenntnis erfolgen.

An anderer Stelle wird die materielle Prüfpflicht wiederum auf „systemrelevante Fehler“ beschränkt, d. h. auf solche Fehler, die Auswirkungen auf die Wirkungen des § 16 Abs. 1, Abs. 3 GmbHG haben.³⁸⁵ Entscheidend sei, ob eine falsche Legitimationsbasis für die Ausübung der Gesellschafterrechte oder unrichtige Rechtsscheinsträger geschaffen wird.³⁸⁶ Eine Zurückweisung dürfe lediglich für die Fälle erfolgen, in denen eine Identifizierung des Gesellschafters nicht möglich ist.³⁸⁷ Beispielsweise dürfe das Registergericht eine Liste nicht zurückweisen, in der ein Name falsch geschrieben ist.³⁸⁸

³⁸¹ BGH, Beschl. v. 26.6.2018 - II ZB 12/16 = NJW 2018, 2794 Rn. 9 f. m. Anm. Bayer.

³⁸² Omlor, MittBayNot 2010, 64, 67 (jedenfalls bei Listeneinreichung durch den Geschäftsführer); ders./Spies MittBayNot 2011, 353, 356 f.

³⁸³ Hasselmann, NZG 2009, 486, 490; Kort, GmbHR 2009, 169, 171, Preuss, ZGR 2008, 676, 677, 689.

³⁸⁴ Vgl. nur Altmeyen/Altmeyen § 40 Rn. 33; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 40 Rn 75; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 180 ff.; Henssler/Strohn/Oetker § 40 GmbHG Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 68; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Terlau § 40 Rn. 41; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner § 40 Rn. 44 f.; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 60 ff.; U. Schneider, GmbHR 2009, 393, 394 f.; Link, RNotZ 2009, 193, 209; Frank/Schaub, DStR 2018, 1822, 1826; Cramer, NZG 2018, 721, 723 ff.; Fischer, GmbHR 2018, 1257, 1258; Miller, NJW 2018, 2518, 2522; grundsätzlich auch Scholz/Seibt § 40 Rn. 109 f., der jedoch gegen eine strikte Trennung von formalen und materiellen Fehlern plädiert.

³⁸⁵ MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 354 f.; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2009, 190, 193; Mayer, MittBayNot 2014, 24, 27; Bochmann/Cziupka, GmbHR 2018, 88, 89; in diesem Sinne auch Wachter, NZG 2009, 1001, 1003 und Lieder/Cziupka, GmbHR 2018, 231, 233 ohne von „systemrelevanten Fehlern“ zu sprechen.

³⁸⁶ DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2009, 190, 193 unter Verweis auf Wachter, ZNotP 2008, 378, 386; U. Schneider, GmbHR 2009, 393, 395; Mayer, DAI-Skript v. 4.7.2009, S. 255.

³⁸⁷ MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 355; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2009, 190, 193.

³⁸⁸ Weitere Beispiele, die nicht zur Zurückweisung führen dürfen bei Wachter, NZG 2009, 1001, 1003.

5. Stellungnahme

Festzustellen bleibt zunächst, dass der Wortlaut des § 40 GmbHG keine Anhaltspunkte zur Bestimmung der Reichweite der registergerichtlichen Prüfpflicht enthält. Hingegen sprach der historische Gesetzgeber dem Registergericht im Gesetzgebungsverfahren zum MoMiG eine inhaltliche Prüfpflicht ausdrücklich ab: „*Das Registergericht nimmt die Listen lediglich entgegen und hat **keine inhaltliche Prüfpflicht.***“³⁸⁹. Diese Ansicht wurde jüngst im Gesetzgebungsverfahren zur Gesellschafterlistenverordnung (GesLV) bestätigt. So sollte die Gesellschafterlistenverordnung „*nichts an der eingeschränkten registergerichtlichen Prüfung der Aufnahmefähigkeit der Gesellschafterliste*“³⁹⁰ ändern. Es verbleibe mit Ausnahme offensichtlicher materieller Mängel bei einer rein formalen Prüfung der Gesellschafterliste durch das Registergericht.

Unter teleologischen Gesichtspunkten ist eine vollumfängliche registergerichtliche Prüfpflicht aufgrund der damit einhergehenden Verzögerungen bei der Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste mit Vorsicht zu genießen. Gleichzeitig würde eine vollumfängliche Prüfung mit einer erheblichen Mehrbelastung der Registergerichte einhergehen. Andererseits kann ein Registergericht nicht dazu verpflichtet sein, bewusst eine falsche Liste im Handelsregister aufzunehmen und auf diese Weise einen falschen Rechtsschein zu setzen, der aufgrund der Wirkungen des § 16 GmbHG zulasten Dritter wirken kann. Vor diesem Hintergrund muss man dem Registergericht zumindest eine eingeschränkte Prüfpflicht zusprechen.

Um dem eingangs geschilderten Interessenkonflikt Rechnung zu tragen, erscheint eine strikte Trennung zwischen formalen und materiellen Fehlern zur Bestimmung der Reichweite der Prüfpflicht nicht geeignet.³⁹¹ Vielmehr ist dem Registergericht nur insoweit eine Prüfpflicht zuzusprechen als es keine Prüfung der Wirksamkeit der mitgeteilten Veränderung vornehmen muss. Auf diese Weise können Verzögerungen bei der Aufnahme der Gesellschafterliste weitgehend vermieden und die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste gleichzeitig erhöht werden. Denn einer komplexen Rechtsprüfung, ob die eingereichte Veränderung wirksam ist, bedarf es in diesem Fall gerade nicht. Der Prüfpflicht des Registergerichts unterfällt alles, was dem äußeren Bild der Gesellschafterliste zugeordnet werden kann. Jedenfalls fallen hierunter alle Formalien der Gesellschafterliste. Hierzu kann aber auch der materielle Inhalt der Gesellschafterliste zählen. Beispielsweise kann ohne weitere materielle Prüfung der eingereichten Veränderung ermittelt werden, ob die Summe der prozentualen Beteiligungsquote insgesamt 100 % ergibt, die Gesellschafterliste übersichtlich i. S. d. § 1 Abs. 4 GesLV gestaltet ist, die Beurkundung des ausländischen Notars der Beurkundung durch einen

³⁸⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

³⁹⁰ BR-Drs. 105/18, S. 9.

³⁹¹ In diesem Sinne schon Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 109 f.

deutschen Notar gleichwertig ist oder die Gesellschafterliste entgegen § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG unzulässige Angaben enthält.

Die Fallgruppe der gesicherten Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste bezieht sich hingegen auf die Beurteilung der inhaltlichen Wirksamkeit der mitgeteilten Veränderung. Zwar sind in diesem Fall keine Verzögerungen bei der Aufnahme der Gesellschafterliste zu befürchten, da das Gericht keine inhaltliche Überprüfung vornimmt. Jedoch wird sich die praktische Relevanz dieser Fallgruppe in Grenzen halten. So wird ein Registergericht ohne weitere Prüfung nur im Ausnahmefall sichere Kenntnis von der Unwirksamkeit der mitgeteilten Veränderung haben. Einen solchen Ausnahmefall bildet beispielsweise das Nichtvorliegen einer statutarischen Zwangseinziehungsklausel.³⁹²

Hingegen scheint eine Begrenzung der Prüfung auf „systemrelevante Fehler“ nicht zielführend. Zwar ist es denkbar, dass eine Angabe nicht zwingend notwendig ist, um die Wirkungen des § 16 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 GmbHG herbeizuführen. Jedoch würde eine entsprechende Sichtweise der gesteigerten Beteiligungstransparenz als primäres Anliegen des MoMiG entscheidend entgegenwirken und ist mithin abzulehnen.

6. Zwischenergebnis

Stellt das Registergericht innerhalb der ihm zustehenden Prüfpflicht formale oder materielle Fehler der Gesellschafterliste fest, ergeht eine beanstandende Zwischenverfügung.³⁹³ Gegen diese Zwischenverfügung ist trotz des Wortlauts des § 382 Abs. 4 GmbHG aus teleologischen Gesichtspunkten die Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG statthaft.³⁹⁴ Verletzt das Registergericht seine Prüfpflichten, kann dies Amtshaftungsansprüche begründen.³⁹⁵

II. Keine gesetzesimmanente Grenzen der Legitimationswirkung

In der Literatur werden vermehrt gesetzesimmanente Grenzen der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gefordert.³⁹⁶ In bestimmten Fällen könne die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste wegen der schwerwiegenden Fehler, auf denen sie beruht, keine Legitimationswirkung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG entfalten. Einerseits könne sich der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter ungeachtet der materiellen Rechtslage nicht auf die Legitimi-

³⁹² OLG München, Urt. v. 2.12.2020 - 7 U 4305/20, juris Rn. 42.

³⁹³ OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.11.2010 - 20 W 333/10 = GmbHR 2011, 198, 199 m. Anm. *Biebinger*; *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 40 Rn. 69; *Melchior*, GmbHR 2010, 418; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 386.

³⁹⁴ OLG Nürnberg, Beschl. v. 28.12.2017 - 12 W 2005/17 = FGPrax 2018, 73, 74; OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.11.2010 - 20 W 333/10 = GmbHR 2011, 198, 199; KG Berlin, Beschl. v. 20.6.2011 - 25 W 25/11 = FGPrax 2011, 242; MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn 359; MüKoFamFG/*Krafka* § 382 Rn. 26; *Melchior*, GmbHR 2010, 418.

³⁹⁵ Dazu ausführlich unter § 10 V.

³⁹⁶ Dazu ausführlich *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815, 816 ff.

onswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG berufen. Andererseits dürfe dem nicht eingetragenen Gesellschafter die fehlende formale Legitimation nicht entgegengehalten werden.³⁹⁷ Wegen der juristischen Fachkenntnisse eines Notars und der nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG erforderlichen Bescheinigung werden die gesetzesimmanenten Grenzen der Legitimationswirkung ausschließlich bei der Geschäftsführerzuständigkeit nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG diskutiert.

Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Intention nach mehr Beteiligungstransparenz sind gesetzesimmanente Grenzen der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG mit Vorsicht zu genießen. Unter Beachtung dieser Vorüberlegungen sollen gesetzesimmanente Grenzen der Legitimationswirkung kritisch beleuchtet werden. Dabei muss zwischen formalen und materiellen Fehlern der Gesellschafterliste unterschieden werden.

1. Formale Fehler

Nach *Bayer* soll eine durch eine unzuständige Person eingereichte Liste als Nichtliste anzusehen sein und keine Legitimationswirkung entfalten.³⁹⁸ Gleiches soll gelten, wenn die Liste nicht von den Geschäftsführern in vertretungsberechtigter Zahl unterschrieben wurde.³⁹⁹ Auch ein Tätigwerden des Geschäftsführers ohne Mitteilung und Nachweis nach § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG soll mangels Zurechenbarkeit der Listenänderung zum Entfall der Legitimationswirkung führen.⁴⁰⁰ Die Zurechnung soll nach *Heidinger* auch dann ausgeschlossen sein, wenn Mitteilung und Nachweis durch *vis absoluta*, einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, Fälschung oder einen beschränkt Geschäftsfähigen bewirkt wurden.⁴⁰¹

Problematisch erscheint schon die dogmatische Grundlage dieser Sichtweise. Denn § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ordnet ausnahmslos an, dass im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung derjenige als Inhaber des Geschäftsanteils gilt, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Auch der historische Gesetzgeber sah in der Gesetzesbegründung zu § 16 GmbHG keine Ausnahmen von der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG vor. Vielmehr verdeutlichte er, dass „danach [gilt] künftig im Verhältnis zur GmbH **nur** der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste Eingetragene als Gesellschafter“⁴⁰² gilt.

³⁹⁷ Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 16 Rn. 11; *ders.*, Liber amicorum Winter, S. 9, 27.

³⁹⁸ Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 16 Rn. 16; a. A. *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 455 f.

³⁹⁹ *Bayer*, Liber amicorum Winter, S. 9, 30; a. A. *Bednarz*, BB 2008, 1854, 1856; *Ising*, NZG 2010, 812, 814; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 453 f; so wohl auch *Scholz/Seibt* § 16 Rn 23; nach hier vertretener Ansicht müsste dies auch für eine Gesellschafterliste gelten, die nicht von allen Geschäftsführern unterschrieben wurde.

⁴⁰⁰ *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 16 Rn. 12a; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 16 Rn. 18; MüKoGmbHG/*Heidinger* § 16 Rn. 61; *Scholz/Seibt* § 16 Rn. 24; *Ulmer/Löbbe* § 16 Rn. 56.

⁴⁰¹ MüKoGmbHG/*Heidinger* § 16 Rn. 63.

⁴⁰² BT-Drs. 16/6140, S. 37.

Zudem genügt nur die Ablehnung gesetzesimmanenter Grenzen der Legitimationswirkung dem gesetzgeberischen Anliegen nach mehr Beteiligungstransparenz.⁴⁰³ Denn gesetzesimmanente Grenzen der Legitimationswirkung würden wiederum Rechtsunsicherheit über die Beteiligungsstruktur der GmbH mit sich bringen. Dieser Rechtsunsicherheit soll die Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gerade entgegenwirken.

Zwar werden Befürworter gesetzesimmanenter Grenzen die mit der uneingeschränkten Legitimationswirkung verbundene Missbrauchsgefahr entgegenhalten. Jedoch kann diese Missbrauchsgefahr durch eine eingeschränkte Überprüfung der eingereichten Gesellschafterliste durch das Registergericht weitgehend eingedämmt werden.⁴⁰⁴ Wenn das Registergericht feststellt, dass die einreichende Person nicht zuständig ist oder die Liste nicht von allen Geschäftsführern unterschrieben wurde, muss es die Gesellschafterliste ohnehin zurückweisen. Die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste würde *de lege ferenda* zusätzlich durch Einreichung von Mitteilung und Nachweis erhöht.

2. Materielle Fehler

Vom Vorliegen formaler Fehler ist die Frage zu unterscheiden, ob materielle Fehler der Gesellschafterliste Auswirkungen auf die Legitimationswirkung haben können.

Wagner vertritt die These, eine auf einem nichtigen Gesellschafterversammlungsbeschluss beruhende Gesellschafterliste entfalte keine Legitimationswirkung, wenn sie von einem Geschäftsführer eingereicht wurde, dem die Nichtigkeit zumindest hätte bekannt sein können.⁴⁰⁵ Zuzustimmen ist *Wagner* insoweit als eine auf einem lediglich anfechtbaren Beschluss beruhende Gesellschafterliste keinesfalls zum Entfall der Legitimationswirkung führen kann. Nach hier vertretener Ansicht folgt dies schon aus der Pflicht des Geschäftsführers die auf einem lediglich anfechtbaren Beschluss beruhende Gesellschafterliste beim Registergericht einzureichen. Denn der lediglich anfechtbare Beschluss ist zumindest vorläufig wirksam und die aktualisierte Liste entspricht jedenfalls bis zum rechtskräftigen Urteil der materiellen Rechtslage.

Wenn der Zwangseinziehungsbeschluss hingegen nichtig ist und der Geschäftsführer diese Nichtigkeit feststellt, darf der Geschäftsführer nach hier vertretener Ansicht allenfalls mit dessen Heilung nach § 242 AktG analog eine aktualisierte Liste einreichen.⁴⁰⁶ Ob eine verstoßend gegen diese Pflicht eingereichte Liste hingegen zum Entfall der Legitimationswirkung führt, erscheint sehr fragwürdig.

⁴⁰³ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 37.

⁴⁰⁴ Dazu ausführlich unter § 7 I.

⁴⁰⁵ *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 184 ff.; *ders.*, GmbHR 2016, 463, 465 f.

⁴⁰⁶ Zur Heilung analog § 242 AktG unter § 8 I. 7. e).

Zunächst ist zu beachten, dass das Registergericht keine Prüfpflicht bezüglich der Wirksamkeit der eingereichten Veränderung trifft.⁴⁰⁷ Eine Zurückweisung der Gesellschafterliste dürfte auf dieser Grundlage nicht erfolgen. Somit besteht ein stärkeres Bedürfnis nach dem von *Wagner* präferierten Entfall der Legitimationswirkung. Hingegen muss wiederum der uneingeschränkte Wortlaut des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG und die damit bezweckte Beteiligungstransparenz beachtet werden. Würde man einer zugeordneten Gesellschafterliste, die auf einem nichtigen Gesellschafterversammlungsbeschluss beruht, stets die Legitimationswirkung absprechen, führte dies zu Rechtsunsicherheit in den Verhältnissen der GmbH und zu Dritten.⁴⁰⁸ Vielmehr obliegt es in diesen Fällen dem betroffenen Gesellschafter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes seine Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste zu erreichen. Im Gegensatz zur Anfechtbarkeit eines Einziehungsbeschlusses, lässt sich die Nichtigkeit wegen der schwerwiegenden Mängel auch leichter im einstweiligen Verfahren glaubhaft machen.⁴⁰⁹ Wenn die inhaltliche Prüfpflicht des Geschäftsführers bzw. Notars einheitlichen Maßstäben unterliegt, wird das fehlende Bedürfnis nach dem Entfall der Legitimationswirkung zusätzlich durch das Haftungsrisiko des § 40 Abs. 3 GmbHG bzw. § 19 BNotO unterstrichen.

Diese Sichtweise muss zugunsten der Transparenz der Beteiligungsverhältnisse entsprechend für alle bewusst (einvernehmlich oder kollusiv) mit falschem Inhalt erstellten Gesellschafterlisten gelten.⁴¹⁰

§ 8 Gerichtlicher Rechtsschutz

Auch wenn aus den zuvor dargestellten Grundsätzen klar umgrenzte Pflichtenmaßstäbe für den Geschäftsführer, den mitwirkenden Notar und das Registergericht während des Listeneinreichungs- und Zuordnungsverfahrens folgen, kann es weiterhin dazukommen, dass materiell fehlerhafte Gesellschafterlisten im Handelsregister aufgenommen werden. Zudem sind Geschäftsführer und Notar im besonders relevanten Fall der Anfechtbarkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses sogar dazu verpflichtet, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen. Unter besonderer Beachtung der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG sollen die Rechtsschutzmöglichkeiten des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters beleuchtet werden, um seine formale Gesellschafterstellung zu sichern bzw. wiederherzustellen und auf diese Weise Schäden durch den Verlust der Listenstellung vorzubeugen. Hierfür muss zwischen dem Hauptsacheverfahren (I.) und dem einstweiligen Verfahren (II.) unterschieden werden. Wenngleich der Gesellschafter infolge des obsiegenden Hauptsacheverfahrens einen Anspruch auf Listenkorrektur gegen

⁴⁰⁷ Dazu unter § 7 I.

⁴⁰⁸ So auch *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815, 818.

⁴⁰⁹ Zu den Nichtigkeitsgründen unter § 8 I. 7.

⁴¹⁰ So auch *MüKoGmbHG/Heidinger* § 16 Rn 76; *Bayer*, Liber amicorum Winter, S. 9, 29 f.

die GmbH hat,⁴¹¹ ist die Einleitung des Hauptsacheverfahrens isoliert betrachtet nicht geeignet, kurzfristig die formale Gesellschafterstellung des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters zu sichern. Denn das Hauptsacheverfahren nimmt regelmäßig mehrere Jahre in Anspruch. Der betroffene Gesellschafter muss zusätzlich ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren einleiten, um durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung drohende Schäden abzuwenden.⁴¹²

I. Hauptsacheverfahren

Ist der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter von der Unwirksamkeit der Zwangseinziehung überzeugt, kann er dies gerichtlich im Rahmen des Hauptsacheverfahrens geltend machen. Zunächst soll in gebotener Kürze das Beschlussmängelrecht der GmbH dargestellt werden (1.). Im nächsten Schritt wird untersucht, ob und gegen wen dem materiell berechtigten Gesellschafter ein Anspruch auf Listenkorrektur zusteht (2.). Sodann werden unter besonderer Beachtung der formalen Gesellschafterstellung die wesentlichen Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage beleuchtet (3. – 5.). Nachdem die Darlegungs- und Beweislast untersucht wurde (6.), wird auf die einzelnen Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe eingegangen (7.-8.). Zuletzt wird untersucht, ob infolge des obsiegenden Urteils den Beteiligten eine Rückabwicklung droht (9.).

1. Das Beschlussmängelrecht der GmbH

Das GmbHG enthält kein eigenes Beschlussmängelrecht. Wenn seitens der Gesellschafterversammlung ein Gesellschafterversammlungsbeschluss gefasst wurde und der Kläger gegen diesen gerichtlich vorgehen möchte, sind die §§ 241 ff. AktG insoweit analog anwendbar, als den Besonderheiten im Recht der GmbH hinreichend Rechnung getragen wird.⁴¹³ Wegen des öffentlichen Interesses an der Rechtssicherheit über die Wirksamkeit des Beschlusses ist weder eine statutarische Erweiterung noch eine Einschränkung der §§ 241 ff. AktG trotz der weitgehenden Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht möglich.⁴¹⁴ Geht der betroffene Gesellschafter gerichtlich gegen den Zwangseinziehungsbeschluss vor, reicht es trotz des Charakters der Zwangseinziehung als zweiaktiges Verfügungsge-

⁴¹¹ Dazu unter § 8 I. 2.

⁴¹² Zum einstweiligen Verfahren unter § 8 II.

⁴¹³ So die herrschende Meinung: BGH, Urt. v. 16.12.1953 - II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 235 = NJW 1954, 385 f.; Urt. v. 9.12.1968 - II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 210 f. = WM 1969, 176, 177; Urt. v. 21.3.1988 - II ZR 208/87, BGHZ 104, 66 = NJW 1988, 1844; Urt. v. 25.11.2002 - II ZR 69/01 = NZG 2003, 127, 128; Urt. v. 11.2.2008 - II ZR 187/06 = NZG 2008, 317 Rn. 24 f.; OLG Rostock, Urt. v. 28.5.2003 - 6 U 173/02 = NZG 2004, 191, 192; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.4.2013 - 2 (7) Ss 89/12 = NZG 2013, 818; Altmeppen/*Altmeppen* Anh. § 47 Rn. 1; Lutter/*Hommelhoff/Bayer* Anh. § 47 Rn. 1; Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann* § 47 Rn. 21; MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 1; Scholz/*K. Schmidt* § 45 Rn. 35 f.; kritisch: *Fleischer*, GmbHR 2013, 1289, 1290 ff.; *Noack*, GmbHR 2017, 792, 794. Diese Sichtweise soll in dieser Arbeit wegen der langjährigen Praxis nicht infrage gestellt werden.

⁴¹⁴ *Altmeppen/Altmeppen* Anh. § 47 Rn. 27; MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 23, 26; vgl. auch Lutter/*Hommelhoff/Bayer* Anh. § 47 Rn. 15; differenzierend *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 Rn. 29, 31.

schäft aus, den Einziehungsbeschluss klageweise anzugreifen. Denn die Einziehungserklärung folgt dem Schicksal des Zwangseinziehungsbeschlusses.⁴¹⁵

Die §§ 241 ff. AktG unterscheiden zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen. Ein anfechtbarer Beschluss ist zumindest vorläufig wirksam und wird infolge der erfolgreichen Anfechtung *ex tunc* für nichtig erklärt, vgl. § 248 Abs. 1 S. 1 AktG.⁴¹⁶ Ist der Gesellschafterversammlungsbeschluss lediglich anfechtbar, muss analog der §§ 243 ff. AktG eine Anfechtungsklage erhoben werden. Als Gestaltungsklage ist sie auf die Nichtigerklärung des Gesellschafterversammlungsbeschlusses gerichtet.⁴¹⁷ Hingegen entfaltet der nichtige Beschluss von Anfang an *ipso jure* keine Rechtswirkungen, vgl. §§ 248 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1 S. 1 AktG. Nichtige Beschlüsse können nach Maßgabe des § 242 AktG geheilt und damit wirksam werden.⁴¹⁸ Gegen nichtige Beschlüsse ist analog § 249 AktG eine Nichtigkeitsklage als besondere Feststellungsklage gerichtet auf die Feststellung der Nichtigkeit zu erheben.⁴¹⁹

Mit der Unterscheidung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen hat der Gesetzgeber eine Grundsatzentscheidung getroffen: Bei weniger gravierenden Mängeln überwiegt das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Rechtssicherheit das Interesse des einzelnen Gesellschafters an der gerichtlichen Klärung des Beschlusses. Denn nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG analog ist der Zwangseinziehungsbeschluss nicht mehr anfechtbar und wird bestandskräftig.

Dennoch haben die Nichtigkeits- und Anfechtungsklage einen einheitlichen Streitgegenstand: „Die richterliche Klärung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses mit Wirkung für und gegen jedermann“⁴²⁰. Wegen der materiellen Präklusionswirkung des abweisenden Urteils müssen im gerichtlichen Verfahren alle möglicherweise bestehenden Mängel im Rechtsstreit erledigt werden.⁴²¹

Mithin muss das Gericht von Amts wegen bei Erhebung einer Anfechtungsklage zunächst das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes prüfen. Denn sollte der Gesellschafterversammlungsbeschluss nichtig sein, liegt kein Beschluss vor, der angefochten werden kann.⁴²² Hat der Gesellschafter hingegen eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit nach § 249 Abs. 1 S. 1 AktG analog erhoben und liegt kein Nichtigkeitsgrund vor, muss wegen des einheitlichen Streitgegenstandes keine Klageum-

⁴¹⁵ Niemeier, ZGR 1990, 314, 327 m. w. N.; nicht umgekehrt: OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.8.1995 - 6 U 124/94 = NJW-RR 1996, 607, 611.

⁴¹⁶ Hierzu und zum Folgenden: MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 1 ff.

⁴¹⁷ MüKoAktG/Hüffer/Schäfer § 246 Rn. 14 m. w. N.

⁴¹⁸ Zur Heilung analog § 242 AktG unter § 8 I. 7. e).

⁴¹⁹ So die h. M.; vgl. MüKoAktG/Hüffer/Schäfer § 249 Rn. 4 m. w. N.

⁴²⁰ BGH, Urt. v. 17.2.1997 - II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366 = NJW 1997, 1510, 1511; Urt. v. 22.7.2002 - II ZR 286/01, BGHZ 152, 1, 4 f. = NJW 2002, 3465, 3466; Urt. v. 1.3.1999 - II ZR 305/97 = NJW 1999, 1638; OLG Jena, Urt. v. 25.4.2012 - 2 U 520/11 = GmbHR 2013, 149, 153; Henssler/Strohn/Drescher § 246 AktG Rn. 29; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 78; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 482; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 152; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 213 ff.

⁴²¹ BGH, Urt. v. 22.7.2002 - II ZR 286/01, BGHZ 152, 1, 4 f. = NJW 2002, 3465, 3466; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 166 f.

⁴²² MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 219.

stellung auf eine Anfechtungsklage erfolgen.⁴²³ Das Gericht prüft von Amts wegen, ob ein Anfechtungsgrund vorliegt, soweit die Frist des § 246 Abs. 1 AktG analog noch nicht abgelaufen ist.⁴²⁴ Allerdings müssen die Anfechtungsgründe nach der im Zivilverfahren herrschenden Dispositionsmaxime durch den klagenden Gesellschafter vorgebracht werden.⁴²⁵

Sollte der Zwangseinziehungsbeschluss unter einer Bedingung gefasst worden sein und ist der Eintritt der Bedingung nicht mehr möglich, ist der Beschluss endgültig unwirksam. Ein gerichtliches Vorgehen analog der §§ 241 ff. AktG ist nicht notwendig und unzulässig. Bei bestehendem rechtlichem Interesse kann diese Unwirksamkeit mit der allgemeinen Feststellungsklage des § 256 Abs. 1 ZPO geltend gemacht werden.

Sind die §§ 241 ff. AktG nicht analog anwendbar, führt das Eingreifen potentieller Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe stets zur Rechtswidrigkeit und damit zur Unwirksamkeit des Gesellschafterversammlungsbeschlusses.⁴²⁶ In diesem Fall ist zur gerichtlichen Geltendmachung der Unwirksamkeit des Gesellschafterversammlungsbeschlusses auf die allgemeine Feststellungsklage des § 256 ZPO zurückzugreifen. Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter muss ebenfalls auf die allgemeine Feststellungsklage des § 256 ZPO zurückgreifen, wenn er gegen eine Unwirksamkeit der Zwangseinziehung vorgehen möchte, die nicht auf dem Zwangseinziehungsbeschluss beruht. Ein solcher Fall ist anzunehmen, wenn die Einziehung mangels Einziehungserklärung unwirksam ist oder gar kein Zwangseinziehungsbeschluss gefasst wurde.

2. Anspruch auf Listenkorrektur gegen die GmbH

Wird infolge der obsiegenden Klage die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung festgestellt, hat der von der vermeintlichen Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter entsprechend des Rechtsgedankens des § 67 Abs. 2 AktG einen Anspruch auf Einreichung einer neuen, ihn wieder aufführenden Gesellschafterliste gegen die Gesellschaft.⁴²⁷ Selbstverständlich gilt dies nur, wenn infolge der vermeintlichen Zwangseinziehung eine neue Gesellschafterliste beim Registergericht eingereicht

⁴²³ BGH, Urt. v. 17.2.1997 - II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366 f. = NJW 1997, 1510, 1511; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 166; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 79; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 152.

⁴²⁴ BGH, Urt. v. 17.2.1997 - II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366 f. = NJW 1997, 1510, 1511; Urt. v. 14.3.2005 - II ZR 153/03 = NZG 2005, 479, 481.

⁴²⁵ Vgl. zu dem Verhältnis von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage bspw. MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 224 f.

⁴²⁶ Vgl. zum fehlerhaften Vereinsbeschluss, auf den die §§ 241 ff. AktG keine analoge Anwendung finden, ausführlich Fluck, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 9 ff.; zu den Anfechtungsgründen unter § 8 I. 8.

⁴²⁷ OLG München, Urt. v. 29.7.2010 - 23 U 1997/10 = GmbHR 2011, 429; OLG Hamm, Urt. v. 16.4.2014 - I-8 U 82/13 = GmbHR 2014, 935 m. Anm. Wachter; OLG Jena, Urt. v. 9.10.2013 - 2 U 678/12 = GmbHR 2013, 1258 m. Anm. Heinze; KG Berlin, Beschl. v. 10.7.2019 - 2 W 16/19 = GmbHR 2019, 937, 938 m. Anm. Bayer; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 196; Gehrlein/Born/Simon/Winter § 40 Rn. 45; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 16 Rn. 26, § 40 Rn. 58; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn 147; Scholz/Seibt § 40 Rn 67; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 104; U. Schneider, GmbHR 2009, 393; Lieder, GmbHR 2016, 189, 190 f.; a. A. noch Bednarz, BB 2008, 1854, 1857. Kort, GmbHR 2009, 169, 172; Mayer, DNotZ 2008, 403, 414.

und aufgenommen wurde. Das Bedürfnis eines entsprechenden, einklagbaren Anspruchs des (ehemaligen) GmbH-Gesellschafters folgt dabei aus den mit der Listeneintragung einhergehenden Rechtsfolgen des § 16 GmbHG.⁴²⁸ Schon in der Gesetzesbegründung zum MoMiG erkannte der Gesetzgeber einen Rechtsanspruch des eintretenden Gesellschafters auf Einreichung der Gesellschafterliste an.⁴²⁹ Dogmatisch folgt dieser Anspruch aus dem (nachwirkenden) Mitgliedschaftsverhältnis zwischen dem (ehemaligen) Gesellschafter und der GmbH.⁴³⁰

Der Anspruch auf Listenkorrektur kann im Streitfall im Wege einer allgemeinen Leistungsklage gerichtlich geltend gemacht werden.⁴³¹ Passivlegitimiert ist die Gesellschaft.⁴³² Zwar wird argumentiert, die Einreichungspflicht sei eine höchstpersönliche Pflicht des Geschäftsführers, sodass der Antrag auf Korrektur gegen ihn persönlich zu richten sei.⁴³³ Jedoch verkennt diese Sichtweise, dass schon der historische Gesetzgeber von einer einklagbaren Verpflichtung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft ausging.⁴³⁴ Zudem handelt es sich bei der Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterstellung um eine Organpflicht des Geschäftsführers.⁴³⁵ Weiterhin ist gerade das aus § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG folgende mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis streitig: Dieses besteht zwischen der GmbH und dem Gesellschafter und gerade nicht zwischen dem Gesellschafter und dem Geschäftsführer.⁴³⁶

Der Geschäftsführer ist aufgrund seiner Organeigenschaft auch dann zur Listenkorrektur befugt, wenn die ursprüngliche Liste durch den mitwirkenden Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG eingereicht wurde.⁴³⁷ Zwar bleibt der mitwirkende Notar neben dem Geschäftsführer zur Listenkorrektur befugt.⁴³⁸ Denn durch die Einreichung einer von Anfang an formal oder materiell fehlerhaften Gesell-

⁴²⁸ BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 196; zu den Wirkungen der Listeneintragung unter § 5 IV.

⁴²⁹ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38.

⁴³⁰ KG, Beschl. v. 10.7.2019 - 2 W 16/19 = NZG 2019, 913 f.; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 196; Scholz/Seibt § 40 Rn. 67; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 104; U. Schneider, GmbHR 2009, 393; a. A. OLG Brandenburg, Beschl. v. 12. 2. 2013 - 7 W 72/12 = NZG 2013, 507, 508 für eine höchstpersönliche Pflicht des Geschäftsführers.

⁴³¹ KG Berlin, Beschl. v. 10.7.2019 - 2 W 16/19 = GmbHR 2019, 937, 938 m. Anm. Bayer.

⁴³² Ebenso OLG München, Urt. v. 29.7.2010 - 23 U 1997/10 = GmbHR 2011, 429; OLG München, Beschl. v. 17.7.2015 - 14 W 1132/15 = ZIP 2015, 2420, 2421; KG Berlin, Beschl. v. 10.7.2019 - 2 W 16/19 = GmbHR 2019, 937, 938 m. Anm. Bayer; Altmeyen/Altmeyen § 40 Rn. 26; Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 30; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 58; Scholz/Seibt § 40 Rn. 45; Mayer, DNotZ 2008, 403, 414; Kort, GmbHR 2009, 169, 172 f.; Lieder, GmbHR 2016, 189, 190 ff.; Damm, BWNotZ 2017, 2, 13; Fluck, GmbHR 2017, 57, 71; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 509.

⁴³³ So für den Fall der einstweiligen Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste: OLG Brandenburg v. 12.2.2013 - 7 W 72/12 = GmbHR 2013, 309, 310 m. Anm. Peetz; KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 417 m. Anm. Otto; Preuss, ZGR 2008, 676, 679; Hasselmann, NZG 2009, 486, 489.

⁴³⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 38: „einklagbare Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Neugesellschafter“.

⁴³⁵ KG Berlin, Beschl. v. 10.7.2019 - 2 W 16/19 = GmbHR 2019, 937, 938 m. Anm. Bayer.

⁴³⁶ Vgl. Lieder, GmbHR 2016, 189, 191.

⁴³⁷ BGH, Beschl. v. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 33 m. Anm. Bayer.

⁴³⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 35 m. Anm. Bayer; sich dem anschließend OLG Rostock, Beschl. v. 25.1.2017 - 1 W 55/16 = FGPrax 2017, 168, 169 f.; Baumbach/Hueck/Servatius § 40 Rn. 38; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 203; Henssler/Strohn/Oetker § 40 GmbHG Rn. 35; Scholz/Seibt § 40 Rn. 66; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 144; Preuss, ZGR 2008, 676, 681; wohl auch Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 95 f.; für eine exklusive Zuständigkeit des Notars MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 184 ff. unter kritischer Würdigung der BGH-Rechtsprechung; Herrler, GmbHR 2013, 617, 620; Blasche, RNotZ 2014, 34, 38.

schafterliste hat der Notar seine Amtspflichten nach § 40 Abs. 2 GmbHG nicht erfüllt.⁴³⁹ Jedoch hat der von der Streichung betroffene Gesellschafter keinen unmittelbaren, einklagbaren Anspruch auf Erbringung der Amtshandlung in Form der Listenkorrektur gegen den mitwirkenden Notar.⁴⁴⁰

3. Aktivlegitimation

Im Rahmen der Aktivlegitimation muss zwischen der Nichtigkeits- (a)) und Anfechtungsklage (b)) unterschieden werden. Davon getrennt zu betrachten ist die Aktivlegitimation bei einem Vorgehen gegen weitere, nach dem Zwangseinziehungsbeschluss gefasste Gesellschafterversammlungsbeschlüsse (c)).

a) Nichtigkeitsklage

Zwar kann sich auf die Nichtigkeit eines Gesellschafterversammlungsbeschlusses im Gegensatz zur Anfechtungsklage grundsätzlich jedermann berufen.⁴⁴¹ Jedoch sind in analoger Anwendung des § 249 Abs. 1 S. 1 AktG nur die Gesellschafter, die Geschäftsführer und die Mitglieder des fakultativen Aufsichtsrats zur Erhebung der Nichtigkeitsklage i. S. d. § 249 AktG aktivlegitimiert. Dritte können bei Vorliegen eines besonderen Feststellungsinteresses allenfalls eine allgemeine Feststellungsklage i. S. d. § 256 Abs. 1 S. 1 ZPO erheben. Allerdings wird das besondere Feststellungsinteresse Dritter nur in Ausnahmefällen vorliegen.⁴⁴² Die Aktivlegitimation zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage i. S. d. § 249 AktG als besondere Feststellungsklage schließt die Erhebung einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO aus.⁴⁴³

aa) Maßgeblichkeit der formalen Gesellschafterstellung

Umstritten ist, ob für die Beurteilung der Gesellschafterstellung die formale oder materielle Gesellschafterstellung maßgebend ist. Seit der Neufassung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Jahr 2008 ist der Gesellschafterliste eine umfassende Legitimationswirkung zuzusprechen.⁴⁴⁴ Zugunsten der Rechtssicherheit erscheint es geboten, auch für die Beurteilung der Aktivlegitimation die formale Gesellschafterstellung unabhängig von der materiellen Rechtslage als maßgebend zu erachten.⁴⁴⁵

⁴³⁹ BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10 = NZG 2011, 1809 Rn. 10; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 187; Preuss, ZGR 2008, 676, 681; Link, RNotZ 2009, 193, 198; Herrler, NZG 2011, 536, 538; Mayer, MittBayNot 2014, 114, 127.

⁴⁴⁰ BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 212; BeckNotar-HdB/Hogl § 35 Rn 58.

⁴⁴¹ BGH, Urt. v. 16.12.1953 - II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 239 = NJW 1954, 385, 386; Gehrlein/Born/Simon/Teichmann Anh. § 47 Rn. 34; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 234; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 81; S. Fischer, BB 2013, 2819, 2823.

⁴⁴² Zur Erhebung einer allgemeinen Feststellungsklage durch Dritte Hölters/Englisch § 249 AktG Rn. 7f.

⁴⁴³ BGH, Urt. v. 23.2.1978 - II ZR 37/77 = NJW 1978, 1325 f.; Kölner Komm AktG/Noack/Zetzsche § 249 Rn. 3; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer § 249 Rn. 7; K. Schmidt/Lutter/Schwab § 249 AktG Rn. 11.

⁴⁴⁴ Dazu unter § 5 I. 2.

⁴⁴⁵ Ebenso BGH, Beschl. v. 22.10.1968 - KVR 5/68 = NJW 1969, 133; BGH, Urt. v. 13. 10. 2008 - II ZR 112/07 = NJW 2009, 230 Rn. 11; OLG Saarbrücken, Urt. v. 1.12.2011 - 8 U 315/10 = GmbHR 2012, 209, 210; Altmep-

Andernfalls müsste im Rahmen der Aktivlegitimation zunächst umfassend geprüft werden, ob der die Nichtigkeitsklage erhebende Gesellschafter überhaupt noch materiell berechtigt ist. Diese Prüfung entspricht inhaltlich der Begründetheitsprüfung der Nichtigkeitsklage.

Darüber hinaus wäre ein Abstellen auf die materielle Rechtslage im Rahmen der Anfechtungsklage mit einem dogmatischen Widerspruch verbunden. Denn der Kläger wäre im Zeitpunkt der Klageerhebung womöglich materiell kein Gesellschafter mehr, wenn der Zwangseinziehungsbeschluss lediglich anfechtbar ist. Ein lediglich anfechtbarer Beschluss ist zunächst wirksam und wird durch das gerichtliche Urteil *ex tunc* für nichtig erklärt, vgl. § 248 Abs. 1 S. 1 AktG analog. Obwohl der Zwangseinziehungsbeschluss *ex tunc* nichtig ist, hat der klagende Gesellschafter die materielle Gesellschafterstellung also nur infolge einer obsiegenden Anfechtungsklage rückwirkend inne. Im Zeitpunkt der Klageerhebung wurde der Zwangseinziehungsbeschluss noch nicht gerichtlich für *ex tunc* nichtig erklärt, sodass er materiell zu diesem Zeitpunkt nicht aktivlegitimiert wäre. Eine unterschiedliche Beurteilung der Aktivlegitimation bei der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage erscheint nicht zielführend.

Auch wenn demnach grundsätzlich die formale Gesellschafterstellung für die Beurteilung der Aktivlegitimation maßgebend ist, greift ein allgemeiner Grundsatz: Derjenige, dem die prozessuale Legitimation aberkannt wurde, ist unter Beachtung des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs zumindest noch hinsichtlich der Überprüfung dieser Aberkennung aktivlegitimiert.⁴⁴⁶ Wurde im Anschluss an die Erklärung der Zwangseinziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter eine korrigierte Gesellschafterliste eingereicht, bleibt der betroffene Gesellschafter hinsichtlich der Überprüfung der Löschung aus der Gesellschafterliste aktivlegitimiert. Unter Beachtung des Grundsatzes der Prozessökonomie kann man nicht annehmen, der betroffene Gesellschafter müsse eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO mit dem Begehren erheben, er sei weiterhin materiell Gesellschafter der GmbH und damit aktivlegitimiert zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage. Denn ob die materielle Gesellschafterstellung weiterhin besteht, deckt sich mit der Frage, ob der Zwangseinziehungsbeschluss nichtig ist. Demnach kann es dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter nach dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch unabhängig von seiner formalen Gesellschafterstellung nicht verwehrt sein, eine Nichtigkeitsklage gegen den Zwangseinziehungsbeschluss zu erheben, wenn der Verlust der formalen Gesellschafterstellung auf der

pen/*Altmeyden* Anh. § 47 Rn. 75; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 137; BeckOK GmbHG/*Leinekugel* Anh. § 47 Rn. 144; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Anh. § 47 Rn. 70.

⁴⁴⁶ BGH, Urt. v. 22.3.2011 - II ZR 229/09 = NZG 2011, 669 Rn. 8 (für die AG); Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 24; Beschl. v. 29.1.2019 - II ZR 234/18 = wiedergegeben durch *Garbe*, GWR 2019, 106; Urt. v. 2.7.2019 - II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 = GmbHR 2019, 988 Rn. 41; zuletzt Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 35; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Anh. § 47 Rn. 72; *ders.* GmbHR 2016, 505, 512; Henssler/Strohn/*Drescher* § 245 AktG Rn. 20; *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 144.

Zwangseinziehung beruht.⁴⁴⁷

bb) Kein besonderes Feststellungsinteresse erforderlich

Obwohl die Nichtigkeitsklage eine besondere Feststellungsklage verkörpert, muss der klagende Gesellschafter kein besonderes Feststellungsinteresse nachweisen.⁴⁴⁸ Dies ergibt sich vielmehr schon aus seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft.⁴⁴⁹

b) Anfechtungsklage

Wegen der grundlegenden strukturellen Unterschiede zwischen der GmbH und der AG ist § 245 AktG nicht analog auf die Anfechtungsklage eines Gesellschafters anzuwenden.⁴⁵⁰ Anfechtungsbefugt ist jeder Gesellschafter der GmbH.⁴⁵¹ Dies gilt auch für den Fall, dass der betroffene Gesellschafter nicht mehr in die Liste eingetragen ist. Zwar ist grundsätzlich die Listenstellung maßgebend, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Jedoch steht es dem ehemaligen Listengesellschafter weiterhin offen, den Zwangseinziehungsbeschluss mittels einer Anfechtungsklage anzugreifen, wenn seine Streichung aus der Liste auf dem Zwangseinziehungsbeschluss beruht.⁴⁵² Ist ein Kläger nicht anfechtungsbefugt, ist die Anfechtungsklage durch das Gericht nicht als unzulässig, sondern vielmehr als unbegründet abzuweisen.⁴⁵³

Die Anfechtungsklage ist ein objektives Kontrollrecht der Gesellschafter, sodass es keiner persönlichen Betroffenheit des Gesellschafters bedarf.⁴⁵⁴ Jeder Gesellschafter hat ein Recht darauf, dass Gesellschafterversammlungsbeschlüsse im Einklang mit dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag gefasst werden.⁴⁵⁵ Dies folge nicht zuletzt aus der Wirkung der erfolgreichen Anfechtungsklage für und gegen alle Gesellschafter („*inter omnes*“, vgl. § 248 Abs. 1 S. 1 AktG analog).

Billigt ein Gesellschafter den Beschluss, kann er diesen nach dem Grundsatz *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB) nicht mehr anfechten.⁴⁵⁶ Eine Billigung liegt insbesondere dann vor, wenn ein Gesellschafter bei Beschlussfassung in Kenntnis der anfechtungsbezüglichen Umstände zuge-

⁴⁴⁷ So auch BGH, Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 24.

⁴⁴⁸ BGH, Urt. v. 25.2.1965 - II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 265 = NJW 1965, 1378.

⁴⁴⁹ BGH, Urt. v. 25.2.1965 - II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 265 = NJW 1965, 1378.

⁴⁵⁰ BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 143.

⁴⁵¹ BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 144.

⁴⁵² Siehe § 8 I. 3. a) aa).

⁴⁵³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 135; Ulmer/Raiser, Anh. § 47 Rn. 167; Noack, AG 1989, 78, 83; a. A. Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 127, der die Klagebefugnis vielmehr für eine Zulässigkeitsvoraussetzung hält. Bei diesem Streit handelt es sich jedoch um einen rein dogmatischen Streit. Für den effektiven Rechtsschutz des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters ist es unerheblich, ob seine Klage für unzulässig oder unbegründet erklärt wird, sodass dieser Streit hier nicht entschieden werden soll.

⁴⁵⁴ BGH, Urt. v. 25. 2. 1965 - II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 265 f. = NJW 1965, 1378; Urt. v. 19. 12. 1977 - II ZR 136/76, BGHZ 70, 117, 118 = NJW 1978, 540.

⁴⁵⁵ BGH, Urt. v. 25. 2. 1965 - II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 265 f. = NJW 1965, 1378; Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 21.

⁴⁵⁶ BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 145.

stimmt hat.⁴⁵⁷ Zwar ist diese Fallkonstellation im Rahmen der Zwangseinziehung wegen des Stimmverbots des betroffenen Gesellschafters nicht denkbar. Jedoch kann der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter den Gesellschafterversammlungsbeschluss auf andere Weise billigen: Wenn der betroffene Gesellschafter beispielsweise gerichtlich gegen die Modalitäten der Abfindung vorgeht, verdeutlicht dieses Vorgehen, dass er mit der Einziehung grundsätzlich einverstanden ist.

c) Gerichtlicher Rechtsschutz gegen weitere Beschlüsse

Wenn der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter gegen weitere Beschlüsse gerichtlich vorgehen möchte, hängt seine Klagebefugnis im Rahmen der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage davon ab, ob er in der Gesellschafterliste aufgeführt ist. Solange er formal Gesellschafter ist, ist er klagebefugt. Dies gilt unabhängig von der materiellen Wirksamkeit der Zwangseinziehung. Gleiches gilt auch dann, wenn er infolge eines gerichtlichen Verfahrens wieder in der Gesellschafterliste aufgeführt ist. Hat der Gesellschafter hingegen seine formale Gesellschafterstellung verloren, fehlt ihm die Klagebefugnis gegen Beschlüsse, die während dieser Zeit gefasst werden. Diese können auch nicht infolge der Wiedereintragung angefochten werden. Entscheidend ist die formale Gesellschafterstellung im Zeitpunkt des Beschlusses.

Hingegen urteilte das Kammergericht Berlin im Zusammenhang mit der Anfechtung von Satzungsänderungsbeschlüssen im Anschluss an den Verlust der formalen Gesellschafterstellung aufgrund der Zwangseinziehung, die Anfechtungsbefugnis könne nur von der materiellen Rechtslage abhängen, da mit der fehlenden Listeneintragung die Klagebefugnis fehle.⁴⁵⁸ Andernfalls könne sich die GmbH als Beklagte jedenfalls mit Wiedereintragung des klagenden Gesellschafters nicht auf eine abgelaufene Klagefrist berufen.⁴⁵⁹ Schnell wird deutlich, welcher Gedanke hinter der Argumentation des Kammergerichts steht: Die Einreichung und Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste unterliegt in der Praxis bislang keinen hohen Anforderungen. In der Folge kann die Löschung des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters aus der Gesellschafterliste leicht herbeigeführt und folglich auch missbraucht werden. Wenn jedoch die zuvor aufgestellten Pflichtenmaßstäbe im Listeneinreichungs- und Zuordnungsverfahren beachtet werden, wird die Aufnahme materiell fehlerhafter Gesellschafterlisten minimiert. Sollte dennoch eine materiell fehlerhafte Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen worden sein, können die Interessen des von der Streichung betroffenen Gesellschafters im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ausreichend gewahrt wer-

⁴⁵⁷ MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 271; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 Rn. 137.

⁴⁵⁸ KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 419 m. Anm. *Otto*; sich dem anschließend OLG Thüringen, Urt. v. 24.8.2016 - 2 U 168/16 = GmbHR 2017, 416, 417 m. Anm. *Wagner*.

⁴⁵⁹ KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 419 m. Anm. *Otto*; vgl. auch KG Berlin, Beschl. v. 1.4.2010 - 2 W 36/10 = ZIP 2010, 2047, 2050.

den. Dafür muss das einstweilige Rechtsschutzverfahren effektiv ausgestaltet werden.⁴⁶⁰

4. Passivlegitimation

Die Nichtigkeits- und Anfechtungsklage sind analog §§ 249 Abs. 1 S. 1, 246 Abs. 2 S. 1 AktG gegen die GmbH zu richten.⁴⁶¹ Die verbleibenden Gesellschafter können auf Seiten der GmbH als Nebenintervenienten beitreten.⁴⁶² Die GmbH wird im Prozess in analoger Anwendung des §§ 249 Abs. 1 S. 1, 246 Abs. 2 S. 2 AktG grundsätzlich durch den Geschäftsführer nach Maßgabe des § 35 GmbHG vertreten.⁴⁶³ Ist der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter zugleich Geschäftsführer der GmbH käme es auf diese Weise zu einem Insichprozess. Für diesen Fall hat der Geschäftsführer keine Vertretungsmacht und es muss ein besonderer Vertreter nach § 46 Nr. 8 GmbHG bestellt werden.⁴⁶⁴ Wenn mehrere Geschäftsführer berufen sind, ist die Art der Vertretungsmacht maßgebend. Nur für den Fall der Alleinvertretungsbefugnis bedarf es keines besonderen Vertreters, da der nicht von der Zwangseinziehung betroffene Geschäftsführer die GmbH vertreten kann.⁴⁶⁵

Zwar sind bei Führungslosigkeit der GmbH nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG die nicht am Rechtsstreit beteiligten Gesellschafter zur Passivvertretung befugt.⁴⁶⁶ Jedoch fehlt es den verbleibenden Gesellschaftern an der Befugnis zur Aktivvertretung. Eine Anwendung des § 46 Nr. 8 GmbHG scheidet für diesen Fall mangels Geschäftsführer, gegen den ein Prozess geführt werden kann, aus.⁴⁶⁷ Somit können sie keine Willenserklärungen mit Wirkung für und gegen die GmbH abgeben. Prozessfähig ist nach § 52 ZPO aber nur derjenige, der sich durch Verträge verpflichten kann. Ein Vertragsschluss ohne Abgabe einer Willenserklärung ist dem bürgerlichen Recht grundsätzlich fremd. Die führungslose GmbH ist nicht prozessfähig. Damit die Klage nicht als unzulässig abgewiesen wird, muss der klagende Gesellschafter einen Antrag auf Bestellung eines Prozesspflegers i. S. d. § 57 ZPO stellen.⁴⁶⁸

⁴⁶⁰ Zur effektiven Ausgestaltung des einstweiligen Verfahrens unter § 8 II.

⁴⁶¹ OLG Hamburg, Urt. v. 28.6.1991 - 11 U 148/90 = ZIP 1991, 1430; OLG Rostock, Urt. v. 28.5.2003 - 6 U 173/02 = NZG 2004, 191 f.; OLG Brandenburg, Urt. v. 5.1.2017 - 6 U 21/14 = ZIP 2017, 1417, 1418; BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 200; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 77; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 148; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 217.

⁴⁶² Vgl. dazu MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 284.

⁴⁶³ BGH, Urt. v. 10.11.1980 - II ZR 51/80 = NJW 1981, 1041; BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 200; Henssler/Strohn/Drescher § 246 AktG Rn. 17; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 490; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer Anh. § 47 Rn. 49; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 149.

⁴⁶⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 165; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 218.

⁴⁶⁵ OLG Brandenburg, Urt. v. 5.1.2017 - 6 U 21/14 = ZIP 2017, 1417.

⁴⁶⁶ Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 32; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 149.

⁴⁶⁷ A. A. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 492, der § 46 Nr. 8 auch in diesem Fall für anwendbar hält.

⁴⁶⁸ BGH, Urt. v. 25.10.2010 - II ZR 115/09 = NZG 2011, 26 Rn. 19.

5. Anfechtungsfrist

Während die Erhebung der Nichtigkeitsklage nicht fristgebunden ist,⁴⁶⁹ muss der Gesellschafter bei Erhebung der Anfechtungsklage eine Klagefrist wahren. Die Versäumung der Frist hat materielle Präklusionswirkung. Infolgedessen ist die Anfechtungsklage im Hinblick auf präkludierte Anfechtungsgründe als unbegründet abzuweisen.⁴⁷⁰ Folglich ist eine verfahrensrechtliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Maßgabe des § 60 ZPO auch bei einem unverschuldeten Versäumen der Frist nicht denkbar. Die materielle Präklusion bezieht sich bei Vorliegen mehrerer Anfechtungsgründe nur auf solche Gründe, die nicht innerhalb der Anfechtungsfrist vorgebracht wurden.⁴⁷¹

a) Grundsätzliche Monatsfrist

Die starre Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG kann nicht analog auf die GmbH angewendet werden.⁴⁷² Dies folgt schon aus dem individualistischen Charakter der GmbH, der eine einvernehmliche Regelung leichter erreichbar erscheinen lässt. Zugleich ist das Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei der AG ungleich höher.

Im Recht der GmbH gilt eine nach den Umständen des Einzelfalls angemessene Frist. Dennoch ist die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG als Leitbild heranzuziehen, die in Ermangelung besonderer Umstände oder einvernehmlicher Regelungen einzuhalten ist.⁴⁷³ Nach einer jüngeren Entscheidung des BGH ist die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG „*grundsätzlich*“ auch bei der GmbH einzuhalten.⁴⁷⁴ Die letztere Entscheidung entspricht somit dogmatisch einer Analogie zu § 246 Abs. 1 AktG, bei der den Besonderheiten der Rechtsform GmbH Rechnung getragen wird.⁴⁷⁵

Die Länge der Anfechtungsfrist ist unter Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall zu bestimmen: Auf der einen Seite steht das Bedürfnis der GmbH nach Rechtssicherheit durch Bestandskraft des Beschlusses und auf der anderen Seite der allgemeine Justizgewährungsanspruch der Gesellschafter.⁴⁷⁶ Die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG stellt eine Mindestfrist dar.⁴⁷⁷ Zwar

⁴⁶⁹ Vgl. MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 298.

⁴⁷⁰ So die ganz h. M.; vgl. nur RG, Urt. v. 4.12.1928 - II 226/28, RGZ 123, 204, 207; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.12.1983 - 5 U 110/83 = AG 1984, 110; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 158; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 141; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 471 ff.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer Anh. § 47 Rn. 56; K. Schmidt, JZ 1977, 769, 771; a. A. Schwab, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 396 f., der die Anfechtungsfrist als Zulässigkeitsvoraussetzung einstuft.

⁴⁷¹ BeckOK GmbHG/*Leinekugel* Anh. § 47 Rn. 179.

⁴⁷² Hierzu und zum Folgenden BGH, Urt. v. 14.5.1990 - II ZR 126/89 = NJW 1990, 2625.

⁴⁷³ So die h. M.; vgl. nur BGH, Urt. v. 21.3.1988 - II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 70 ff. = NJW 1988, 1844, 1845; Urt. v. 14.5.1990 - II ZR 126/89 = NJW 1990, 2625; Urt. v. 16.12.1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 375 = NJW 1992, 892, 896; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 145; Henssler/Strohn/Hillmann Anh. § 47 GmbHG Rn. 5 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 62 f.; MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 301 ff.; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 142; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 195 ff.

⁴⁷⁴ BGH, Beschl. v. 13.7.2009 - II ZR 272/08 = NZG 2009, 1110.

⁴⁷⁵ Die dogmatische Herleitung der Anfechtungsfrist hat keine inhaltlichen Auswirkungen und kann somit bei der Untersuchung außer Betracht bleiben.

⁴⁷⁶ BeckOK GmbHG/*Leinekugel* Anh. § 47 Rn. 168.

besteht keine absolute Obergrenze für die gerichtliche Geltendmachung der Anfechtbarkeit eines Gesellschafterversammlungsbeschlusses. Jedoch müssen umso schwerwiegendere Gründe vorliegen je weiter die Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG überschritten wird.⁴⁷⁸ Im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung kommt eine Überschreitung der grundsätzlichen Monatsfrist beispielsweise dann in Betracht, wenn vor Klageerhebung seitens des ausscheidenden Gesellschafters komplexe rechtliche oder tatsächliche Fragestellungen geklärt werden müssen.⁴⁷⁹ Aber auch bei Verweigerung der Information entgegen § 51a GmbHG, verlängert sich die Anfechtungsfrist für die Dauer des Informationserzwingungsverfahrens.⁴⁸⁰ Auch nach einem erfolglosen Versuch der außergerichtlichen Streitbeilegung oder Durchführung eines Mediationsverfahrens kann die GmbH dem klagenden Gesellschafter nicht den Ablauf der Anfechtungsfrist entgegenhalten.⁴⁸¹

Die Gesellschafter können die Länge der Anfechtungsfrist und das fristauslösende Ereignis auch statutarisch festlegen.⁴⁸² Dabei stellt die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG eine Untergrenze dar, die gesellschaftsvertraglich nicht unterschritten werden darf.⁴⁸³ Besondere Umstände des Einzelfalls führen bei einer gesellschaftsvertraglichen Fristvereinbarung nur ausnahmsweise unter Beachtung der gesellschaftlichen Treuepflicht zu einer Fristverlängerung.⁴⁸⁴ Im Hinblick auf außergerichtliche Einigungsversuche ist eine statutarische Fristvereinbarung dahingehend auszulegen, dass die Anfechtungsfrist erst mit Scheitern des außergerichtlichen Verfahrens beginnen soll.⁴⁸⁵

Die Darlegungs- und Beweislast für die fristgerechte Erhebung der Anfechtungsklage und damit auch für das Vorliegen der besonderen Umstände, die zur Verlängerung der Anfechtungsfrist führen, trägt der klagende Gesellschafter.⁴⁸⁶

b) Fristwahrung

Die Frist beginnt analog § 246 Abs. 1 AktG mit Beschlussfassung unabhängig von der subjektiven Kenntnis des Gesellschafters.⁴⁸⁷ Bei Unkenntnis des Gesellschafters über die Beschlussfassung ver-

⁴⁷⁷ Altmeppen/*Altmeppen* Anh. § 47 Rn. 92; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* Anh. § 47 Rn. 63; Scholz/*K. Schmidt* § 45 Rn. 142; Ulmer/*Raiser* Anh. § 47 Rn. 196; *Rohleder*, GmbHR 1989, 236, 241.

⁴⁷⁸ Scholz/*K. Schmidt* § 45 Rn. 143.

⁴⁷⁹ BGH, Urt. v. 14.5.1990 - II ZR 126/89 = NJW 1990, 2625.

⁴⁸⁰ BeckOK GmbHG/*Leinekugel* Anh. § 47 Rn. 170.1 mit weiteren Beispielen.

⁴⁸¹ MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 303.

⁴⁸² Vgl. nur BGH, Urt. v. 21.3.1988 - II ZR 308/87, BGHZ 104, 66 = NJW 1988, 1844 f.

⁴⁸³ BGH, Urt. v. 21.3.1988 - II ZR 308/87, BGHZ 104, 66 = NJW 1988, 1844 f.; Urt. v. 13.2.1995 - II ZR 15/94 = NJW 1995, 1218 f.

⁴⁸⁴ Dazu MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 308.

⁴⁸⁵ MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 308; Scholz/*K. Schmidt* § 45 Rn. 143.

⁴⁸⁶ MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 303.

⁴⁸⁷ Ebenso RG, Urt. v. 4.2.1943 - II 94/42, RGZ 170, 358, 380; OLG Celle, Urt. v. 24.7.1958 - 9 U 37/58 = GmbHR 1959, 113; OLG Stuttgart, Urt. v. 17.5.1973 - 10 U 136/72 = NJW 1973, 2027, 2028; OLG Koblenz, Beschl. v. 29.4.1986 - 6 W 273/86 = ZIP 1986, 1120; BeckOK GmbHG/*Leinekugel* Anh. § 47 Rn. 172 ff.; Michalski/Heidinger/Leible/*J. Schmidt/Römermann* Anh. § 47 Rn. 468 ff.; Scholz/*K. Schmidt* § 45 Rn 145; a. A. OLG Hamm, Urt. v. 26.2.2003 - 8 U 110/02 = NZG 2003, 630; OLG Thüringen, Urt. v. 6.11.2001 - 8 U 517/01 =

längert sich die Anfechtungsfrist um die Zeit bis zur Kenntnisnahme. Die Zwangseinziehung bedarf zu ihrer Wirksamkeit neben einem wirksamen Zwangseinziehungsbeschluss einer Erklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter. Spätestens mit dem Zugang der Einziehungserklärung ist dem betroffenen Gesellschafter bekannt, dass ein entsprechender Beschluss gefasst wurde. Die Monatsfrist verlängert sich in diesem Fall also um die Zeit, die zwischen der Beschlussfassung und dem Zugang der Einziehungserklärung liegt. Um die Anfechtungsfrist zu wahren, muss die Anfechtungsklage in Ermangelung abweichender Satzungsregelungen mit dem Zeitpunkt des Fristablaufs rechtshängig sein, wobei die Vorschrift des § 167 ZPO zu beachten ist.⁴⁸⁸

6. Darlegungs- und Beweislast

In Ermangelung besonderer Beweislastvorschriften im GmbHG oder analog anwendbarer Normen im AktG gelten die allgemeinen zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislastvorschriften. Im Zivilprozess über die Wirksamkeit der Zwangseinziehung muss nach der Rosenbergschen Formel jede Partei die Tatsachen darlegen und beweisen, welche die Norm voraussetzt, aus der sie die für sie günstige Rechtsfolge ableitet.⁴⁸⁹ Folglich hat der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter das Eingreifen eines Unwirksamkeits-, Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes als eine für ihn günstige Tatsache darzulegen und zu beweisen.⁴⁹⁰ Im Einzelfall sind Beweiserleichterungen und Beweislastumkehrungen nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast der Gesellschaft denkbar.⁴⁹¹

Soweit Gesellschafterversammlungsbeschlüsse einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedürfen, trägt die GmbH die Darlegungs- und Beweislast. An dieser Stelle soll die Kali + Salz-Rechtsprechung des BGH zum aktienrechtlichen Bezugsrechtsausschluss näher beleuchtet werden. Der BGH entschied im Zusammenhang mit einem Hauptversammlungsbeschluss einer AG über einen Bezugsrechtsausschluss im Jahr 1978, dass zwar der anfechtende Gesellschafter als Anfechtungskläger den Gesetzesverstoß grundsätzlich zu beweisen habe.⁴⁹² Jedoch habe die AG wegen ihres Informationsvorsprungs die Gründe für den Bezugsrechtsausschluss im Einzelnen darzulegen,

GmbHR 2002, 115, 116; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 153; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 62; *Fleischer*, GmbHR 2013, 1289, 1295.

⁴⁸⁸ LG München, Urt. v. 31.1.2008 - 5 HKO 19782/06= ZIP 2008, 555; OLG Saarbrücken, Urt. v. 1.12.2011 - 8 U 315/10 - 83 = GmbHR 2012, 209, 210; Altmeppen/*Altmeppen* Anh. § 47 Rn. 97; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 158a; Scholz/*K. Schmidt* § 45 Rn. 145.

⁴⁸⁹ Für die GmbH BGH, Urt. v. 14.5.1990 - II ZR 126/89, BGHZ 111, 224, 229 = NJW 1990, 2625, 2626; allgemein zur Rosenbergschen Formel im Zivilprozess: *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 12.

⁴⁹⁰ Zum Anfechtungs- und Nichtigkeitsgrund: BGH, Urt. v. 14.5.1990 - II ZR 126/89, BGHZ 111, 224 = NJW 1990, 2625, 2626; Urt. v. 21.7.2008 - II ZR 39/07 = NZG 2008, 783 Rn. 19; OLG München, Urt. v. 10.4.2002 - 7 U 3919/01 = AG 2003, 452, 453; OLG Stuttgart, Urt. v. 19.12.2012 - 14 U 10/12 = GmbHR 2013, 414, 418; Hüffer/*Koch* § 243 Rn. 59 f.; MüKoAktG/*Hüffer/Schäfer* § 243 Rn. 144 f.; MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 339; Ulmer/*Raiser* Anh. § 47 Rn. 243 ff.; BeckOK GmbHG/*Leinekugel* Anh. § 47 Rn. 221 f.; Henssler/*Strohn/Drescher* § 243 AktG Rn. 32.

⁴⁹¹ MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 339.

⁴⁹² Hierzu und zum folgenden: BGH, Urt. v. 13.3.1978 - II ZR 142/76 = NJW 1978, 1316, 1317 f.

die durch den Kläger widerlegt werden müssten. Es handele sich nicht um eine Beweislastumkehr. Ein *non liquet* wirke zulasten des klagenden Aktionärs. Insofern überwögen das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und das schutzwürdige Vertrauen in die Bestandskraft des Beschlusses.

Zutreffend wurde diese Entscheidung des BGH im Nachgang durch *Lutter* dahingehend ausgelegt, dass keine Beweislastumkehr oder eine sonstige Modifikation stattgefunden habe.⁴⁹³ Vielmehr habe der BGH die Rosenbergsche Formel konsequent angewendet. Jede Partei habe die für sie günstigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Wegen der grundsätzlichen Unzulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses, seien die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Bezugsrechtsausschlusses Tatsachen, die zugunsten der Gesellschaft wirken. Insoweit bedarf es keiner Argumentation anhand eines Informationsvorsprungs der Gesellschaft.

Dieser verallgemeinerungsfähige Grundsatz wird auch auf das Recht der GmbH übertragen: Soweit ein Gesellschafterversammlungsbeschluss oder eine andere Handlung der GmbH grundsätzlich durch das GmbHG untersagt werde und damit der sachlichen Rechtfertigung bedarf, obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen der sachlichen Rechtfertigung der GmbH.⁴⁹⁴ Ein *non liquet* wirkt zu Lasten der GmbH.⁴⁹⁵

Folglich muss die GmbH insbesondere das Vorliegen eines Zwangseinziehungsgrundes als eine für sie günstige Tatsache darlegen und beweisen. Denn der Zwangseinziehungsbeschluss bedarf zu seiner Wirksamkeit zwingend der sachlichen Rechtfertigung in Form eines Zwangseinziehungsgrundes und dieser stellt mithin eine für die GmbH günstige Tatsache dar. Gleiches gilt für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung: Wenn der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter eine Ungleichbehandlung entgegen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes dargelegt und bewiesen hat, obliegt die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der GmbH. Die GmbH ist ebenfalls darlegungs- und beweispflichtig, wenn die materielle Wirksamkeit der Zwangseinziehung mangels (ausreichender) Satzungsgrundlage oder mangels Fälligkeit der Einlagepflicht infrage steht. Denn hierbei handelt es sich um positive Zulässigkeitsvoraussetzungen der zwangsweisen Einziehung, die für die GmbH günstige Tatsachen darstellen.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Erstmals *Lutter*, ZGR 1979, 401, 413 f.

⁴⁹⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 19.12.2012 - 14 U 10/12 = GmbHR 2013, 414, 418 m. Anm. *Werner*; OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.5.2013 - 14 U 12/13 = GmbHR 2013, 803, 810; BeckOK GmbHG/*Leinekugel* Anh. § 47 Rn. 222; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 86; *Ulmer/Raiser* Anh. § 47 Rn. 248; *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 146 f.; wohl auch BGH, Urt. v. 24.9.2013 -II ZR 216/11 = NZG 2013, 1344 Rn. 18 hierzu *Böttcher*, NZG 2014, 177, 179; für den Fall der Abberufung eines Geschäftsführers BGH, Urt. v. 27.4.2009 - II ZR 167/070 = ZIP 2009, 1158 Rn. 35; Urt. v. 4.4.2017 - II ZR 77/16 = NZG 2017, 700 Rn. 14.

⁴⁹⁵ *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 147.

⁴⁹⁶ So schon *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 147.

7. Nichtigkeitsgründe

Bei den Gründen, die eine Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses begründen können, ist zwischen Einberufungsmängeln (a)), Beurkundungsmängeln (b)), inhaltlichen Mängeln (c)) und einem Verstoß gegen die guten Sitten (d)) zu unterscheiden. Ein nichtiger Beschluss kann unter bestimmten Bedingungen geheilt werden (e)). Hat die Nichtigkeitsklage Erfolg, stellt das Gericht analog §§ 249 Abs. 1 S. 1, 248 AktG die Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter sowie Organe bzw. deren Mitglieder fest. Darüber hinaus spricht man der erfolgreichen Nichtigkeitsklage ebenso wie der Anfechtungsklage als Gestaltungs-*inter omnes* Wirkung zu, d. h. die Feststellung der Nichtigkeit wirkt für und gegen jedermann.⁴⁹⁷

a) § 241 Nr. 1 AktG analog: Einberufungsmängel

Nach § 241 Nr. 1 AktG ist ein Hauptversammlungsbeschluss nichtig, wenn er unter bestimmten Einberufungsmängeln leidet. Zwar ist die GmbH regelmäßig personalistischer strukturiert als die AG. Jedoch ist es denkbar, dass auch ein GmbH-Gesellschafter nicht von der Gesellschafterversammlung erfährt oder falsch geladen wird. Dies gilt vor allem für den seltenen Fall großer GmbHs, ist aber auch bei personalistisch strukturierten GmbHs denkbar.

Zunächst ist der Gesellschafterversammlungsbeschluss nichtig, wenn die Gesellschafterversammlung nicht von der zuständigen Person einberufen wird. Wer für die Ladung zur Gesellschafterversammlung zuständig ist, ergibt sich bei der GmbH aus §§ 49, 50 GmbHG. Der Unwirksamkeitsgrund des §§ 241 Nr. 1, 121 Abs. 2 S. 2 AktG ist wegen der Bestellung der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung nicht auf die GmbH anwendbar.⁴⁹⁸ Wenn die Einladung die unverzichtbaren Anforderungen⁴⁹⁹ nicht enthält, begründet dies ebenfalls die Nichtigkeit des Beschlusses. Schließlich kann ein GmbH-Gesellschafter bei deren fehlender oder falscher Angabe genauso wenig an der Gesellschafterversammlung teilnehmen wie ein Aktionär. Wegen der personalistisch geprägten Struktur der GmbH wird der Gesellschafter vielfach auf andere Weise die entsprechenden Angaben erhalten. Wenn die Information zuverlässig ist, scheidet wegen der möglichen Teilnahme an der Gesellschafterversammlung eine Nichtigkeit des Beschlusses aus.⁵⁰⁰

Der Nichtangabe kann es gleichstehen, wenn der Gesellschafter auf andere Weise faktisch von der Teilnahme ausgeschlossen wird. Erscheint der Ort oder die Zeit für den Gesellschafter unzumutbar, liegt ein faktischer Ausschluss nur vor, wenn der Gesellschafter aus objektiven Gründen tatsächlich

⁴⁹⁷ Kölner Komm AktG/Noack/Zetzsche § 249 Rn. 51; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer § 249 Rn. 25; Spindler/Stilz/Dörr § 249 AktG Rn. 19.

⁴⁹⁸ BGH, Urt. v. 8.11.2016 - II ZR 304/15, BGHZ 212, 342 = NZG 2017, 182 Rn. 25 ff.; vgl. auch MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 29.

⁴⁹⁹ MüKoGmbHG/Liebscher § 51 Rn. 34 f.

⁵⁰⁰ KG Berlin, Beschl. v. 13.5.1965 - 1 W 848/65 = NJW 1965, 2157, 2159.

nicht teilnehmen kann.⁵⁰¹ Ist eine Teilnahme hingegen wegen subjektiver Befindlichkeiten unzumutbar, führt dies allenfalls zur Anfechtbarkeit des Gesellschafterversammlungsbeschlusses.⁵⁰² Die Unzumutbarkeit der Zeit oder des Orts kann ebenfalls Anknüpfungspunkt im einstweiligen Verfahren sein.⁵⁰³ Weiterhin kann auch die grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit führende Nichtwahrung der Ladungsfrist oder -form einen faktischen Ausschluss begründen.⁵⁰⁴ Die Annahme der Nichtigkeit unterliegt dabei wiederum hohen Anforderungen und wurde beispielsweise für den Fall angenommen, dass zu einer Gesellschafterversammlung, die für 10 Uhr angesetzt war, erst am Vorabend per Mail einberufen wurde.⁵⁰⁵

Argumentum a maiore ad minus ist ein Zwangseinziehungsbeschluss in analoger Anwendung des § 241 Nr. 1 AktG nichtig, wenn ein in der Gesellschafterliste aufgeführter Gesellschafter (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG) gar nicht geladen wurde. Es erscheint auch denkbar, dass die übrigen Gesellschafter davon ausgehen, den betroffenen Gesellschafter wegen des ohnehin bestehenden Stimmverbots nicht laden zu müssen, da seine Stimme keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis habe. Ein entsprechender Rechtsirrtum ist für die Nichtigkeitsfolge bedeutungslos. Auch wenn sich die Stimme rechnerisch nicht auf das Ergebnis ausgewirkt hätte, hätte der Gesellschafter durch Stellungnahme die Chance gehabt, die übrigen Gesellschafter von seiner Sichtweise zu überzeugen.⁵⁰⁶ Der absichtlichen Nichtladung steht es gleich, wenn dem Gesellschafter der Zutritt versagt wird.⁵⁰⁷

Soweit die Form der Einberufung nicht gewahrt wurde, führt dies wegen der fehlenden Teilnahmeöglichkeit des betroffenen Gesellschafters auch bei der GmbH zur Nichtigkeit des Gesellschafterversammlungsbeschlusses. Die Einberufung erfolgt bei der GmbH gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch eingeschriebenen Brief, soweit sich aus der Satzung nichts anderes ergibt, vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG. Dem eingeschriebenen Brief genügen dabei sowohl das Einwurf- als auch das Übergabe-einschreiben.⁵⁰⁸ Etwas anderes gilt wiederum dann, wenn der Gesellschafter auf andere Weise zuverlässige Informationen erhält.

Um den Besonderheiten des GmbH-Rechts hinreichend Rechnung zu tragen, ist ein Gesellschafterversammlungsbeschluss auch dann als nichtig anzusehen, wenn die Abstimmung nach § 48 Abs. 2 GmbHG schriftlich erfolgt und einem Gesellschafter nicht die Möglichkeit der schriftlichen Stimm-

⁵⁰¹ BGH, Beschl. v. 24.3.2016 - IX ZB 32/15 = NZG 2016, 552 Rn. 25 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.7.2003 - I-6 U 27/03 = NZG 2003, 975 f.; vgl. auch MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 39 ff.

⁵⁰² BGH, Beschl. v. 24.3.2016 - IX ZB 32/15 = NZG 2016, 552 Rn. 27 f.; dazu unter § 8 I. 8. a) bb).

⁵⁰³ Zum einstweiligen Verfahren unter § 8 II.

⁵⁰⁴ BGH, Urt. v. 13.2.2006 - II ZR 200/04 = NJW-RR 2006, 831 Rn. 13.

⁵⁰⁵ BGH, Urt. v. 13.2.2006 - II ZR 200/04 = NJW-RR 2006, 831 Rn. 14.

⁵⁰⁶ Vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 24.6.1999 - 5 U 209/97 = NZG 2000, 318, 319; Ulmer/*Raiser* Anh. § 47 Rn. 35.

⁵⁰⁷ Ebenso MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 42.

⁵⁰⁸ So auch MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 157; a. A. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Römerman* Anh. § 47 Rn. 89, der ein Einschreiben mit Rückschein als zwingend erforderlich erachtet, soweit keine abweichende Satzungsregelung besteht.

abgabe eröffnet wird.⁵⁰⁹

b) § 241 Nr. 2 AktG analog: Beurkundungsmängel

Nach § 241 Nr. 2 AktG ist ein Hauptversammlungsbeschluss nichtig, wenn er unter bestimmten Beurkundungsmängeln leidet. Während § 130 Abs. 1 S. 1 AktG für jeden Hauptversammlungsbeschluss eine Beurkundungspflicht statuiert, sieht das GmbHG keine grundsätzliche Beurkundungspflicht vor. Eine analoge Anwendung des § 241 Nr. 2 AktG kommt nur in Betracht, wenn das GmbHG ausnahmsweise eine Beurkundungspflicht für Gesellschafterversammlungsbeschlüsse vorsieht.

Zwar ist der Zwangseinziehungsbeschluss nicht beurkundungspflichtig. Jedoch ist es denkbar, dass die Gesellschafter in derselben Gesellschafterversammlung eine Kapitalherabsetzung beschließen, die zu einer Satzungsänderung führt und damit nach § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG notariell beurkundet werden muss.⁵¹⁰ Allerdings bezieht sich die Beurkundungspflicht aus § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG nicht auf weitere, in derselben Gesellschafterversammlung gefasste Beschlüsse. Daher unterliegt ein in derselben Versammlung gefasster Zwangseinziehungsbeschluss keiner Beurkundungspflicht.⁵¹¹ Wegen des abschließenden Charakters des § 241 AktG führt die Nichteinhaltung der gesellschaftsvertraglich statuierten notariellen Beurkundungspflicht nicht zur Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses.⁵¹²

c) § 241 Nr. 3 AktG analog: Inhaltliche Mängel

Nach § 241 Nr. 3 AktG ist ein Hauptversammlungsbeschluss nichtig, wenn er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind. Wegen der grundlegenden Strukturunterschiede zwischen der AG und GmbH ist anhand des Einzelfalls zu ermitteln, wann ein Zwangseinziehungsbeschluss mit dem Wesen der GmbH oder mit dem Gläubigerschutz oder öffentlichen Interesse dienenden Vorschriften unvereinbar und damit in analoger Anwendung des § 241 Nr. 3 AktG nichtig ist.

aa) Mit dem Wesen der GmbH unvereinbar

Wann ein Zwangseinziehungsbeschluss mit dem Wesen der GmbH unvereinbar ist, ist als unbe-

⁵⁰⁹ Ebenso Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 94; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 43; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 46.

⁵¹⁰ MüKoGmbHG/J. Vetter § 58 Rn. 61.

⁵¹¹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.10.2003 - 12 U 63/03 = GmbHR 2003, 1482, 1483.

⁵¹² Altmeppen/Altmeppen Anh. § 47 Rn. 12; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 49; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 15; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn 67; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn 48; MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 64 m. w. N.

stimmter Rechtsbegriff durch Auslegung zu ermitteln.⁵¹³ Da sich die Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH regelmäßig aus dem GmbHG oder anderen Spezialgesetzen ableiten lassen wird, stellt § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG im Verhältnis zu § 243 Abs. 1 AktG eine Spezialvorschrift dar.⁵¹⁴ Nach § 243 Abs. 1 AktG führt die Verletzung des Gesetzes grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses. Aus diesem Grund reicht keine einfache Gesetzesverletzung aus, um die Nichtigkeit nach § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG zu begründen.⁵¹⁵ Eine Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH kommt von vorneherein nur in Betracht, wenn gegen zwingende ausdrückliche oder ungeschriebene grundlegende Prinzipien des GmbH-Rechts verstoßen wird.⁵¹⁶ Denn soweit die Vorschriften disponibel sind, erscheinen sie gerade nicht geeignet, das Wesen der GmbH zu prägen. Nach der Rechtsprechung kommt eine Unwirksamkeit nach § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG insbesondere dann in Betracht, wenn gegen tragende Strukturprinzipien der GmbH verstoßen wird.⁵¹⁷

(1) Keine (ausreichende) gesellschaftsvertragliche Grundlage

Die zwangsweise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils ist mit dem Wesen der GmbH unvereinbar, soweit diese nicht auf einer (ausreichenden) gesellschaftsvertraglichen Grundlage beruht.⁵¹⁸ Denn nach § 34 Abs. 1 und 2 GmbHG findet eine Zwangseinziehung nur statt, wenn deren grundsätzliche Zulässigkeit und spezielle Voraussetzungen im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren, bevor der betroffene Gesellschafter den Anteil erworben hat.⁵¹⁹ Bei einer nachträglichen Statuierung ist die Zwangseinziehungsklausel nur wirksam, wenn alle betroffenen Gesellschafter zugestimmt haben.⁵²⁰

§ 34 Abs. 1 und 2 GmbHG weisen bzgl. der Statuierung der Zwangseinziehungsvoraussetzungen zwingenden Charakter auf und dienen dem Schutz des betroffenen Gesellschafters.⁵²¹ Die GmbH zeichnet sich als personalistisch strukturierte Gesellschaftsform durch ihre Gesellschafter aus, die darauf vertrauen können müssen, ihre Mitgliedschaft nicht aus einem Grund zu verlieren, den sie zuvor nicht kannten. Wenn der Anteil aber aus einem Grund zwangsweise eingezogen wird, der nicht in der Satzung statuiert ist, ist gerade dieses Vertrauen verletzt. Dieses Vorgehen ist nicht mit

⁵¹³ MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 67.

⁵¹⁴ Huber, FS Coing, S. 167, 189.

⁵¹⁵ Vgl. Huber, FS Coing, 1982, S. 175 ff.

⁵¹⁶ Grundlegend Huber FS Coing, 1982, S. 184 ff., insbes. S. 186.

⁵¹⁷ BGH Urt. v. 26.2.1996 - II ZR 77/95, BGHZ 132, 84, 93 f. = NJW 1996, 1756, 1758; ähnlich OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.4.2013 - 2 (7) Ss 89/12 = NZG 2013, 818, 819.

⁵¹⁸ BGH Urt. v. 1.4.1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 173 = NJW 1953, 780, 783; Urt. v. 20.9.1999 - II ZR 345/97 = NJW 1999, 3779; Altmeyden/Altmeyden § 34 Rn. 75; Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 15; Gehrlein/Born/Simon/Sandhaus § 34 Rn. 10; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 12; Scholz/Westermann § 34 Rn. 48; K. Schmidt, GesR § 35 III 1b; vgl. auch Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 134, der die herrschende Meinung über die Nichtigkeit des Beschlusses überzeugend dogmatisiert; a. A. (nur anfechtbar) Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 47.

⁵¹⁹ Dazu unter § 4 III.

⁵²⁰ Dazu ausführlich unter § 4 III. 1.

⁵²¹ Dazu unter § 4 III 1. b) bb).

dem Wesen der GmbH vereinbar. Dabei ist unerheblich, ob der Gesellschaftsvertrag gar keine Zwangseinziehung vorsieht oder diese nur aus einem anderen Grund zulässt. Entsprechendes gilt, wenn der Geschäftsanteil eines Gesellschafters eingezogen wird, der mit der nachträglichen Statuierung einer Zwangseinziehungsklausel nicht einverstanden war.

Die Rechtslage ist anders zu beurteilen, wenn der Anteil aus einem statutarisch vorgesehenen Grund eingezogen wird, der tatsächlich nicht vorliegt.⁵²² In diesem Fall lässt sich keine Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH feststellen: Wenn die Gesellschafter nach § 34 Abs. 2 GmbHG eine Zwangseinziehungsmöglichkeit geschaffen haben, müssen sie auch damit rechnen, dass ihr Anteil aus diesem Grund eingezogen wird und können ihr Verhalten dementsprechend ausrichten. Ob der statutarische Zwangseinziehungsgrund tatsächlich vorliegt, ist im gerichtlichen Anfechtungsverfahren zu überprüfen.⁵²³

(2) Wechselseitige Einziehung bei zweigliedriger GmbH

Problematisch erscheint die wechselseitige Einziehung der Geschäftsanteile bei einer zweigliedrigen GmbH. Ließe man eine wechselseitige Einziehung bei einer zweigliedrigen GmbH zu, führe dies nach Ansicht des Landgerichts Heidelberg⁵²⁴ zu willkürlichen Ergebnissen. Bei zeitlicher Nachfolge der beiden Einziehungsbeschlüsse habe nur der erste Beschluss Erfolg. Denn infolge der Einziehungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter entfalte die Einziehung materielle Wirksamkeit, wenn der Zwangseinziehungsbeschluss nicht nichtig ist.⁵²⁵ Der zweite Zwangseinziehungsbeschluss sei mangels materieller Gesellschafterstellung unwirksam. Erfolge die Beschlussfassung hingegen gleichzeitig, würde die GmbH gleichzeitig alle ihre Gesellschafter verlieren, was nach § 1 GmbHG unzulässig sei.

Zwar kann der dogmatischen Sichtweise des Landgerichts Heidelberg nicht vollumfänglich beigetreten werden. Vielmehr könnte auch bei zeitlicher Nachfolge der Beschlüsse ein zweiter Zwangseinziehungsbeschluss unabhängig von der materiellen Rechtslage solange gefasst werden wie die formale Gesellschafterstellung des Gesellschafters besteht, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Denn alleine diese ist für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte maßgebend.⁵²⁶ Jedoch münden beide Abstimmungsvarianten in einer Gesellschafterlosigkeit der zweigliedrigen GmbH, die nach § 1 GmbHG unzulässig ist. Daher sind in beiden Abstimmungsvarianten die entsprechenden Einziehungsbeschlüsse aufgrund der Unvereinbarkeit mit dem Wesen der GmbH analog § 241 Nr. 3 AktG

⁵²² In diesem Fall ist der Zwangseinziehungsbeschluss lediglich anfechtbar; dazu unter § 8 I. 8. b) aa).

⁵²³ Dazu unter § 8 I. 8. b) aa).

⁵²⁴ Hierzu und zum Folgenden LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 33.

⁵²⁵ Zur Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH unter § 4 I. 2. b).

⁵²⁶ Zur Wirkung der Listeneintragung unter § 5 IV.

nichtig.⁵²⁷ Stattdessen ist auf das Instrument der Auflösungsklage zurückzugreifen.⁵²⁸ Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn bei der gleichzeitigen Abstimmung ein Zwangseinziehungsbeschluss bzw. bei der zeitlich nachgelagerten Abstimmung der erste Zwangseinziehungsbeschluss materiell unwirksam ist. In diesem Fall droht keine Gesellschafterlosigkeit.

Hingegen führt die wechselseitige Einziehung bei der mehrgliedrigen GmbH nicht zur Nichtigkeit der Zwangseinziehungsbeschlüsse analog § 241 Nr. 3 AktG. Denn unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge der Beschlussfassung droht keine Gesellschafterlosigkeit.

(3) Verstoß gegen das Konvergenzgebot, § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG

Liegen die Voraussetzungen der Zwangseinziehung vor, geht der betroffene Geschäftsanteil unter während die Höhe des Stammkapitals unverändert bleibt.⁵²⁹ Zwar verändern sich die Beteiligungsquoten entsprechend der vor Einziehung geltenden Beteiligungsverhältnisse automatisch.⁵³⁰ Jedoch fallen gesellschaftsvertraglich die Höhe des Stammkapitals und die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile auseinander, soweit nicht gleichzeitig eine Angleichung vorgenommen wird (z. B. durch nominelle Aufstockung der Nennwerte oder Bildung eines neuen Geschäftsanteils).⁵³¹ Der Nennbetrag eines Geschäftsanteils bezeichnet den im Gesellschaftsvertrag in Geld festgesetzten Betrag der von jedem Gesellschafter zu leistenden Einlage.⁵³² Er muss von dem Begriff des Geschäftsanteils unterschieden werden, der die Gesamtheit aller aus der Beteiligung resultierenden Rechte und Pflichten beschreibt.

§ 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG bestimmt seit 2008 in Umsetzung des MoMiG, dass die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen muss (sog. Konvergenzgebot). Wird nicht zeitgleich mit der Zwangseinziehung eine Angleichung der Nennbeträge an das Stammkapital beschlossen, könnte dies zur Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses analog § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG führen. Dafür müsste § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG zunächst auf den Fall der Einziehung anwendbar sein, um auf einer zweiten Stufe überprüfen zu können, ob ein Verstoß gegen das Konvergenzgebot zur Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses führt.

⁵²⁷ Unter Verweis auf den vergleichbaren Fall des nicht in der Satzung vorgesehenen Zwangseinziehungsgrundes LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 34.

⁵²⁸ Dies andeutend schon OLG München, Urt. v. 8.10.1993 - 23 U 3365/93 = GmbHR 1994, 251, 252; darauf beziehend LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 32.

⁵²⁹ Dazu unter § 4 VI. 1. a).

⁵³⁰ Dazu unter § 4 VI. 2. a).

⁵³¹ Eine automatische Aufstockung ist mangels gesetzlicher Anhaltspunkte und wegen der drohenden Unvereinbarkeit mit § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG abzulehnen; vgl. *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 108.

⁵³² Dazu und zum Folgenden MüKoGmbHG/*Schwandtner* § 5 Rn. 39.

(a) Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG eröffnet

Festzuhalten bleibt zunächst, dass sich Literatur und Rechtsprechung vor Umsetzung des MoMiG weitgehend einig waren, § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F. sei im Rahmen der Einziehung aufgrund systematischer Erwägungen unanwendbar und ein Verstoß gegen das Konvergenzgebot ein bloßer Schönheitsfehler des Einziehungsbeschlusses, der nicht zu dessen Unwirksamkeit führe.⁵³³

Neuen Schwung in die Diskussion brachte der Gesetzgeber mit seiner Begründung zum MoMiG im Jahr 2008, in der es hieß:

*„Vielmehr muss die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Dies bezieht sich nicht nur auf das Gründungsstadium, sondern auch auf den weiteren Verlauf der Gesellschaft. Bei der Einziehung des Geschäftsanteils eines anderen Gesellschafters gemäß § 34 bleibt daher das Stammkapital gleich, obwohl sich die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile aufgrund der Einziehung des einen Geschäftsanteils verringert. Ein solches **Auseinanderfallen** der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und des Nennbetrags des Stammkapitals ist künftig im Gegensatz zum geltenden Recht **unzulässig**.“*⁵³⁴

Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG scheint die Einhaltung des Konvergenzgebots nicht auf einen spezifischen Fall beschränkt zu sein. Vielmehr indiziert der offene Wortlaut des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG dessen allgemeine Geltung. Jedoch ist der Auslegung des Wortlauts nur die Stellung eines Ausgangspunktes und gleichzeitig einer Grenze für die weitere Auslegung zuzubilligen.⁵³⁵ Wenn *Fritz* anführt, dem Wortlaut der neuen Fassung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG sei im Vergleich zur alten Fassung des § 5 Abs. 3 S. 3 GmbHG a. F. ein „belastbares Indiz für einen vergrößerten Anwendungsbereich“⁵³⁶ zu entnehmen, ist dem zuzustimmen.⁵³⁷ Denn in § 5 Abs. 3 S. 3 GmbHG-a. F. hieß es noch: „Der **Gesamtbetrag der Stammeinlagen** muß mit dem Stammkapital übereinstimmen.“. Die Stammeinlage beschreibt die vom jeweiligen Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistende Einlage.⁵³⁸ Der Gesamtbetrag der Stammeinlagen bleibt durch die Einziehung eines Geschäftsanteils unberührt. Dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter steht lediglich

⁵³³ BayObLG Beschl. v. 25.10.1991 - 3 Z 125/91 = NJW-RR 1992, 736, 737; Scholz/Westermann § 34 Rn. 62; K. Schmidt, GesR § 35 III 2b; Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 360 ff.; Müller, DB 1999, 2045, 2046; Wolff, GmbHR 1999, 958, 959 f.; Tschernig, GmbHR 1999, 691, 695; Bacher/v. Blumenthal, NZG 2008, 406, 408; eine andere Sichtweise nahm eine automatische Anpassung der Nennbeträge an: Priester, FS Kellermann, S. 337, 349 ff.; Lutter, FS Meilicke, S. 481, 484 ff.; Baumann, MittRhNotK 1991, 271, 274; Bokelmann, EWiR 1992, 165, 166.

⁵³⁴ BT-Drs. 16/6140, S. 31.

⁵³⁵ Larenz, Methodenlehre, S. 322, 343.

⁵³⁶ Fritz, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 110.

⁵³⁷ So wohl auch: Rodwedder/Schmidt-Leithoff/Görner § 34 Rn. 26; Scholz/Veil § 5 Rn. 26; Wanner-Laufer, NJW 2010, 1499, 1501; Römermann, DB 2010, 209.

⁵³⁸ Vgl. BT-Drs. 16/6140, 28.

ein Abfindungsanspruch zu.⁵³⁹ Hingegen müssen infolge der wirksamen Einziehung die Nennbeträge an das Stammkapital angeglichen werden. Somit spricht eine historische Analyse des Wortlauts von § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG für eine Geltung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG bei der Einziehung eines Geschäftsanteils.

In systematischer Hinsicht bleibt zunächst festzuhalten, dass sich in § 34 GmbHG kein Verweis auf § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG findet. Der Gesetzgeber könnte einen Verweis als überflüssig erachtet haben, wenn er § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG allgemeine Geltung zugemessen hätte. Zwar ordnet der Gesetzgeber in § 55 Abs. 4 GmbHG und § 58a Abs. 3 S. 1 GmbHG ausdrücklich die Geltung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG an.⁵⁴⁰ Jedoch ist zu beachten, dass der Gesetzgeber sowohl § 55 Abs. 4 GmbHG als auch § 58a Abs. 3 S. 1 GmbHG nicht im Zuge des MoMiG neu eingeführt hat. Laut der Gesetzesbegründung handelte es sich bei den Änderungen des § 55 Abs. 4 GmbHG und § 58a Abs. 3 GmbHG lediglich Folgeänderungen zu § 5 GmbHG,⁵⁴¹ sodass diesen Verweisen keine materielle Bedeutung zugemessen werden kann.

Gegen die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG im Rahmen der Zwangseinziehung könnte dessen systematische Stellung im Abschnitt über die Errichtung der Gesellschaft (§§ 1-12 GmbHG) anzuführen sein. Allerdings ist zu beachten, dass sich in den §§ 1-12 GmbHG weitere Vorschriften befinden, die auch über die Gründungsphase hinaus zu beachten sind.⁵⁴² Beispielsweise müssen die Nennbeträge auch bei einer späteren Teilung eines Geschäftsanteils auf volle Euro lauten (§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG).⁵⁴³ Auch die Vorschriften über die Firma der GmbH (§ 4 GmbHG)⁵⁴⁴ und über den Geschäftsführer (§ 6 GmbHG)⁵⁴⁵ müssen über die Gründung hinaus eingehalten werden. Folglich indiziert auch die systematische Auslegung eine allgemeine Geltung des Konvergenzverbots über die Gründungsphase hinaus.

In historischer Hinsicht ist die ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung zu beachten, nach der das Konvergenzverbot auch über das Gründungsstadium hinaus im weiteren Verlauf der Gesellschaft Beachtung finden soll. Der gesetzgeberischen Begründung muss bei der Auslegung von Gesetzestexten eine zentrale Bedeutung beigemessen werden. Gesetzestexte sind kurz und abstrakt verfasst, um eine Übersichtlichkeit der Gesetze zu wahren und das Gesetz auf vielgestaltige Lebenssachverhalte anwenden zu können. Die Begründung des Gesetzgebers ist dabei dessen einzige Möglichkeit, Details und insbesondere Unklarheiten für den Rechtsanwender

⁵³⁹ Siehe § 4 VI. 1. b).

⁵⁴⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 25 m. Anm. *Wanne-Laufer*; MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 65a.

⁵⁴¹ BT-Drs. 16/6140, 46 f.

⁵⁴² *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 111.

⁵⁴³ *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 46 Rn. 17.

⁵⁴⁴ *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt/Mock* § 4 Rn. 62.

⁵⁴⁵ *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 6 Rn. 17.

zu verdeutlichen.

Zwar gilt es an dieser Stelle zu beachten, dass die zitierte Passage der Gesetzesbegründung lediglich einem Entwurf der Bundesregierung entstammt, auf dessen Grundlage der Bundestag Beschluss fassen sollte.⁵⁴⁶ Dass die Vorstellungen der Bundesregierung nicht vollends vom Bundestag akzeptiert wurden, kann man nicht zuletzt an dem Änderungsvorschlag der Bundesregierung erkennen, in § 5 Abs. 1 GmbHG das gesetzliche Mindeststammkapital auf 10.000 € herabzusetzen,⁵⁴⁷ der vom Bundestag offensichtlich nicht angenommen wurde. Jedoch kann diesem Einwand nicht stattgegeben werden, soweit sich der Wille des Gesetzgebers, § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG allgemeine Geltung zuzumessen, im GmbHG niedergeschlagen hat. Bei der historischen Auslegung ist die Andeutungstheorie des Bundesverfassungsgerichts zu beachten. Danach muss sich der gesetzgeberische Wille unmittelbar aus dem Inhalt des Gesetzes oder - bei Gesetzesänderungen - aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen unveränderten und veränderten Normen objektiv erschließen lassen.⁵⁴⁸ Im Zuge des MoMiG wurde § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG in seinem Wortlaut dahingehend verändert, dass der „*Gesamtbetrag der Stammeinlagen*“ durch die „*Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile*“ ersetzt wurde. Schon aus dieser Wortlautänderung lässt sich im Vergleich der beiden Fassungen ein Indiz für einen erweiterten Anwendungsbereich entnehmen.⁵⁴⁹ Somit spricht auch eine historische Auslegung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG.

In teleologischer Hinsicht sollte das Konvergenzgebot zu mehr Transparenz in den Gesellschaftsverhältnissen führen.⁵⁵⁰ Diesem Transparenzbegehren könnte schon die Aufwertung der Gesellschafterliste zum zentralen Rechtsscheinsträger im Zuge des MoMiG (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG) hinreichend Rechnung tragen.⁵⁵¹ Insbesondere die verbleibenden Gesellschafter haben ein Interesse daran, die Gesellschafterliste so schnell wie möglich zu aktualisieren. Dennoch kann die bloße Schaffung eines weiteren Instituts zur Gewährleistung der Beteiligungstransparenz nicht dazu führen, dass ein anderes nicht mehr gewahrt werden muss. Diese Argumentation würde in einem Zirkelschluss münden. Auch wenn sich die wesentlichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter aus der Höhe der Beteiligungsquote ergeben, die sich automatisch erhöht,⁵⁵² kann dies zu keiner anderen Sichtweise führen: Die intendierte Transparenz der Gesellschaftsverhältnisse wird auf diese

⁵⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 3.

⁵⁴⁷ Vgl. BGBI. I 2008, S. 2026.

⁵⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 17.5.1960 - 2 BvL 11/59 u. 11/60, BVerfGE 11, 126, 130 = NJW 1960, 1563, 1564.

⁵⁴⁹ A. A. *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 72.

⁵⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 16/6140, 31; ausführlich zum Telos des § 5 Abs. 3 S. 2 in und über die Gründungsphase hinaus: *Fritz*, die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 117 ff.

⁵⁵¹ Dazu unter § 5 I. 2.

⁵⁵² Hierunter fallen u.a. die Gewinnbezugsrechte (§ 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG), Stimmrechte (§ 47 Abs. 2 GmbHG), Minderheitenrechte (§§ 50, 61 Abs. 2 GmbHG), Nachschusspflichten (§ 26 Abs. 2 GmbHG), Haftung (§§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG) und Verteilung des Liquidationserlöses (§ 72 S. 1 GmbHG), vgl. auch MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 64.

Weise nicht erreicht. Diese Einwände können allenfalls in der Rechtsfolge des Verstoßes berücksichtigt werden. Somit spricht auch eine teleologische Auslegung für die Anwendung des Konvergenzgebots über die Gründungsphase hinaus.

(b) Rechtsfolge des Verstoßes

Welche Rechtsfolge ein Einziehungsbeschluss mit sich bringt, der nicht zugleich eine Angleichung der Summe der Nennbeträge mit dem Stammkapital vorsieht, gilt es zu untersuchen. Seit Inkrafttreten des MoMiG im Jahr 2008, wird vermehrt angenommen ein gegen das Konvergenzgebot verstoßender Einziehungsbeschluss sei anfechtbar oder gar nichtig.⁵⁵³

Festgehalten werden kann zunächst, dass weder der Wortlaut des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG noch die Begründung des Gesetzgebers zum MoMiG Anhaltspunkte zur Bestimmung der Rechtsfolge eines gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG verstoßenden Zwangseinziehungsbeschlusses enthalten.⁵⁵⁴ In systematischer Hinsicht gilt es zu beachten, dass sowohl § 55 Abs. 4 GmbHG als auch § 58a Abs. 3 S. 1 GmbHG im Gegensatz zu § 34 GmbHG auf § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG verweisen, was ebenfalls gegen die Nichtigkeitsfolge eines gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG verstoßenden Zwangseinziehungsbeschlusses anzuführen ist.⁵⁵⁵

Auch in teleologischer Hinsicht erscheint die Nichtigkeitsfolge analog § 241 Nr. 3 Var. 2 GmbHG nicht geboten. Da die Höhe des Stammkapitals unberührt bleibt und sich die notwendige Beteiligungstransparenz aus der Gesellschafterliste ergibt, sind die Interessen der Gläubiger hinreichend geschützt.⁵⁵⁶ Da die Angleichung der Nennbeträge an das Stammkapital lediglich der Beteiligungstransparenz dienen soll, vermag sie auch kein grundlegendes Prinzip des GmbH-Rechts analog § 241 Nr. 3 Var. 1 GmbHG darzustellen. Eine Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses erscheint auch nicht zum Schutz der Minderheitsgesellschafter erforderlich. Denn deren wesentlichen Rechte und Pflichten ergeben sich aus der Höhe der Beteiligungsquote, die sich mit dem Untergang des eingezogenen Geschäftsanteils automatisch erhöht.⁵⁵⁷

Die Nichtigkeit eines Einziehungsbeschlusses analog § 241 Nr. 3 Var. 1 oder 2 AktG, der nicht zugleich eine Angleichung der Nennbeträge an das Stammkapital vorsieht, ist abzulehnen.⁵⁵⁸ Viel-

⁵⁵³ Für Nichtigkeit: LG Essen, Urt. v. 9.6.2010 - 42 O 100/09 = NZG 2010, 867, 868 f.; LG Neubrandenburg, Urt. v. 31.3.2011 - 10 O 62/09 = ZIP 2011, 1214; OLG München, Beschl. v. 21.9.2011 - 7 U 2413/11 = BeckRS 2015, 7344; BeckOK GmbHG/Ziemons § 5 Rn. 96a; Meyer, NZG 2009, 1201, 1202; Heckschen, NZG 2010, 521, 524; Römermann, DB 2010, 209 f.; Haberstroh, NZG 2010, 1094 ff.; für Anfechtbarkeit: Clevinghaus, RNotZ 2011, 449, 460 f.; Giedinghagen, EWiR 2010, 711; eine ausführliche Aufarbeitung des Meinungsstandes bei Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 64 ff.

⁵⁵⁴ BGH, Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 23 f. m. Anm. Wanne-Laufer.

⁵⁵⁵ BGH, Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 25 m. Anm. Wanne-Laufer.

⁵⁵⁶ BGH, Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 26 m. Anm. Wanne-Laufer.

⁵⁵⁷ BGH, Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 27 m. Anm. Wanne-Laufer.

⁵⁵⁸ Ebenso BGH Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 22 ff. m. Anm. Wanne-

mehr ist es den Gesellschaftern in ihrer unternehmerischen Freiheit unter Beachtung der Grenzen des GmbHG überlassen, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Nennbeträge dem Stammkapital anzugleichen. Selbst der Gesetzgeber sah in der Begründung schon verschiedene Möglichkeiten vor, um die Differenz zwischen den Nennbeträgen und dem Stammkapital zu beseitigen: Kapitalherabsetzung, Aufstockung der Nennbeträge oder Bildung eines neuen Geschäftsanteils.⁵⁵⁹ Es kann aus Sicht der verbleibenden Gesellschafter auch sinnvoll erscheinen, einen Anfechtungsprozess oder Rechtsstreit über die Höhe der Abfindung abzuwarten, bevor eine Anpassung vorgenommen wird.⁵⁶⁰ Ob ein entsprechender Zwangseinziehungsbeschluss analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar ist, gilt es an anderer Stelle zu untersuchen.⁵⁶¹

(4) Unzuständiges Organ

Wenn die Einziehungskompetenz auf ein Organ bzw. eine natürliche oder juristische Person übertragen wurde, dem die Einziehungskompetenz rechtlich nicht übertragen werden kann, ist der gefasste Zwangseinziehungsbeschluss nicht nach § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG nichtig. Denn die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Einziehung stellt aufgrund ihrer aus § 45 Abs. 2 GmbHG folgenden Disponibilität kein tragendes Strukturprinzip einer GmbH dar.⁵⁶² Zudem finden die §§ 241 ff. AktG nur analoge Anwendung auf Gesellschafterversammlungsbeschlüsse, der im genannten Fall gerade nicht gegeben ist. Der betroffene Gesellschafter muss gegen die Zwangseinziehung im Rahmen einer negativen Feststellungsklage i. S. d. § 256 Abs. 1 ZPO vorgehen.

bb) Verletzung dem Gläubigerschutz dienender Vorschriften

Ein Einziehungsbeschluss ist nach § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG analog nichtig, wenn er durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutze der Gläubiger dienen.

(1) Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG

Mit dem Untergang des Geschäftsanteils erlöschen gleichzeitig die aus dem Geschäftsanteil folgen-

Lauffer, der zugleich davon ausgeht, dass der Einziehungsbeschluss auch nicht anfechtbar ist. Siehe dem anschließend *Altmeyden/Altmeyden* § 34 Rn. 96; *Baumbach/Hueck/Kersting* § 34 Rn. 17a; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* § 34 Rn. 7; *MüKoGmbHG/Strohn* § 34 Rn. 65a; *Scholz/Westermann* § 34 Rn. 63; *Ulmer/Ulmer/Habersack* § 34 Rn. 65a; im Grundsatz auch *BeckOK GmbHG/Schindler* § 34 Rn. 66; vgl. auch *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 67 ff. mit entsprechenden Nachweisen, die auch schon vor dem Urteil des BGH im Jahr 2014 von der Rechtmäßigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses ausgingen; für Nichtigkeitsfolge LG Essen, Urt. v. 9.6.2010 - 42 O 100/09 = NZG 2010, 867, 868 f.

⁵⁵⁹ BT-Drs. 16/6140, 31.

⁵⁶⁰ Vgl. BGH Urt. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 28 m. Anm. *Wanne-Lauffer*.

⁵⁶¹ Dazu unter § 8 I. 8. b) dd).

⁵⁶² Dazu unter § 4 IV. 1. a).

den Rechte und Pflichten.⁵⁶³ Soweit die Einlagepflicht aus § 14 S. 1 GmbHG mit dem Untergang des Geschäftsanteils erlischt, könnte der Einziehungsbeschluss seinem Inhalt nach gegen die Vorschrift des § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG verstoßen und nach § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG analog nichtig sein.

Zunächst gilt es festzuhalten, dass § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG eine zumindest überwiegend dem Gläubigerschutz dienende Vorschrift i. S. d. § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG darstellt. Denn für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern nach § 13 Abs. 2 GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen. Als teilweise Risikokompensation dient den Gläubigern das Stammkapital der GmbH, welches nach § 5 Abs. 1 GmbHG mindestens 25.000 € betragen muss und dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung unterliegt.⁵⁶⁴ Damit den Gläubigern dieses Stammkapital auch tatsächlich zur Verfügung steht, muss dieses real durch die Gesellschafter aufgebracht werden. Die Einlageschuld darf ihnen nach § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG nicht erlassen werden.

Ob ein gegen § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG verstoßender Zwangseinziehungsbeschluss gegen dem Gläubigerschutz dienende Vorschriften i. S. d. § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG verstößt, gilt es zu untersuchen. Zwar enthält § 34 GmbHG keinen Verweis auf § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG, jedoch hielt der historische Gesetzgeber ausweislich seiner Begründung einen solchen Verweis wegen der nach § 19 Abs. 2 GmbHG unzulässigen, damit einhergehenden Befreiung von der Einlagepflicht für entbehrlich.⁵⁶⁵

Allerdings muss der jeweilige Beschluss nach dem Wortlaut des § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG seinem Inhalt nach gegen die dem Gläubigerschutz dienende Vorschrift verstoßen. Die Einlagepflicht des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters erlischt erst mit dem Zeitpunkt, in dem ihm die Einziehung erklärt und damit wirksam wird. Zwar geht dieser Zeitpunkt oft mit der Beschlussfassung einher,⁵⁶⁶ jedoch geht die Einlagepflicht unter, ohne dass der Beschluss Angaben hierzu enthält. Der Einziehungsbeschluss an sich weist damit keinen gegen § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG verstoßenden Inhalt auf. Allerdings kann es keinen Unterschied machen, ob schon der Zwangseinziehungsbeschluss an sich oder erst dessen mit Erklärung an den betroffenen Gesellschafter *ipso jure* eintretende Rechtsfolge gegen dem Gläubigerschutz dienende Vorschriften verstößt. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund als die Gläubiger keinen Einfluss auf den Eintritt der Rechtsfolge haben.

Allerdings muss bei der Frage, ob das Bestehen einer Einlagepflicht aus § 14 S. 1 GmbHG zur Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses führt, danach unterschieden werden, ob die Einlagepflicht bei Beschlussfassung fällig war oder nicht. Die gesetzliche Mindesteinlage nach § 7 Abs.

⁵⁶³ Siehe § 4 VI. 1. a).

⁵⁶⁴ Hierzu Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 13 Rn. 40.

⁵⁶⁵ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg. 5. Bd., S. 3747.

⁵⁶⁶ Dazu unter § 4 IV. 2. b).

2 GmbHG muss von den Geschäftsführern sofort und ohne vorherigen Gesellschafterbeschluss gefordert werden.⁵⁶⁷ Über darüberhinausgehende gesellschaftsvertraglich oder durch Beschluss festgelegte Resteinlagen können andere Vereinbarungen getroffen werden.⁵⁶⁸

(a) Einlagepflicht fällig

Fällige Pflichten erlöschen aufgrund ihrer Verselbstständigung nicht mit dem Untergang des Anteils.⁵⁶⁹ Die Ansprüche der GmbH gegen den säumigen Gesellschafter bestehen weiter und können mithilfe staatlicher Instrumente durchgesetzt werden. Eine Notwendigkeit der Nichtigkeitsfolge nach § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG erscheint unter Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht geboten.

Auch wenn durch die Zwangseinziehung der Anteil untergeht und damit das Druckmittel des Kaduzierungsverfahrens nach den §§ 21 ff. GmbHG erlischt,⁵⁷⁰ ist keine andere Sichtweise geboten. Das Kaduzierungsverfahren ermöglicht es den anderen Gesellschaftern, die Einlage unter Androhung des Ausschlusses einzutreiben, vgl. § 21 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Bei diesem Verfahren steht der Verbleib des säumigen Gesellschafter grundsätzlich im Interesse der übrigen Gesellschafter. Anders ist die Interessenlage bei der Zwangseinziehung, der im Regelfall ein Zerwürfnis der Gesellschafter vorgelagert ist und oftmals ein schnelles Ausscheiden erfordert, um Schäden von der Gesellschaft abzuwenden. Der Gesellschafter, dessen Anteil eingezogen werden soll, hätte es in der Hand durch einen jahrelangen Rechtsstreit über die Erbringung seiner Einlagepflicht die Zwangseinziehung seines Anteils zu verzögern und auf diese Weise der GmbH zu schädigen. Ein entsprechender Schwebezustand läge nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Zudem stellt sich die Gefahr, dass ein Gesellschafter seine Einlage nicht erbringt und mithilfe des Staates zwangsvollstreckt werden muss, vielmehr als ein allgemeines Risiko der Kapitalaufbringung dar.⁵⁷¹ Um dennoch den Interessen der Gläubiger hinreichend Rechnung zu tragen, erscheint bei Nichteinbringbarkeit der fälligen Einlage durch den ehemaligen Gesellschafter eine anteilige Haftung der übrigen Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft analog § 24 GmbHG geboten.⁵⁷²

(b) Einlagepflicht nicht fällig

Hingegen ist eine andere Sichtweise geboten, wenn die Einlagepflicht noch gar nicht fällig gewor-

⁵⁶⁷ RG, Urt. v. 18.10.1932 - II 91/32, RGZ 138, 106, 111; Ulmer/*Ulmer/Casper* § 19 Rn. 13.

⁵⁶⁸ BGH, Urt. v. 15.4.1991 - II ZR 209/90 = NJW-RR 1991, 926, 928; OLG Dresden, Urt. v. 17.7.1996 - 12 U 202/96 = GmbHR 1997, 947.

⁵⁶⁹ BGH, Urt. v. 14.9.1998 - II ZR 172/97, BGHZ 139, 299, 302 f. = NJW 1998, 3646, 3647; Ulmer/*Ulmer/Habersack* § 34 Rn. 57; Scholz/*Westermann* § 34 Rn. 65.

⁵⁷⁰ Und damit auch die potentielle Inanspruchnahme der Rechtsvorgänger nach § 22, die Verwertungsmöglichkeit nach § 23 und die anteilige Ausfallhaftung der verbleibenden Gesellschafter nach § 24. Aus diesem Grund für die Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses: *Niemeier*, Rechtstatsachen und Rechtsfragen, S. 291.

⁵⁷¹ So auch *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 136 f.

⁵⁷² Eine direkte Anwendung scheidet mangels erfolglosen Kaduzierungsverfahrens aus; ebenso für eine analoge Anwendung des § 24 GmbHG *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 137.

den ist. In diesem Fall wird der säumige Gesellschafter durch den mit der Einziehung verbundenen Untergang aller Pflichten von seiner Einlagepflicht entgegen § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG befreit. In teleologischer Hinsicht ist zunächst zu berücksichtigen, dass eine Durchsetzung der Einlagepflicht durch die GmbH nach der zwangsweisen Einziehung mithilfe staatlicher Instrumente mangels fälligen Anspruchs gegen den ehemaligen Gesellschafter ausscheidet. Gleiches gilt für eine anteilige Ausfallhaftung der verbleibenden Gesellschafter im Innenverhältnis nach dem Rechtsgedanken des § 24 GmbHG.⁵⁷³

Vielmehr sind die verbleibenden Gesellschafter gehalten, zunächst ein Kaduzierungsverfahren nach den §§ 21 ff. GmbHG durchzuführen. Nach Abschluss des Kaduzierungsverfahrens ist es der GmbH möglich, die Zwangseinziehung zu betreiben. Der Geltendmachung der Einlagepflicht im Kaduzierungsverfahren kann aufgrund ihrer Verpflichtung hierzu nicht der Wille der übrigen Gesellschafter entnommen werden, ein Interesse am Verbleib des säumigen Gesellschafters in der GmbH zu haben. Um ein schutzwürdiges Vertrauen des betroffenen Gesellschafters am Bestand seiner Mitgliedschaft auszuschließen, sollten die übrigen Gesellschafter auf ihr zukünftiges Zwangseinziehungsvorhaben hinweisen. Andernfalls könnte mit Abschluss des Kaduzierungsverfahrens die Zwangseinziehung mangels Grundes ausgeschlossen sein.⁵⁷⁴ Zwar steht es dem betroffenen Gesellschafter offen, einen jahrelangen Rechtsstreit über seine Einlagepflicht zur Verhinderung der Zwangseinziehung zu missbrauchen und auf diese Weise der GmbH zu schädigen. Zudem kann das Kaduzierungsverfahren erst betrieben werden, sobald die Einlagepflicht fällig geworden ist. Jedoch handelt es sich bei der gesellschaftsvertraglichen Fälligkeitsregelung entgegen des gesetzlichen Leitbilds um eine privatautonom getroffene Vereinbarung, deren nachteilige Rechtsfolgen die Gesellschafter grundsätzlich akzeptieren müssen.

Wenn die Einlagepflicht im Zeitpunkt der Zwangseinziehung noch nicht fällig ist, ist der Zwangseinziehungsbeschluss nach § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG analog nichtig. Dieser Gefahr können die Gesellschafter nur vorbeugen, indem sie für die Fälligkeit der Einlagepflichten im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss keine vom Gesetz abweichenden Vereinbarungen treffen.

(2) Grundsatz der Kapitalerhaltung, §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG

Infolge der wirksamen Einziehung erwirbt der Inhaber des eingezogenen Anteils *ipso jure* einen Anspruch auf Abfindungszahlung.⁵⁷⁵ Die Abfindung darf nach §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen gezahlt werden. Mithin

⁵⁷³ So *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 137 für den Fall der fälligen Einlagepflicht.

⁵⁷⁴ Zu den zeitlichen Schranken unter § 4 IV. 1. b) bb).

⁵⁷⁵ Siehe § 4 VI. 1. b).

ist die Zahlung der Abfindung nur zulässig, wenn sie nach den Buchwerten der Aktiva zur stichtagsbezogenen Handelsbilanz zu beurteilendem, ungebundenem Reinvermögen erfolgen kann.⁵⁷⁶ Zudem stellt § 30 Abs. 1 GmbHG eine dem Gläubigerschutz dienende Vorschrift dar. Denn die Gläubiger einer GmbH sind nach § 13 Abs. 2 GmbHG auf das Vermögen der GmbH beschränkt, deren Stammkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG bei mindestens 25.000 € liegen muss. Auf diese Weise wird das grundsätzlich durch die beschränkte Haftung auf die Gläubiger verlagerte Zahlungsrisiko zumindest teilweise auf die Gesellschafter verlagert, um deren Sensibilität im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen zu wahren.⁵⁷⁷

Bis 2012 war man sich weitgehend einig, dass die Wirksamkeit der Einziehung unter der aufschiebenden Bedingung der Abfindungszahlung aus ungebundenem Vermögen nach § 158 Abs. 1 BGB steht. Im Jahr 2012 hat der BGH die Bedingungstheorie aufgegeben.⁵⁷⁸ Seitdem vertreten der BGH und Teile der Literatur eine Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses analog § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG, wenn schon bei Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann (anfängliche Unterdeckung).⁵⁷⁹ Stille Reserven seien außer Acht zu lassen.⁵⁸⁰ Hingegen soll die nachträgliche Unterdeckung keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Beschlusses mehr haben.⁵⁸¹ Dass die Nichtigkeitsfolge analog § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG weder im Fall der anfänglichen noch der nachträglichen Unterdeckung von sich überzeugen vermag, soll dargelegt werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass es in der Rechtsfolge keinen Unterschied machen kann, ob der Beschluss an sich oder dessen mittelbare, *ipso jure* eintretende Folge einen Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG mit sich bringt.

Ein Blick auf die Ausführungen des historischen Gesetzgebers in seiner Gesetzesbegründung zu § 34 GmbHG streitet auf den ersten Blick für die Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses bei anfänglicher Unterdeckung:

„Voraussetzung der Einziehung ist in allen Fällen, daß das Stammkapital dadurch nicht beeinträchtigt wird. Es genügt in dieser Beziehung, den Vorbehalt zu machen, daß die Bestimmung des §.

⁵⁷⁶ Ganz h. M.: BGH, Urt. v. 11.12.1989 - II ZR 78/89 = NJW 1990, 1109; Urt. v. 29.9.2008 - II ZR 234/07 = NZG 2008, 908 Rn. 11; Urt. v. 5.4.2011 - II ZR 263/08 = NZG 2011, 783 Rn. 17; Urt. v. 26.6.2018 - II ZR 65/16 = NJW-RR 2018, 1054 Rn. 15; Altmeppen/Altmeppen § 30 Rn. 10; MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 80.

⁵⁷⁷ Hierzu Baumbach/Hueck/Fastrich § 13 Rn. 40.

⁵⁷⁸ Dazu unter § 4 I. 2. a).

⁵⁷⁹ BGH, Urt. v. 24.1.2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = NZG 2012, 259 Rn. 7; zuletzt BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 38; bereits zuvor: BGH, Urt. v. 26.6.2018 - II ZR 65/16 = NJW-RR 2018, 1054 Rn. 13; Teilurt. v. 5.4.2011 - II ZR 263/08 = ZIP 2011, 1104 Rn. 13; Beschl. v. 8.12.2008 - II ZR 263/07 = ZIP 2009, 314 Rn. 7; Urt. v. 19.6.2000 - II ZR 73/99, BGHZ 144, 365, 369 f. = NZG 2000, 1027, 1028; BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 49; Henssler/Strohn/Fleischer § 34 GmbHG Rn. 13; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 31, 73; Scholz/Westermann § 34 Rn. 55.

⁵⁸⁰ BGH, Urt. v. 26.6.2018 - II ZR 65/16 = NJW-RR 2018, 1054 Rn. 14 ff.

⁵⁸¹ Hierzu ausführlich Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 41 ff.

30 über die Unzulässigkeit einer Auszahlung des Stammkapitals an die Gesellschafter unberührt bleibt. Hieraus ergibt sich von selbst, daß, wenn verfügbare Mittel außer dem zur Deckung dieses Kapitals erforderlichen Vermögen nicht vorhanden sind, eine Einziehung von Geschäftsanteilen nicht anders, als nach vorgängiger Herabsetzung des Stammkapitals (§. 59) **stattfinden kann**. Ohne Beobachtung der für die letztere maßgebenden Vorschriften ist eine Einziehung nur zulässig, wenn die erforderlichen Aufwendungen aus dem Jahresgewinn oder aus sonst verfügbaren Fonds bestritten werden können. In diesem Falle bleibt der Betrag des Stammkapitals unverändert und ist in den Passiven der Bilanz in der alten Höhe weiterzuführen.“⁵⁸²

Zwar indizieren die Formulierungen „Voraussetzung der Einziehung“ und „stattfinden kann“, dass der historische Gesetzgeber die Einhaltung des § 30 Abs. 1 GmbHG als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einziehung ansah. Jedoch kann der Gesetzesbegründung nur ein geringer Aussagewert beigemessen werden: Obwohl eine Unterscheidung zwischen anfänglicher und nachträglicher Unterdeckung in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden hat, ist man sich über die Wirksamkeit eines nachträglich gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßenden Zwangseinziehungsbeschlusses weitgehend einig.

In teleologischer Hinsicht gilt es zu beachten, dass die Nichtigkeitsfolge analog § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG nur gerechtfertigt erscheint, wenn sie zum Schutz der Gläubiger erforderlich ist. Zunächst kann nicht eingewendet werden, dass der Gesellschafter zum Zeitpunkt der Abfindungszahlung bei Einziehung aller Geschäftsanteile gar nicht mehr Gesellschafter der GmbH ist und damit nicht in den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 GmbHG fällt.⁵⁸³ Auch wenn sämtliche Geschäftsanteile eingezogen werden, gebietet der gläubigerschützende Zweck des § 30 Abs. 1 GmbHG auch ehemalige Gesellschafter von dem Verbot zu erfassen, wenn die Auszahlung ihren Ursprung in der früheren Gesellschafterstellung hat.⁵⁸⁴ Dies gilt umso mehr als der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 GmbHG in § 34 Abs. 3 GmbHG konkret angeordnet hat.⁵⁸⁵

Allerdings kommt es für die Beurteilung der Unzulässigkeit einer Auszahlung nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG schon nach dem Wortlaut auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung an.⁵⁸⁶ Erst zu diesem Zeitpunkt tritt eine Gefährdung der Gläubigerinteressen durch Schmälerung des Gesell-

⁵⁸² Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Leg. 5. Bd., S. 3747.

⁵⁸³ Kesselmeier, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung in der GmbH-Satzung, S. 211.

⁵⁸⁴ Scholz/Verse § 30 Rn. 34.

⁵⁸⁵ MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 76a.

⁵⁸⁶ So auch die h. M.: RG, Urt. v. 23.10.1931 - II 67/31, RGZ 133, 393; Urt. v. 22.4.1932 - II 349/31, RGZ 136, 260; Urt. v. 24.11.1933 - II 113/33, RGZ 142, 286; BGH, Urt. v. 1.12.1986 - II ZR 306/85 = NJW 1987, 1194, 1195; Urt. v. 22.9.2003 - II ZR 229/02 = NJW 2003, 3629, 3631; Altmeyen/Altmeyen § 30 Rn. 17; Baumbach/Hueck/Fastrich § 30 Rn. 22; MüKoGmbHG/Ekkenga § 30 Rn. 88; Scholz/Verse § 30 Rn. 53; Ulmer/Habersack § 30 Rn. 44.

schaftsvermögens ein.⁵⁸⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht gerechtfertigt, schon den Zwangseinziehungsbeschluss nach § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG analog für nichtig zu erklären. Denn die GmbH kann die Abfindungszahlung infolge der wirksamen Einziehung verweigern, wenn sie dadurch gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen würde. Die Abfindungszahlung ist erst zulässig, wenn die Unterbilanz beseitigt wurde bzw. die Auszahlung nicht mehr in einer Unterbilanz mündet.⁵⁸⁸

Ohne Auswirkungen ist insoweit auch, zu welchem Zeitpunkt die Unterdeckung eintritt, d.h., ob die Unterdeckung schon im Zeitpunkt der Beschlussfassung bestand oder erst im Nachhinein eintritt.⁵⁸⁹ Auch wenn die Unterdeckung schon im Zeitpunkt der Beschlussfassung bestand, steht es der GmbH offen, den Anteil zwangsweise einzuziehen und auf einer zweiten Ebene die Abfindungszahlung zu verweigern. Denn seit Aufgabe der Bedingungstheorie ist die Zahlung der Abfindung gerade keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Einziehung mehr. Eine andere Sichtweise ist selbst dann nicht geboten, wenn der Einziehungsbeschluss ausnahmsweise Angaben zu den Modalitäten der Abfindung enthält – selbst dann kann und muss die GmbH auf einer zweiten Stufe die Abfindungszahlung verweigern.⁵⁹⁰

Dieses Vorgehen wird regelmäßig auch den Gläubigerinteressen im Falle der Zwangseinziehung entsprechen. Denn auch die Gläubiger haben ein Interesse daran, dass der Gesellschafter schnell ausscheidet, um weitere Schäden von der GmbH abzuwenden, die durch Unstimmigkeiten unter den Gesellschaftern entstehen.⁵⁹¹ Zudem könnte der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter, dem mehr als 25 % der Anteile zustehen, eine Kapitalherabsetzung im eigenen Interesse verweigern und so die Zwangseinziehung mangels freien Vermögens blockieren, vgl. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Darüber hinaus werden die Gläubigerinteressen durch die Anwendung des § 31 GmbHG, insbesondere durch die subsidiäre Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG, ausreichend gewahrt. Zwar verweist § 34 Abs. 3 GmbHG nur auf den § 30 Abs. 1 GmbHG. Allerdings stellt § 31 GmbHG die Rechtsfolgen einer gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßenden Auszahlung dar, sodass es keines Verweises in § 34 Abs. 3 GmbHG bedurfte.

⁵⁸⁷ Ebenso Ulmer/*Habersack* § 30 Rn. 44.

⁵⁸⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 15.2.1996 - IX ZR 245/94 = NJW 1996, 1341, 1342 („darf nicht zahlen“).

⁵⁸⁹ Ebenso Lutter/*Hommelhoff/Kleindiek* § 34 Rn. 87; *Bayer*, FS Marsch-Barner, S. 35, 37; *Fritz*, Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 92 ff; *Markowsky*, Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 209 ff.; *Altmeppen*, ZIP 2012, 1685, 1691; *Blath*, GmbHR 2012, 657, 662; *Priester*, ZIP 2012, 658, 659 f; *Schockenhoff*, NZG 2012, 449, 452; *Schneider/Hoger*, NJW 2013, 502, 504; *S. Schneider*, ZIP 2016, 2141, 2146 f.; *Wachter*, GmbHR 2018, 963, 965 f.; ablehnend *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner* § 34 Rn 24; *J. Schmidt*, GmbHR 2013, 953, 961 f.; *MüKoGmbHG/Strohn* § 34 Rn 31; unklar *Baumbach/Hueck/Kersting* § 34 Rn. 40a.

⁵⁹⁰ Anders schon BGH, Urt. v. 1.4.1953 - II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 173 f. = NJW 1953, 780, 783; *MüKoGmbHG/Ekkenga* § 30 Rn. 281; *Scholz/K. Schmidt* § 45 Rn. 74.

⁵⁹¹ Aus diesem und dem nachfolgenden Grund könnte i. R. d. freiwilligen Einziehung nach § 34 Abs. 1 GmbHG eine andere Sichtweise geboten sein.

Der Schutz der ausscheidenden Gesellschafter vor treupflichtswidrigem Verhalten der übrigen Gesellschafter wird seit 2012 durch die vom BGH anerkannte Ausfallhaftung gewährleistet. In der Folge besteht auch unter diesem Gesichtspunkt kein Bedürfnis nach einer Nichtigkeitsfolge analog § 241 Nr. 3 Var. 1 AktG.⁵⁹²

(3) Insolvenzverursachende Abfindungszahlung, § 15b Abs. 5 S. 1 InsO⁵⁹³

Der Zwangseinziehungsbeschluss ist nicht analog § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG nichtig, wenn die infolge der Zwangseinziehung geleistete Abfindungszahlung insolvenzverursachend wirkt. Zwar bestehen an dem gläubigerschützenden Charakter des § 15b Abs. 5 S. 1 InsO keine Zweifel.⁵⁹⁴ Zudem wird man § 15b Abs. 5 S. 1 InsO ein Auszahlungsverbot entnehmen müssen, um den Gläubigerschutz effektiv zu gestalten.⁵⁹⁵ Bei der Frage, ob der Beschluss seinem Inhalt nach gegen § 15b Abs. 5 S. 1 InsO verstößt, muss unterschieden werden, zu welchem Zeitpunkt die Abfindungsforderung fällig geworden ist.

(a) Abfindungszahlung sofort fällig

Nur wenn die Abfindungszahlung mit Wirksamwerden der Zwangseinziehung nach dem gesetzlichen Regelfall des § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig wird, kommt ein inhaltlicher Verstoß des Beschlusses gegen § 15b Abs. 5 S. 1 InsO in Betracht. Dafür müsste schon bei Beschlussfassung feststehen, dass die Zahlung der Abfindung zur Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO der Gesellschaft führen wird (anfängliche Zahlungsunfähigkeit). Von der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 S. 1 InsO ist regelmäßig auszugehen, wenn eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke von mind. 10 % besteht und nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst (fast) vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.⁵⁹⁶

Insoweit kann es wiederum keinen Unterschied machen, ob der Beschluss an sich oder dessen mittelbar, *ipso jure* eintretende Folge des Abfindungsanspruchs die Gläubigergefährdung mit sich bringt. Problematisch erscheint vielmehr, dass § 15b Abs. 5 S. 1 InsO seinem Wortlaut nach auf „Zahlungen“ abstellt und damit nahelegt, dass nur die tatsächliche Auszahlung der Abfindung vom

⁵⁹² Zur subsidiären Ausfallhaftung unter § 4 I. 2. b).

⁵⁹³ Vorgängernorm bis 31.12.2020 § 64 S. 3 GmbHG a. F.

⁵⁹⁴ Zur Vorgängernorm des § 64 S. 3 GmbHG: BeckOK GmbHG/Mätzig § 64 Rn. 4.

⁵⁹⁵ Für ein Auszahlungsverbot: BGH, Urt. v. 9. 10. 2012 - II ZR 298/11, BGHZ 195, 42, 48 = NZG 2012, 1379, 1381; zur Vorgängernorm des § 64 S. 3 GmbHG MüKoGmbHG/H.-F. Müller § 64 Rn. 177.

⁵⁹⁶ BGH, Urt. v. 24.5.2005 - IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 139 ff. = NJW 2005, 3062; Urt. v. 12.10.2006 - IX ZR 228/03 = ZIP 2006, 2222 Rn. 27; Urt. v. 21.6.2007 - IX ZR 231/04 = NJW-RR 2007, 1419 Rn. 37; Beschl. v. 19.7.2007 - IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286 = NZI 2007, 579 Rn. 31; Urt. v. 27.3.2012 - II ZR 171/10 = NZG 2012, 672 Rn. 10.

Verbot des § 15b Abs. 5 S. 1 InsO erfasst sein kann. Soweit der Gläubigerschutz es erfordert, kann es jedoch keinen Unterschied machen, ob erst die tatsächliche Auszahlung oder schon der Beschluss, der mittelbar das Entstehen der zur Zahlungsunfähigkeit führenden Forderung bewirkt, mit § 15b Abs. 5 S. 1 InsO unvereinbar ist.

Der Schutz der Gläubiger erfordert die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses nur, soweit der Schutz nicht schon auf andere Weise gewährleistet wird. Der Schutz wird ausreichend gewährleistet, wenn die GmbH die Auszahlung der Abfindung trotz Wirksamkeit der Zwangseinziehung zu einem späteren Zeitpunkt auf Grundlage des § 15b Abs. 5 S. 1 InsO verweigern kann.⁵⁹⁷ Zur Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob schon die fällige Forderung in die Bilanz zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit einzustellen ist oder ob sich erst die tatsächliche Auszahlung bilanziell auswirkt. Denn wenn schon die fällige Forderung bilanzielle Auswirkungen hat, kann schon diese zur Zahlungsunfähigkeit führen, sodass die Auszahlung der Abfindung für sich genommen keine zahlungsunfähigkeitsverursachende Wirkung i. S. d. § 15b Abs. 5 S. 1 InsO hätte. Wie sich schon unmittelbar aus § 17 Abs. 2 S. 1 InsO ergibt sind fällige Zahlungspflichten für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen. Mithin ist die fällige Forderung in die Bilanz mit einzustellen und kann zur Zahlungsunfähigkeit führen.⁵⁹⁸

Folglich hat die Auszahlung der Abfindung zwar keine insolvenzverursachende Wirkung, sodass der Geschäftsführer die Auszahlung nicht nach § 15b Abs. 5 S. 1 InsO verweigern kann. Jedoch kann der Geschäftsführer die Auszahlung schon nach § 15b Abs. 1 S. 1 InsO verweigern. Da die Zahlungsunfähigkeit schon mit Fälligkeit des Abfindungsanspruchs eingetreten ist, hat die Abfindungszahlung nur noch insolvenzvertiefende Wirkung. Verstärkt wird der Schutz der Gläubiger durch die Erstattungspflicht der Geschäftsführer nach § 15b Abs. 4 S. 1 InsO sowie der persönlichen Haftung des Geschäftsführers und ggf. der Gesellschafter für Verletzung der Insolvenzantragspflicht nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1, Abs. 3 InsO.⁵⁹⁹

(b) Abfindungszahlung später fällig

Wenn die Gesellschafter eine vom gesetzlichen Regelfall (§ 271 Abs. 1 BGB) abweichende Vereinbarung über die Fälligkeit der Abfindung getroffen haben, kommt eine Nichtigkeit des Beschlusses nach § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG analog von vorneherein nicht in Betracht. Denn die Einziehung steht seit Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH im Jahr 2012 gerade nicht mehr unter der auf-

⁵⁹⁷ Zum Parallelproblem i. R. d. § 30 Abs. 1 GmbHG unter § 8 I. 7. c) bb) (2).

⁵⁹⁸ Es sind auch Fälle denkbar, in denen erst die Auszahlung zur Zahlungsunfähigkeit führt, vgl. BGH, Urt. v. 9.10.2012 - II ZR 298/11, BGHZ 195, 42 = NZG 2012, 1379 Rn. 14 ff.

⁵⁹⁹ Zu letzterem ausführlich: MüKoGmbHG/H.-F. Müller § 64 Rn. 199 ff.

schiebenden Bedingung der Abfindungszahlung aus freiem Vermögen.⁶⁰⁰ Auch unter Gläubigerschutzgesichtspunkten ist keine andere Sichtweise geboten: Die GmbH kann und muss die Zahlung der fälligen Abfindungsforderung auch zu einem späteren Zeitpunkt nach § 15b Abs. 1 S. 1 InsO verweigern.

d) § 241 Nr. 4 AktG analog: Verstoß gegen die guten Sitten

Eine Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses analog § 241 Nr. 4 AktG wird nur selten in Betracht kommen, da der Beschlussinhalt gegen die guten Sitten verstoßen müsste. Auch wenn die zur Zwangseinziehung führenden vorgelagerten Geschehnisse, Beweggründe oder Ziele der Zwangseinziehung für sich genommen gegen die guten Sitten verstoßen, werden sich diese regelmäßig nicht im Inhalt des Zwangseinziehungsbeschlusses widerspiegeln. Der Inhalt des Beschlusses ist allerdings ausnahmsweise als sittenwidrig einzustufen, wenn dieser zugleich einen faktischen Abfindungsausschluss beinhaltet und anzunehmen ist, dass der Geschäftsanteil ohne die Abfindungsregelung nicht eingezogen worden wäre.⁶⁰¹ Für den Fall, dass lediglich vorgelagerte Geschehnisse, Beweggründe und Ziele gegen die guten Sitten verstoßen, ist der Beschluss wegen Verletzung der Treuepflicht lediglich anfechtbar.⁶⁰²

e) Heilung der Nichtigkeit, § 242 AktG analog

Da der Zwangseinziehungsbeschluss keiner gesetzlichen Beurkundungspflicht unterliegt, scheidet eine Heilung analog § 242 Abs. 1 AktG von vorneherein aus. Auch eine statutarische Beurkundungspflicht vermag hieran wegen des abschließenden Charakters der §§ 241 ff. AktG nichts zu ändern.

Allenfalls ist eine Heilung der Nichtigkeit analog § 242 Abs. 2 AktG in Betracht zu ziehen. Zwar bedarf die Einziehung keiner Eintragung im Handelsregister, sodass § 242 Abs. 2 S. 1 AktG seinem Wortlaut nach auf die GmbH wegen ihrer rechtsformspezifischen Besonderheiten nicht analog anwendbar zu sein scheint.⁶⁰³ Jedoch könnte man stattdessen auf den Zeitpunkt der Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste im Handelsregister durch das Registergericht nach § 40 GmbHG abstellen. Nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG muss der Geschäftsführer bzw. nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG der mitwirkende Notar unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschaft oder im Umfang ihrer Beteiligung eine aktualisierte Liste beim Registergericht einzu-

⁶⁰⁰ Siehe § 4 I. 2. a)

⁶⁰¹ So OLG Stuttgart, Urte. v. 27.4.2011 - 14 U 30/10 = BeckRS 2013, 18646.

⁶⁰² Dazu unter § 8 I. 8. b) bb); in diesem Sinne auch: BGH, Urte. v. 28.1.1953 - II ZR 265/51, BGHZ 8, 348, 355 = NJW 1953, 740, 741; Urte. v. 1.6.1987 - II ZR 128/86, 101, 113, 116 = NJW 1987, 2514; Altmeyen/*Altmeyen* Anh. § 47 Rn. 17; *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 137.

⁶⁰³ Aus diesem Grund ablehnend: MüKoGmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 85; *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 137 f.

reichen.⁶⁰⁴ Zwar tritt bei Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses gerade keine Veränderung i. S. d. § 40 GmbHG ein. Jedoch ist die Einreichung einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste nicht ausgeschlossen.⁶⁰⁵

Durch das MoMiG wurde nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG die Gesellschafterliste zum „zentralen Rechtsscheinsträger“⁶⁰⁶ aufgewertet, um die Transparenz und damit auch Rechtssicherheit über die Beteiligungsverhältnisse zu gewährleisten.⁶⁰⁷ Diesem Anliegen würde es widersprechen, wenn die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses auch nach langer Zeit noch geltend gemacht werden kann. Eine vergleichbare Lage hat der Gesetzgeber in § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG bedacht, indem er den gutgläubigen Erwerb eines GmbH-Anteils ausschloss, wenn die Gesellschafterliste weniger als drei Jahre unrichtig ist und dem Gesellschafter die Unrichtigkeit nicht zuzurechnen ist. Nach dem Ablauf der drei Jahre erachtete der Gesetzgeber den Gesellschafter nicht mehr als schutzwürdig.⁶⁰⁸ Wenn ein Gesellschafter seinen Anteil durch einen gutgläubigen Dritten verlieren kann, muss dies erst recht infolge der Zuordnung einer Gesellschafterliste möglich sein, die auf einem nichtigen Zwangseinziehungsbeschluss beruht. Denn um einen Anteil zwangsweise einzuziehen, bedarf es der Erklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter. Wenn er innerhalb von drei Jahren nach Erklärungszugang nicht gegen den Zwangseinziehungsbeschluss vorgeht, erscheint er nicht mehr schutzwürdig. Nach dem Ablauf von drei Jahren ist der nichtige Zwangseinziehungsbeschluss analog § 242 Abs. 2 S. 1 AktG geheilt.⁶⁰⁹ § 242 Abs. 2 S. 2 AktG ist insoweit analog auf eine Klage anzuwenden, die gegen den Gesellschafterversammlungsbeschluss erhoben wurde.

In analoger Anwendung des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG wird der Gesellschafterversammlungsbeschluss, der an dem Ladungsfehler leidet, geheilt, wenn der nicht geladene Gesellschafter den Beschluss genehmigt.⁶¹⁰

8. Anfechtungsgründe

Wenn der Gesellschafterversammlungsbeschluss nichtig ist, scheidet eine Anfechtung des Beschlusses mangels Vorliegen eines wirksamen Beschlusses aus.⁶¹¹ Ob der Beschluss nichtig ist, hat das Gericht wegen des einheitlichen Streitgegenstandes von Amts wegen zuvor überprüft.⁶¹² Falls

⁶⁰⁴ Siehe hierzu und zum Folgenden ausführlich unter § 6 I.

⁶⁰⁵ Zu den Pflichten im Einreichungs- und Zuordnungsverfahren siehe § 6 und § 7.

⁶⁰⁶ *Otto*, GmbHR 2016, 419.

⁶⁰⁷ BT-Drs. 16/6140, S. 26; dazu unter § 5 II.

⁶⁰⁸ BT-Drs. 16/6140, S. 39.

⁶⁰⁹ Zur analogen Anwendbarkeit des § 242 Abs. 2 S. 1 AktG auf im Handelsregister eingetragene Gesellschafterversammlungsbeschlüsse vgl. *MüKoGmbHG/Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 143 ff.

⁶¹⁰ OLG Naumburg, Urt. v. 30.7.1998 - 2 U 305/97 = NZG 1998, 992; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 Rn. 77; *MüKoGmbHG/Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 141.

⁶¹¹ Vgl. *MüKoGmbHG/Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 153, der dies jedoch nicht mit dem Nichtvorliegen eines Gesellschafterversammlungsbeschlusses begründet.

⁶¹² Zum einheitlichen Streitgegenstand unter § 8 I. 1.

ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, wird das Gericht die Nichtigkeit feststellen und der Klage des Gesellschafters stattgeben. Greift kein Nichtigkeitsgrund ein, prüft das Gericht bei einem entsprechenden Vorbringen von Tatsachen durch den Kläger das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes analog § 243 AktG.

In analoger Anwendung des § 243 Abs. 1 AktG ist ein Zwangseinziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung anfechtbar, wenn dieser das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verletzt. Unter den Begriff des Gesetzes fällt dabei jedes materielle Gesetz.⁶¹³

Es kann nicht Ziel dieser Bearbeitung sein, jegliche Anfechtungsgründe vollumfänglich zu untersuchen. Insbesondere wegen der weitgehenden Satzungsautonomie im GmbH-Recht sind vielfältige Anfechtungsgründe denkbar, die jeweils anhand des Einzelfalls beurteilt werden müssen. Vielmehr sollen typischerweise im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung auftretende Fallkonstellationen näher beleuchtet werden. Dazu werden zunächst (a)) mögliche formale Mängel des Zwangseinziehungsbeschlusses untersucht, um in einem zweiten Schritt (b)) auf materielle Mängel des Zwangseinziehungsbeschlusses einzugehen. Im Ausnahmefall kann auch der hinter der Stimmrechtsausübung stehende Zweck zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen (c)).

Hat die Anfechtungsklage Erfolg, erklärt das Gericht den angefochtenen Zwangseinziehungsbeschluss analog § 248 Abs. 1 S. 1 AktG für *ex tunc* nichtig.⁶¹⁴ Damit wirkt das Urteil gestaltend. Wie jedes Gestaltungsurteil hat es *inter omnes* Wirkung, d.h. es wirkt über § 248 Abs. 1 S. 1 AktG hinaus für und gegen jedermann.⁶¹⁵ Der Zwangseinziehungsbeschluss ist somit zunächst wirksam und wird infolge der obsiegenden Anfechtungsklage rückwirkend für nichtig erklärt.⁶¹⁶

a) Formale Mängel

Bei formalen Mängeln kann an verschiedene Zeitpunkte angeknüpft werden. Zum einen können formale Fehler schon im Vorfeld der Versammlung auftreten, zum anderen sind weitere formale Fehler im Laufe der Gesellschafterversammlung denkbar. Nach der Relevanztheorie ist ein auf einem formalen Fehler beruhender Zwangseinziehungsbeschluss nur anfechtbar, wenn die verletzte Norm die Teilnahme des Gesellschafters an der Willensbildung sichern soll.⁶¹⁷ Hingegen kommt es nicht auf die tatsächliche bzw. potentielle Kausalität an.

⁶¹³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 84; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 43; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 299 f.; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 124.

⁶¹⁴ BGH, Urt. v. 12.07.1993 - II ZR 65/92 = BB 1993, 1681; OLG Brandenburg, Urt. v. 15.10.1997 - 7 U 56/95 = GmbHR 1998, 193, 196.

⁶¹⁵ BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 249.

⁶¹⁶ MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 2; anders Noack, DB 2014, 1851, 1852, der zwischen materieller und prozeduraler Wirksamkeit entscheidet.

⁶¹⁷ BGH, Urt. v. 12.11.2001 - II ZR 225/99, BGHZ 149, 158, 164 f. = NJW 2002, 1128; Urt. v. 18.10.2004 - II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 391 f. = NJW 2005, 828, 830.

aa) Im Vorfeld der Versammlung

Wird die Ladungsfrist unter Verstoß gegen § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG nicht eingehalten, führt dies nur dann zur Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses, wenn sie faktisch einer Nichtladung gleichsteht.⁶¹⁸

Auch wenn die Ladungsfrist eingehalten wird, kann der Ort oder die Zeit der angesetzten Gesellschafterversammlung für einen Gesellschafter unzumutbar sein. In Ermangelung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung findet eine Gesellschafterversammlung in analoger Anwendung des § 121 Abs. 5 AktG grundsätzlich am Sitz der Gesellschaft statt. Von der Soll-Vorschrift des § 121 Abs. 5 AktG darf nur abgewichen werden, wenn dadurch das Teilnahmerecht des Gesellschafters nicht beeinträchtigt wird.⁶¹⁹ Eine Unzumutbarkeit des Ortes wurde beispielsweise für eine in der Wohnung des verfeindeten Gesellschafters oder in den Kanzleiräumen dessen Rechtsanwalts angesetzte Gesellschafterversammlung ausgegangen.⁶²⁰ Die Wahl der Zeit begründet eine Unzumutbarkeit, wenn die Gesellschafterversammlung an einem Sonn- oder Feiertag stattfindet.⁶²¹ In diesen Fällen ist der Gesellschafterversammlungsbeschluss analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar.

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über dieses zu verfügen nach § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Wenn die Zwangseinziehung wegen der Insolvenz eines Gesellschafters erfolgt, muss nach § 51 Abs. 1 S. 1 GmbHG i. V. m. § 80 InsO die Ladung an den Insolvenzverwalter gerichtet werden.⁶²² Trotz Ladung des insolventen Gesellschafters ist eine Anfechtung ausgeschlossen, wenn sie dem Insolvenzverwalter tatsächlich zugegangen ist und er die Möglichkeit zur Teilnahme hatte.⁶²³

Auch die unzureichende Ankündigung des Beschlussgegenstands in der Ladung begründet eine Anfechtbarkeit des gefassten Beschlusses.⁶²⁴ Die Beschlussgegenstände müssen so genau bezeichnet sein, dass sich die Gesellschafter ausreichend vorbereiten können und nicht überrumpelt werden.⁶²⁵ Wenn die Zwangseinziehung nicht oder unzureichend in der Ladung angekündigt wird, kann sich der betroffene Gesellschafter nicht vorbereiten, um die Zwangseinziehung abzuwenden.

Wenn der Gesellschaftsvertrag eine bestimmte Form des eingeschriebenen Briefes nach § 51 Abs. 1

⁶¹⁸ Dazu unter § 8 I. 7. a). Die Nichtigkeit aufgrund des rechtzeitigen Zugangs einer E-Mail mit den relevanten Informationen ablehnend: OLG Stuttgart, Urt. v. 27.6.2018 - 14 U 33/17 = GmbHR 2019, 67, 71 f.

⁶¹⁹ BGH, Beschl. v. 24.3.2016 - IX ZB 32/15 = NZG 2016, 552 Rn. 24.

⁶²⁰ BGH, Beschl. v. 24.3.2016 - IX ZB 32/15 = NZG 2016, 552 Rn. 25.

⁶²¹ LG Darmstadt, Urt. v. 25.11.1980 - 15 O 446/80 = BB 1981, 72 f.; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 269; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 112.

⁶²² A. A. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 51 Rn. 7, die die Ladung des insolventen Gesellschafters weiterhin als ausreichend erachten.

⁶²³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.8.1995 - 6 U 124/94 = GmbHR 1996, 443, 447 f.

⁶²⁴ RG, Urt. v. 3.2.1917 - V 341/16 = RGZ 89, 367, 380 f.; BGH, Urt. v. 4.7.1960 - II ZR 168/58 = WM 1960, 859, 860; Urt. v. 30.11.1961 - II ZR 136/60 = NJW 1962, 393, 394.

⁶²⁵ OLG Jena, Urt. v. 8.1.2014 - 2 U 627/13 = GmbHR 2014, 706, 711.

S. 1 GmbHG oder eine andere Form der Einberufung vorsieht, begründet auch deren Nichteinhaltung in analoger Anwendung des § 243 Abs. 1 AktG die Anfechtbarkeit des gefassten Beschlusses.

Hingegen ist eine Anfechtung nach dem Gedanken des § 51 Abs. 3 GmbHG ausgeschlossen, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend und mit der Durchführung der Versammlung einverstanden sind (Vollversammlung).⁶²⁶ Nur auf diese Weise kann den Besonderheiten des GmbH-Rechts Rechnung getragen werden.

bb) Während der Versammlung

Zunächst ist eine sittenwidrige Beeinflussung der Stimmabgabe in Betracht zu ziehen. Zwar ist ein Gesellschafterversammlungsbeschluss, der seinem Inhalt nach sittenwidrig ist, analog § 241 Nr. 4 AktG nichtig.⁶²⁷ Jedoch führt die sittenwidrige Beeinflussung der Stimmabgabe nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses in analoger Anwendung des § 243 Abs. 1 Var. 1 AktG.⁶²⁸ Von der Anfechtung des Beschlusses ist die Anfechtung der Stimmabgabe als Willenserklärung zu unterscheiden. Die Anfechtung der Stimmabgabe führt nur zur rückwirkenden Nichtigkeit der Stimmabgabe und lässt die Wirksamkeit des Beschlusses unberührt.⁶²⁹ Soweit die ungültige Stimme Einfluss auf das Beschlussergebnis hatte, steht es dem anfechtenden Gesellschafter frei, auch den Beschluss anzufechten.⁶³⁰

Weiterhin kommt in Betracht, dass ein teilnahmeberechtigter Gesellschafter oder Dritter (z. B. Berater oder Vertreter) von der Gesellschafterversammlung in unberechtigter Weise ausgeschlossen wird.⁶³¹ Auch eine unzulässige Beschränkung des Rederechts des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters begründet die Anfechtbarkeit des Beschlusses.⁶³² Denkbar erscheint auch, dass das dem Gesellschafter zustehende Informationsrecht des § 51a GmbHG verletzt wurde. Zur Anfechtbarkeit führt letzteres nach dem Gedanken des § 243 Abs. 4 S. 1 AktG⁶³³ nur dann, „*wenn ein objektiv urteilender Aktionär [Gesellschafter] die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte*

⁶²⁶ BGH, Urt. v. 30.3.1987 - II ZR 180/86, BGHZ 100, 264, 269 f. = NJW 1987, 2580, 2581; Beschl. v. 19.1.2009 - II ZR 98/08 = NZG 2009, 385 Rn. 2; Beschl. v. 4.5.2009 - II ZR 169/07 = NZG 2009, 1307 Rn. 9.

⁶²⁷ Siehe § 8 I 7. d).

⁶²⁸ BGH, Urt. v. 28.1.1953 - II ZR 265/51, BGHZ 8, 348, 356 = NJW 1953, 740; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 86, die als Beispiel den sittenwidrigen Machtmissbrauch bei der Stimmabgabe anführen.

⁶²⁹ OLG München, Urt. v. 27.10.1982 - 7 U 4099/81 = WM 1984, 260; Altmeppen/Altmeppen § 47 Rn. 49; MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 160.

⁶³⁰ Altmeppen/Altmeppen § 47 Rn. 49; MüKoGmbHG/Drescher § 47 Rn. 37.

⁶³¹ OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.9.1999 - 15 U 238/97 = NJW-RR 2001, 466, 467; OLG München, Urt. v. 26.1.2011 - 7 U 3764/10 = GmbHR 2011, 590, 592.

⁶³² Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 103; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 114.

⁶³³ Dieser ist auf die GmbH entsprechend anwendbar; vgl. BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 81; MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 168.

angesehen hätte“⁶³⁴ (Relevanztheorie).

Sofern der Gesellschaftsvertrag der GmbH einen Versammlungsleiter vorsieht, sind diverse Fallkonstellationen denkbar, die zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen können.⁶³⁵ Im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung erscheint es möglich, dass der Versammlungsleiter, der auf der Seite der verbleibenden Gesellschafter steht, ein Beschlussergebnis feststellt, welches nicht der Wirklichkeit entspricht. In diesem Fall obliegt es dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter wegen der konstitutiven Wirkung der Beschlussfeststellung für das Beschlussergebnis fristgerecht Anfechtungsklage zu erheben.⁶³⁶

Im Zusammenhang mit der dem ausscheidenden Gesellschafter infolge der wirksamen Zwangseinziehung zustehenden Abfindung ist es denkbar, dass der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter unzureichend oder unvollständig über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit der Abfindung informiert wird. In analoger Anwendung des § 243 Abs. 4 S. 2 AktG kann eine Anfechtungsklage nicht auf diesen Grund gestützt werden, wenn für diesen Fall ein Spruchverfahren einschlägig ist. Zwar ist das SpruchG auf GmbH-rechtliche Sachverhalte nicht anwendbar.⁶³⁷ Jedoch ist die Zahlung einer Abfindung keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Zwangseinziehung.⁶³⁸ Mithin hat die Anfechtung des Beschlusses über die Festsetzung der Höhe der Abfindung keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses.

b) Materielle Mängel

Neben formalen Fehlern kann der Zwangseinziehungsbeschluss unter materiellen Verstößen gegen das Gesetz bzw. den Gesellschaftsvertrag leiden, die in analoger Anwendung des § 243 Abs. 1 AktG dessen Anfechtbarkeit begründen können. Die Relevanztheorie findet bei materiellen Verstößen des Gesellschafterbeschlusses keine Anwendung.

aa) Zwangseinziehungsgrund liegt tatsächlich nicht vor

Ein Zwangseinziehungsbeschluss, der auf einem tatsächlich nicht vorliegenden, aber im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Zwangseinziehungsgrund beruht, verstößt in analoger Anwendung des § 243 Abs. 1 Var. 2 AktG gegen den Gesellschaftsvertrag und ist damit anfechtbar.⁶³⁹

⁶³⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn 127; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 52.

⁶³⁵ Ausführlich: MükoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 161 ff.

⁶³⁶ Zur konstitutiven Wirkung der Beschlussfeststellung vgl. nur BGH, Urt. v. 21.3.1988 - II ZR 308/87, BGHZ 104, 66 = NJW 1988, 1844; BayObLG, Beschl. v. 1.7.1993 - 3 Z BR 96/93 = GmbHR 1993, 741; Altmeppen/Altmeppen § 48 Rn. 18; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 118; Lutter/Hommelhoff/Bayer Anh. § 47 Rn. 38; Scholz/Seibt § 48 Rn. 53; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 28 ff.

⁶³⁷ BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 82.

⁶³⁸ Siehe § 4 I. 2. b).

⁶³⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 26.4.1996 - 11 U 189/95 = GmbHR 1996, 610, 611; OLG Stuttgart, Beschl. v. 13.5.2013 - 14 U 12/13 = GmbHR 2013, 803, 809; Baumbach/Hueck/Fastrich § 34 Rn. 15; BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn.

bb) Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verpflichtet die Gesellschafter, den Interessen der Gesellschaft und denen der Mitgesellschafter hinreichend Rechnung zu tragen.⁶⁴⁰ Auch wenn die Gesellschafter über die Zwangseinziehung grundsätzlich frei – auch im eigennützigen Interesse – entscheiden können, kann sich im Einzelfall aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht etwas anderes ergeben. Zwar können die Gesellschafter auf der einen Seite durch die Treuepflicht dazu verpflichtet sein, für die Zwangseinziehung zu stimmen, wenn nicht überwiegende Gründe dagegen sprechen.⁶⁴¹ Auf der anderen Seite kann sich aus der Treuepflicht auch ergeben, gegen eine Zwangseinziehung stimmen zu müssen. Jedoch unterliegt eine Stimmrechtsbeschränkung hohen Anforderungen: Sie kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erhaltung des Geschaffenen oder Vermeidung von Verlusten erforderlich erscheint und dem Gesellschafter die jeweilige Stimmabgabe zumutbar ist.⁶⁴² Diese Verpflichtung trifft den Minderheitsgesellschafter in gleicher Weise wie den Mehrheitsgesellschafter.⁶⁴³

Treuwidrige Stimmabgaben sind im Zwangseinziehungsverfahren in verschiedensten Fallkonstellationen denkbar. Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung kann schon die treuwidrige Herbeiführung der Voraussetzungen der Zwangseinziehung im Vorfeld der Gesellschafterversammlung sein.⁶⁴⁴ In diesem Fall kann es den Gesellschaftern unter Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nicht offenstehen, für die zwangsweise Einziehung des Geschäftsanteils zu stimmen.

Die Treuwidrigkeit der Stimmabgabe kann sich auch aus der Unverhältnismäßigkeit der mit der Zwangseinziehung verbundenen Rechtsfolgen für die GmbH und/oder den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter ergeben. Zum einen darf kein milderes, aber gleich geeignetes Mittel zur Verfügung stehen und zum anderen darf der von den verbleibenden Gesellschaftern angestrebte Vorteil nicht außer Verhältnis zu den für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter oder die GmbH folgenden Nachteilen stehen.⁶⁴⁵ Unter welchen Umständen die Zwangsein-

69; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek § 34 Rn. 92; MüKoGmbHG/Strohn § 34 Rn. 83; Scholz/Westermann § 34 Rn. 48; Niemeier, ZGR 1990, 314, 332; Lorenz, DStR 1996, 1774, 1777; Goette, DStR 1997, 1336; Schothöfer, GmbHR 2003, 1321, 1322; Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 816. Beruht der Zwangseinziehungsbeschluss hingegen auf einem Zwangseinziehungsgrund, der im Gesellschaftsvertrag gar nicht vorgesehen ist, ist der Beschluss nichtig. Siehe dazu § 8 I 7. c) aa) (1).

⁶⁴⁰ Vgl. nur Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 37; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn 107; Ulmer/Raiser, Anh. § 47 Rn. 132.

⁶⁴¹ Vgl. BGH, Urt. v. 24.2.2003 - II ZR 243/02 = NZG 2003, 530; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.2.2000 - 6 U 77/99 = DB 2000, 1956, 1959; OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.2.2014 - 14 U 40/13 = GmbHR 2015, 431, 434.

⁶⁴² BGH, Urt. v. 12.4.2016 - II ZR 275/14 = NZG 2016, 781 Rn. 16.

⁶⁴³ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 334; a. A. Scholz/K. Schmidt § 45 Rn 107; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 132.

⁶⁴⁴ So Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 47 ohne näher zu konkretisieren, wann die Herbeiführung der Voraussetzungen der Zwangseinziehung als treuwidrig einzustufen ist.

⁶⁴⁵ Baumbach/Hueck/Fastrich § 13 Rn. 26; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Lieder § 13 Rn. 159.

ziehung als *ultima ratio* nicht erforderlich ist, wurde ausführlich untersucht.⁶⁴⁶ Wenn kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Verfügung steht, muss die Zulässigkeit der Zwangseinziehung unter Untersuchung der Angemessenheit beleuchtet werden. Der legitime Zweck der Zwangseinziehung darf zu deren Folgen für die GmbH und den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter nicht außer Verhältnis stehen. Zwar ist die Angemessenheit der Zwangseinziehung abzulehnen, wenn schon bei Beschlussfassung feststeht, dass die Erfüllung der Abfindungsforderung des ausscheidenden Gesellschafters ein Zerschlagen der Gesellschaft erfordert. Jedoch wird es praktisch nicht beweisbar sein, dass schon bei Beschlussfassung feststand, dass die Abfindungszahlung mit einem Zerschlagen der GmbH einhergeht. In jeglicher Fallkonstellation erscheint es denkbar, dass unabhängig von der Rentabilität, ein Kapitalgeber Fremdkapital in die GmbH eingebracht hätte, von dem die Abfindung hätte gezahlt werden können. Hingegen kann der Verlust der Gesellschafterstellung isoliert betrachtet aufgrund der privatautonomen Entscheidung der Gesellschafter, eine Zwangseinziehungsklausel zu statuieren, keine Unangemessenheit begründen. Wenn ein Verbleib des Gesellschafters in der GmbH nicht unzumutbar erscheint, ist die Zwangseinziehung schon mangels Vorliegens eines Zwangseinziehungsgrundes anfechtbar.⁶⁴⁷

Eine unter Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht abgegebene Stimme ist nichtig und darf nicht mitgezählt werden.⁶⁴⁸ Hingegen ist der Gesellschafterversammlungsbeschluss zumindest vorübergehend wirksam. Er ist analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar, wenn die nichtige Stimme mitgezählt wurde.⁶⁴⁹

cc) Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz

Es ist der GmbH nach einem allgemeinen verbandsrechtlichen Prinzip untersagt, ihre Gesellschafter willkürlich ungleich zu behandeln.⁶⁵⁰ Dem Gleichbehandlungsgrundsatz kommt normativer Charakter zu, sodass diese Fallgruppe unter § 243 Abs. 1 AktG analog zu subsumieren ist.⁶⁵¹ Willkür ist abzulehnen, wenn die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist.⁶⁵² Einen Rechtfertigungs-

⁶⁴⁶ Dazu unter § 4 III. 2. b).

⁶⁴⁷ Zum Zwangseinziehungsgrund unter § 4 III. 2. a).

⁶⁴⁸ BGH, Urt. v. 9.11.1987 - II ZR 100/87 = WM 1988, 23, 25; Urt. v. 19.11.1990 - II ZR 88/89 = NJW 1991, 846; Urt. v. 21.7.2008 - II ZR 39/07 = NZG 2008, 783, 785 Rn. 20; Urt. v. 12.4.2016 - II ZR 275/14 = NZG 2016, 781, 782 Rn. 17; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 108; BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 88; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 335; MüKoGmbHG/Drescher § 47 Rn. 260; Scholz/K. Schmidt § 47 Rn. 32.

⁶⁴⁹ RG, Urt. v. 9.1.1931 - II 158/30 = RGZ 131, 141, 145; BGH, Urt. v. 19.11.1990 - II ZR 88/89 = NJW 1991, 846; Urt. v. 12.7.1993 - II ZR 65/92 = NJW-RR 1993, 1253, 1254; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 105; Gehrlein/Born/Simon/Teichmann Anh. § 47 Rn. 44, 52; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 335; Scholz/K. Schmidt § 47 Rn. 32.

⁶⁵⁰ Dieser Grundsatz gilt trotz des Mangels an einer dem § 53a AktG vergleichbaren Vorschrift auch für die GmbH. Vgl. Scholz/K. Schmidt § 45 Rn 105; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn 91.

⁶⁵¹ Ebenso Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn 91; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 129; a. A. MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn 175.

⁶⁵² Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn 91; Scholz/K. Schmidt § 45 Rn. 106.

grund können nur gesellschaftliche Interessen darstellen.⁶⁵³ Es ist der GmbH im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung untersagt, nur einen Geschäftsanteil einzuziehen, wenn der Einziehungsgrund bei mehreren Gesellschaftern eingetreten ist und kein Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung vorliegt.⁶⁵⁴

dd) Verstoß gegen das Konvergenzverbot, § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG

Wie zuvor ausführlich untersucht,⁶⁵⁵ ist im Rahmen der Zwangseinziehung das Konvergenzverbot des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG zu beachten. Die verbleibenden Gesellschafter haben infolge der wirksamen Einziehung die Summe der Nennbeträge statutarisch an das Stammkapital der GmbH anzupassen. Hingegen hat die unterbliebene Anpassung während der Gesellschafterversammlung keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses. Ein Zwangseinziehungsbeschluss ist nicht analog § 241 Nr. 3 AktG nichtig, wenn in derselben Gesellschafterversammlung die Nennbeträge nicht an das Stammkapital angeglichen werden.⁶⁵⁶ Da es den verbleibenden Gesellschaftern infolge der wirksamen Zwangseinziehung offensteht, geeignete Maßnahmen zur Angleichung zu ergreifen, ist auch eine Anfechtbarkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses analog § 243 Abs. 1 AktG abzulehnen.⁶⁵⁷

c) Streben nach Sondervorteilen, § 243 Abs. 2 S. 1 AktG analog

In analoger Anwendung des § 243 Abs. 2 S. 1 AktG ist ein Zwangseinziehungsbeschluss auch dann anfechtbar, wenn ein Gesellschafter mit der Ausübung seines Stimmrechts Sondervorteile für sich oder einen Dritten zum Schaden der Gesellschaft oder anderen Gesellschaftern zu erlangen sucht und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. Dies gilt in analoger Anwendung des § 243 Abs. 2 S. 2 AktG nicht, wenn die anderen Gesellschafter einen angemessenen Ausgleich erhalten.

Ein Sondervorteil liegt vor, wenn einem Gesellschafter ein wirtschaftlicher Wert zufließt, der nicht allen Gesellschaftern zukommt, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden.⁶⁵⁸ Der Sondervorteil muss nicht mit einem Vermögensvorteil verbunden sein, sodass auch der Erwerb oder die Verstärkung einer Machtposition einen Sondervorteil herbeiführen.⁶⁵⁹ Der abstimmende Gesell-

⁶⁵³ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn 91

⁶⁵⁴ BGH, UrT. v. 22.1.1990 - II ZR 21/89 = NJW-RR 1990, 530, 531.

⁶⁵⁵ Ausführlich unter § 8 I. 7. c) aa) (3) (a).

⁶⁵⁶ Siehe § 8 I. 7. c) aa) (3) (b).

⁶⁵⁷ So auch BGH, UrT. v. 2.12.2014 - II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = NJW 2015, 1385 Rn. 22 ff. m. Anm. *Wanne-Laufer*, der den Zwangseinziehungsbeschluss weder als nichtig noch als anfechtbar einstuft; für Anfechtbarkeit *Giedinghagen*, EWiR 2010, 711, 712; *Clevinghaus*, RNotZ 2011, 449, 461.

⁶⁵⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 87; BeckOK GmbHG/Leinekugel Anh. § 47 Rn. 90; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 312 ff.

⁶⁵⁹ Vgl. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 313.

schafter muss mindestens bedingten Vorsatz hinsichtlich der Vorteilerlangung aufweisen.⁶⁶⁰ Denkbar erscheint, dass ein Gesellschafter nur für die zwangsweise Einziehung des GmbH-Geschäftsanteils stimmt, damit er die Geschäfte der GmbH übernehmen kann. Sollte tatsächlich kein Zwangseinziehungsgrund vorliegen, ist der gefasste Beschluss schon analog § 243 Abs. 1 Var. 1 AktG anfechtbar, sodass nicht auf § 243 Abs. 2 AktG zurückgegriffen werden muss.⁶⁶¹ Folglich wird die Relevanz des § 243 Abs. 2 AktG neben § 243 Abs. 1 AktG aufgrund des personalistischen Charakters der GmbH nicht nur im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung als eher gering einzustufen sein.⁶⁶²

9. Keine Rückabwicklung infolge des obsiegenden Urteils

Stellt sich mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die (rückwirkende) Unwirksamkeit der Zwangseinziehung heraus, hat der betroffene Gesellschafter seine materielle Gesellschafterstellung tatsächlich nie verloren. Dennoch wird der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter regelmäßig bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens wegen der internen Zerwürfnisse seine Mitgliedschaftsrechte nicht wahrgenommen haben. Oft wird deren Wahrnehmung schon an der fehlenden formalen Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG scheitern. Seine Rechte wird er nach Abschluss des Verfahrens rückwirkend geltend machen wollen. Insbesondere könnten alle bis zum rechtskräftigen, obsiegenden Urteil gefassten Beschlüsse in analoger Anwendung des § 241 Nr. 1 AktG wegen Nichtladung des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters nach § 51 Abs. 1 S. 1 GmbHG nichtig sein. Zudem wird der betroffene Gesellschafter rückwirkend Gewinnansprüche erheben.

Dieses Ergebnis führt in der Praxis zu Problemen. Denn die Rückabwicklung wird in vielen Fällen schon aus tatsächlichen Gründen gar nicht möglich sein. Zudem widerliefe sie dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Rechtsverkehr. Ob eine Rückabwicklung in der Praxis erfolgen kann und muss, ist kritisch unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu untersuchen. Auf der einen Seite steht das Interesse des betroffenen Gesellschafters, seine durch Art 14 GG geschützten Mitgliedschaftsrechte wahrzunehmen. Auf der anderen Seite steht das Bedürfnis nach Rechtssicherheit seitens der verbleibenden Gesellschafter und des Rechtsverkehrs.

a) Meinungsbild

Um dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu genügen, wird in der Literatur vorgeschlagen, die

⁶⁶⁰ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 88; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann Anh. § 47 Rn. 318 f.

⁶⁶¹ Siehe § 8 I. 8. b) aa).

⁶⁶² Aus diesem Grund gibt es auch eine Ansicht, die eine analoge Anwendung des § 243 Abs. 2 AktG gänzlich ablehnt und sich i. R. d. § 243 Abs. 1 AktG auf allgemeine verbandsrechtliche Grundsätze beruft; vgl. Scholz/K. Schmidt § 45 Rn 109.

Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf den erfolgreich angefochtenen Zwangseinziehungsbeschluss analog anzuwenden: Die vollzogene Zwangseinziehung sei für die Vergangenheit als wirksam anzusehen und dem betroffenen Gesellschafter stehe lediglich ein Anspruch auf Wiederaufnahme in die GmbH zu.⁶⁶³ Einschränkend sollen nach *Schindler* die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft nur auf Mitverwaltungsrechte analog anwendbar sein.⁶⁶⁴ Da der Geschäftsanteil nicht unter gehe, würden lediglich die Mitverwaltungsrechte bis zum rechtskräftig obsiegenden Urteil ruhen. Die Vermögensrechte stünden dem betroffenen Gesellschafter auch für die Vergangenheit zu. Andere lehnen die analoge Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft aus dogmatischen Gründen gänzlich ab.⁶⁶⁵

b) Stellungnahme

Für eine analoge Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft bedürfte es einer vergleichbaren Interessenlage (aa)) sowie einer planwidrigen Regelungslücke (bb)).

aa) Keine vergleichbare Interessenlage

Schon das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage wird man ablehnen müssen.

(1) Keine Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs

Zwar stellen die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft mittlerweile ein allgemeines verbandsrechtliches Institut im Gesellschaftsrecht dar, das auf andere Fallkonstellationen übertragen wird.⁶⁶⁶ Im Kern geht es darum die „soziale Wirklichkeit des Verbandes mit den Maßstäben des Vertragsrechts zu versöhnen“.⁶⁶⁷ Auf Grundlage der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft kann weder im Außenverhältnis geltend gemacht werden, der Verband sei nie entstanden, noch droht im Innenverhältnis eine Rückabwicklung der Verträge nach den §§ 812 ff. BGB.⁶⁶⁸ Jedoch unterscheidet sich der Fall der Rückabwicklung aufgrund eines unwirksamen Zwangseinziehungsbeschlusses von den übrigen Anwendungsfällen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft: Fehler im Innenverhältnis schlagen sich nicht auf das Außenverhältnis durch, vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG. Somit ist

⁶⁶³ Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza § 34 Rn. 87; Ulmer/Ulmer/Habersack § 34 Rn. 46; Grunewald, Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, S. 266; Niemeier, ZGR 1990, 314, 353. A. A. Markowsky, Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, S. 308, der von einer „wiederauflebende[n] Mitgliedschaft“ spricht.

⁶⁶⁴ BeckOK GmbHG/Schindler § 34 Rn. 70.

⁶⁶⁵ BGH, Urt. v. 20.7.2010 - XI ZR 465/07 = ZIP 2010, 1590 Rn. 37, 44; Urt. v. 17.1.2007 - VIII ZR 37/06 = ZIP 2007, 1271 Rn. 19; Urt. v. 13.12.2004 - II ZR 409/02 = ZIP 2005, 253; Urt. v. 27.3.1995 - II ZR 3/94 = ZIP 1995, 1085, 1086; Urt. v. 22.1.1990 - II ZR 25/89 = ZIP 1990, 371, 374; Urt. v. 17.7.2012 - II ZR 217/10 = ZIP 2013, 118 Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 15 Rn. 50; MüKoGmbHG/Reichert/Weller § 15 Rn. 72; Münch. HdB GesR III/Kort § 28 Rn. 15; Scholz/Seibt § 16 Rn. 36; Scholz/Westermann § 34 Rn. 48; Ulmer/Löbke § 16 Rn. 85; Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 184 f.

⁶⁶⁶ Ausführlich K. Schmidt, GesR § 6; MüKoBGB/Ulmer/Schäfer § 705 Rn. 333 ff.

⁶⁶⁷ K. Schmidt, GesR § 6 I. 1. a).

⁶⁶⁸ K. Schmidt, GesR § 6 I. 1. a).

der Rechtsverkehr bei Vorliegen eines unwirksamen Zwangseinziehungsbeschlusses nicht schutzbedürftig.

(2) Anwendungsvoraussetzungen liegen nicht vor

Darüber hinaus liegen die Anwendungsvoraussetzungen nicht vor. Zunächst müsste dem fehlerhaften Vollzug der Gesellschaft, d.h. dem Tätigwerden im Rechtsverkehr ohne den vermeintlich ausgeschlossenen Gesellschafter, ein rechtsgeschäftliches Handeln zugrunde liegen.⁶⁶⁹ Rein faktisches Handeln reicht für die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht aus.⁶⁷⁰ Liegt der vermeintlichen Zwangseinziehung also nicht mal ein fehlerhaft gefasster Einziehungsbeschluss oder eine Einziehungserklärung zugrunde, können die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft keine Anwendung finden.⁶⁷¹

Zudem müsste der Vollzug dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter zurechenbar sein.⁶⁷² Bei der Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft müssen alle Gesellschafter dem rechtlichen Tätigwerden der Gesellschaft zustimmen. Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter wird nicht mit dieser einverstanden sein: Es ist gerade das Wesensmerkmal der Zwangseinziehung, dass diese ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erfolgen kann, vgl. § 34 Abs. 2 GmbHG.

Um diesem dogmatischen Problem zu begegnen, knüpft *Niemeier* an die zeitlich vorgelagerte (konkludente) Zustimmung zur gesellschaftsvertraglichen Zwangseinziehungsklausel an.⁶⁷³ Eine Zurechnung sei nur ausgeschlossen, wenn überhaupt keine Zwangseinziehungsklausel oder die Zwangseinziehung nur aus einem anderen Grund im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sei.⁶⁷⁴ Zu Recht wendet *Wagner* ein, dass diese Sichtweise „*arg konstruiert*“⁶⁷⁵ wirke. Zwischen der Statuierung der Klausel und der tatsächlichen Zwangseinziehung lägen nicht selten Jahrzehnte, sodass den Gesellschaftern die Zwangseinziehungsmöglichkeit oft gar nicht mehr präsent sei. Wenn er zudem einwendet, diese Argumentation greife erst recht nicht bei einem Rechtsnachfolger, da nur sein Rechtsvorgänger der Klausel zugestimmt habe,⁶⁷⁶ kann dem jedoch nicht gefolgt werden. Bei Eintritt in die Gesellschaft stimmt er der Zwangseinziehungsmöglichkeit zumindest konkludent zu.⁶⁷⁷

⁶⁶⁹ BGH, Urt. v. 28.11.1953 - II ZR 188/52, BGHZ 11, 190, 191 = NJW 1954, 231; Erman/*Westermann* § 705 BGB Rn. 79; Soergel/*Hadding/Kießling* § 705 BGB Rn. 72; Staudinger/*Habermeier* (2003) § 705 Rn. 66.

⁶⁷⁰ So aber früher die Lehre von der faktischen Gesellschaft, vgl. dazu *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 232 ff.

⁶⁷¹ Vgl. *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 178.

⁶⁷² Dieses Erfordernis ist nach *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, S. 252 ff. „*unverzichtbar*“.

⁶⁷³ *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 350 f.

⁶⁷⁴ *Niemeier*, ZGR 1990, 314, 351 „*Fehlen jeglicher Ermächtigung*“.

⁶⁷⁵ *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 179.

⁶⁷⁶ *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 179 f.

⁶⁷⁷ Dazu unter § 4 III. 1.

Darüber hinaus muss man beachten, dass der Vollzug zwingend ein tatsächliches Element aufweist. Dieses liegt bei der abstrakten Statuierung einer Zwangseinziehungsmöglichkeit gerade nicht vor. Eine konkludente Zustimmung zum Vollzug der Zwangseinziehung wird man allenfalls dann annehmen können, wenn der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter seine Abfindung geltend macht oder andere Vollzugsmaßnahmen akzeptiert.⁶⁷⁸

(3) Interessenabwägung

Weiter wird die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft den Interessen des Gesetzgebers nicht hinreichend gerecht. Denn diese gleicht letztlich einer unterschiedslosen *ex nunc*-Wirkung. Der Gesetzgeber hat mit den §§ 241 ff. AktG eine bewusste Wertentscheidung zwischen lediglich anfechtbaren und nichtigen Zwangseinziehungsbeschlüssen getroffen. Während aus besonders schwerwiegenden Mängeln die Nichtigkeit des Beschlusses folgt, sind unter weniger schwerwiegenden Mängeln gefasste Beschlüsse lediglich anfechtbar.⁶⁷⁹ Wenn man sowohl bei anfechtbaren als auch nichtigen Beschlüssen die gleiche Rechtsfolge über die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft herbeiführen könnte, liefe dies den gesetzgeberischen Interessen zuwider.⁶⁸⁰

Zusätzlich sieht *Wagner* in der Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft eine besondere Missbrauchsgefahr seitens der einziehenden Gesellschafter.⁶⁸¹ Aufgrund der faktischen *ex nunc*-Wirkung könnten die übrigen Gesellschafter das Instrument der Zwangseinziehung nutzen, um einen Gesellschafter zumindest vorläufig auszuschließen. Daraufhin könnten weitreichende Umstrukturierungsmaßnahmen vorgenommen werden, mit denen der betroffene Gesellschafter nicht einverstanden ist. Gesteht man dem Gesellschafter über die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft faktisch lediglich einen Anspruch auf Wiederaufnahme in die GmbH zu, liefe der Gesellschafter Gefahr, dass dieser wegen einer zwischenzeitlichen Veräußerung des Unternehmens leer liefe.⁶⁸² Auch wenn man dem betroffenen Gesellschafter für diesen Fall einen Schadensersatzanspruch in Geld gegen die übrigen Gesellschafter sowie ggf. gegen den Geschäftsführer zuspricht, entspräche dieser gemessen am Wert des GmbH-Geschäftsanteils einer Abfindung im Falle der rechtmäßigen Zwangseinziehung.

Während die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft für den betroffenen Gesellschafter schwerwiegende Folgen hat, erscheinen die verbleibenden GmbH-Gesellschafter weni-

⁶⁷⁸ Ähnlich *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 180, der als maßgebenden Mitwirkungsakt jedoch weiterhin an die Statuierung der Zwangseinziehungsklausel anknüpft.

⁶⁷⁹ Vorausgesetzt die §§ 241 ff. AktG sind überhaupt analog auf Gesellschafterversammlungsbeschlüsse anwendbar. Dazu unter § 8 I. 1.

⁶⁸⁰ So schon *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 182 f.

⁶⁸¹ *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 180 f.

⁶⁸² Ausführlich hierzu und zum folgenden *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafter nach der Zwangseinziehung, S. 181.

ger schutzwürdig.⁶⁸³ Denn die Anfechtung des Zwangseinziehungsbeschlusses muss innerhalb der grundsätzlich maßgebenden Monatsfrist des § 256 Abs. 1 AktG erfolgen. Zwar unterliegen die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO und die Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG keiner Frist. Jedoch erscheinen die verbleibenden Gesellschafter im letzteren Fall aufgrund der schwerwiegenden Mängel weniger schutzwürdig.⁶⁸⁴ Die verbleibenden Gesellschafter können sich somit auf die rückwirkende Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses einstellen und vorsorgen. Zudem wird ein Gesellschafter, der nicht mit der Zwangseinziehung einverstanden ist, auch schon vor Klagerhebung sein fehlendes Einverständnis kundtun. Auf diese Weise wird verhindert, dass auf Seiten der GmbH ein schutzwürdiges Interesse entsteht, das eine Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft rechtfertigt.

bb) Keine planwidrige Regelungslücke

Auch eine planwidrige Regelungslücke im Hinblick auf die zwischenzeitlich unterbliebene Beteiligung des betroffenen Gesellschafters ist abzulehnen. Denn diese Regelungslücke wird durch die umfassende Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG geschlossen. Seit der Neufassung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung im Verhältnis zur Gesellschaft nur als Gesellschafter, wer in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Für die Wahrnehmung der Vermögens- und Mitverwaltungsrechte ist unabhängig von der materiellen Rechtslage entscheidend, wer in die Gesellschafterliste eingetragen ist.⁶⁸⁵

Wird während des Vollzugs der Zwangseinziehung eine neue Gesellschafterliste zum Registergericht eingereicht und durch dieses zugeordnet, verliert der betroffene Gesellschafter seine formale Gesellschafterstellung. Wenn der Zwangseinziehungsbeschluss rückwirkend für nichtig erklärt wird, ist eine rückwirkende Eintragung in die Gesellschafterliste und Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte schon aus tatsächlichen Gründen nicht möglich. Auch wenn sich im späteren Hauptsacheverfahren herausstellt, dass der Gesellschafter tatsächlich nie seine materielle Gesellschafterstellung verloren hat, sind in der Zwischenzeit gefasste Beschlüsse und weitere Maßnahmen wegen der umfassenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste aus § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG wirksam.

⁶⁸³ So schon *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 183 f.

⁶⁸⁴ Zu den Nichtigkeitsgründen unter § 8 I. 7.

⁶⁸⁵ A. A. LG Köln, Urt. v. 17.3.2016 - 91 O 41/15 = BeckRS 2016, 134027, nach dem der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache unabhängig von der Listenstellung keine Mitgliedschaftsrechte mehr wahrnehmen dürfe. Diese Entscheidung wurde durch das OLG Köln als Berufungsinstanz teilweise aufgehoben, vgl. OLG Köln, Urt. v. 15.12.2016 - 18 U 58/16 = BeckRS 2016, 134026. Letzteres wurde durch den BGH als Revisionsinstanz teilweise bestätigt: BGH, Urt. v. 20.11.2018 - II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 = NJW 2019, 993 Rn. 22 ff.

10. Zwischenfazit

Zwar hat der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter infolge des obsiegenden Hauptsacheverfahrens einen Anspruch auf Korrektur der Gesellschafterliste, sofern diese infolge der vermeintlichen Zwangseinziehung geändert wurde. Jedoch nimmt das Hauptsacheverfahren regelmäßig mehrere Jahre in Anspruch. In der Zwischenzeit hat der von der Streichung betroffene Gesellschafter irreversible Schäden zu befürchten. Denn wegen der Wirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG droht keine Rückabwicklung zwischenzeitlich gefasster Beschlüsse und anderer Maßnahmen. Mit hin stellt der einstweilige Rechtsschutz die einzige Möglichkeit dar, um durch den zwischenzeitlichen Verlust der formalen Gesellschafterstellung drohende Schäden zu verhindern.

II. Einstweiliges Verfahren

Um seine formale Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG und damit seine Gesellschafterrechte zu sichern bzw. wiederherzustellen, gewann mit der Aufwertung der Gesellschafterliste im Jahr 2008 der einstweilige Rechtsschutz für den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter an Bedeutung. Gleichmaßen gilt es die Interessen der GmbH im einstweiligen Verfahren ausreichend zu wahren. Denn durch den Erhalt der formalen Gesellschafterstellung können auch für die GmbH irreversible Schäden entstehen, wenn sich mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Rechtmäßigkeit der Zwangseinziehung herausstellt.

Zunächst (1.) soll untersucht werden, ob eine Schutzschrift des betroffenen Gesellschafters seinen Interessen schon hinreichend Rechnung trägt. Sodann (2.) wird in gebotener Kürze die Verteilung der Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im einstweiligen Verfahren beleuchtet. Im nächsten Schritt (3.-6.) werden unter Beachtung des zeitlichen Fortschritts des Vollzugs der Zwangseinziehung die verschiedenen Anknüpfungspunkte zur Sicherung der formalen Gesellschafterstellung mittels einstweiliger Verfügung untersucht. Zuletzt (7.) wird analysiert, unter welchen Voraussetzungen der die einstweilige Verfügung erwirkende Gesellschafter der GmbH als Antragsgegnerin Schadensersatz zu leisten hat.

1. Schutzschrift des betroffenen Gesellschafters

In einem Fall, der vor dem Oberlandesgericht Köln verhandelt wurde, setzte das Registergericht das Eintragungsverfahren aufgrund einer Schutzschrift des Klägers bis zum rechtskräftigen Abschluss des vom Kläger gegen die Einziehung angestrebten Nichtigkeits- und Anfechtungsverfahrens aus.⁶⁸⁶ Zwar muss das Gericht eine entsprechende Schutzschrift des betroffenen Gesellschafters

⁶⁸⁶ OLG Köln, Urt. v. 28.5.2015 - 18 U 181/14 = BeckRS 2016, 17896.

nach Art. 103 GG berücksichtigen.⁶⁸⁷ Jedoch ist das Gericht nicht an sie gebunden. Das Registergericht darf die Gesellschafterliste entgegen einer Schutzschrift zuordnen, wenn es seine eingeschränkte Prüfpflicht erfüllt hat. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund gerechtfertigt als es dem betroffenen Gesellschafter ansonsten möglich wäre, missbräuchlich den Vollzug seiner Zwangseinziehung einseitig zu verhindern. Hingegen ist eine Schutzschrift des betroffenen Gesellschafters eine geeignete Möglichkeit, das Registergericht auf Missstände aufmerksam zu machen und um zu versuchen, die Zuordnung zu verhindern.⁶⁸⁸

2. Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im einstweiligen Verfahren

Eine einstweilige Verfügung wird erlassen, wenn der Antragsteller einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund darlegen und glaubhaft machen kann. Der Verfügungsanspruch spiegelt den zu sichernden materiellen Anspruch wider, der Verfügungsgrund das Sicherheitsbedürfnis des Antragstellers.⁶⁸⁹ Im Gegensatz zum Beweis wird der Glaubhaftmachungslast im einstweiligen Verfahren schon genügt, wenn die vorgebrachte Tatsache überwiegend wahrscheinlich erscheint.⁶⁹⁰ Die Glaubhaftmachungslast folgt der Beweislast im Hauptsacheverfahren.⁶⁹¹ Folglich hat der von der Zwangseinziehung betroffene und antragstellende Gesellschafter nach den Grundsätzen der Rosenbergschen Formel insbesondere das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs und -grundes als für ihn günstige Tatsachen glaubhaft zu machen.

Hingegen trifft die GmbH die Glaubhaftmachungslast, sofern der Zwangseinziehungsbeschluss einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedarf.⁶⁹² Mithin hat die GmbH im praktisch besonders relevanten Fall das Vorliegen des Zwangseinziehungsgrundes glaubhaft zu machen. Zweifel am Vorliegen des Zwangseinziehungsgrundes gehen zu Lasten der GmbH.⁶⁹³ Insofern erscheint es unzutreffend, wenn das Kammergericht im Berliner Zwangseinziehungsverfahren⁶⁹⁴ trotz eines sehr pauschalen Vortrags der GmbH zur inhaltlichen Rechtfertigung der Zwangseinziehung aufgrund einer sehr pauschalen Erwiderung des betroffenen Gesellschafters den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf die Weiterbehandlung als Gesellschafter ablehnt.⁶⁹⁵ Denn der GmbH als Glaubhaftmachungspflichtige ist es in diesem Fall nicht gelungen, die Wirksamkeit der Zwangsein-

⁶⁸⁷ Vgl. zur Schutzschrift nach § 945a ZPO: BGH, Beschl. v. 13.2.2003 - I ZB 23/02 = NJW 2003, 1257; MüKoZPO/Drescher § 945a Rn. 6; Lüke, FS Jahr, S. 293, 301; Walker, FS Schilken, S. 815, 821.

⁶⁸⁸ Zur Prüfpflicht des Registergerichts § 7 I.

⁶⁸⁹ BeckOK ZPO/Mayer § 935 Rn. 2; ausführlich MüKoZPO/Drescher § 935 Rn. 6 ff.

⁶⁹⁰ MüKoZPO/Prütting § 294 Rn. 2.

⁶⁹¹ Prütting/Gehrlein/Laumen § 294 ZPO Rn. 5; Stein/Jonas/Bruns § 920 ZPO Rn. 12.

⁶⁹² Dazu unter § 8 I. 6.

⁶⁹³ Vgl. hierzu Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 510 m. w. N.

⁶⁹⁴ Dazu ausführlich in § 2.

⁶⁹⁵ So KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 418 m. Anm. Otto zur einstweiligen Verfügung gerichtet auf die Weiterbehandlung als Gesellschafter. Hier stand die inhaltliche Rechtfertigung der Zwangseinziehung infrage. Insofern sind die Ausführungen auf einen Antrag auf Einreichung einer neuen Gesellschafterliste übertragbar.

ziehung glaubhaft zu machen. Nur wenn es der GmbH gelingt, zweifelsfrei einen Zwangseinziehungsgrund glaubhaft zu machen, kann es dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter nicht gelingen, einen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen.

3. Im Vorfeld der Beschlussfassung

Unter Beachtung des zeitlichen Fortschritts des Vollzugs der Zwangseinziehung sind verschiedene Antragsbegehren des betroffenen Gesellschafter in Bezug auf die Gefährdung seiner formalen Gesellschafterstellung denkbar. Zunächst kann sich der von der potentiellen Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter schon vor Fassung des Zwangseinziehungsbeschlusses an das Gericht wenden. Das Begehren des Antragstellers kann dabei in der Untersagung der (a)) geplanten Gesellschafterversammlung bzw. Beschlussfassung, (b)) der Einziehungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter oder (c)) der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste liegen. Schon auf den ersten Blick wird deutlich, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung bei den ersten zwei möglichen Antragsbegehren (a)-b)) zur Unwirksamkeit der Zwangseinziehung führt. Denn es mangelt an einer für die Zwangseinziehung notwendigen Voraussetzung.⁶⁹⁶ Hingegen verhindert eine einstweilige Verfügung im letzten Fall (c)) lediglich den Verlust der formalen Gesellschafterstellung unabhängig von der materiellen Rechtmäßigkeit der Zwangseinziehung. Die einschneidende Rechtsfolge der vorbeugenden einstweiligen Verfügung gilt es bei der Untersuchung der verschiedenen Antragsbegehren hinreichend zu berücksichtigen.

a) Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung

Zunächst könnte sich der von der potentiellen Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter mit dem Begehren an ein Gericht wenden, die drohende Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung über die Zwangseinziehung zu untersagen. Die Untersagung der Gesellschafterversammlung bzw. Beschlussfassung stellt ein geeignetes Mittel dar, um die Gesellschafterstellung in formaler und materieller Hinsicht zu sichern. Denn der Zwangseinziehungsbeschluss und die Einziehungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter bilden kumulativ die Voraussetzungen der wirksamen Zwangseinziehung. Die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste darf erst mit Eintritt der Veränderung erfolgen, vgl. § 40 Abs. 1, S. 1 GmbHG. Die Veränderung tritt in diesem Fall mangels wirksamer Zwangseinziehung gerade nicht ein.

Inwieweit ein Antrag auf Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung überhaupt statthaft ist (aa)) und unter welchen Voraussetzungen eine einstweilige Verfügung gerichtet auf die Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung erlassen wird

⁶⁹⁶ Zu den Voraussetzungen einer zwangsweisen Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils unter § 4 IV.

(bb)-cc)), gilt es zu untersuchen.

aa) Statthaftigkeit des Antrags

Gegen die Statthaftigkeit eines Antrags, die Durchführung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung zu untersagen, wird eingewendet, dass eine dem Antrag entsprechende einstweilige Verfügung endgültige Fakten schaffe.⁶⁹⁷ Denn die nicht durchgeführte Versammlung bzw. Beschlussfassung könne nicht mit Abschluss des Hauptverfahrens rückwirkend nachgeholt werden. Zwar ist dem insoweit zuzustimmen als endgültige Fakten geschaffen werden. Jedoch steht es auch der GmbH offen, eine gegenteilige Verfügung zu erwirken, um die Gesellschafterversammlung durchzuführen bzw. einen Beschluss zu fassen.⁶⁹⁸ Zudem führt unvermeidbar jede einstweilige Verfügung zur Sicherung eines auf Unterlassung gerichteten Anspruchs bis zur Entscheidung in der Hauptsache zur vorläufigen Erfüllung.⁶⁹⁹ Insoweit handelt es sich nicht um ein spezielles, den einstweiligen Rechtsschutz gegen die Zwangseinziehung betreffendes, sondern um ein allgemeines zivilrechtliches Problem.⁷⁰⁰ Unter welchen Voraussetzungen eine Untersagungsverfügung erlassen werden darf, ist keine Frage der Statthaftigkeit, sondern des Verfügungsgrundes.⁷⁰¹

Weiterhin führt nach *Wertenbruch* eine dem Antrag entsprechende Untersagungsverfügung über das „Ob“ der Zwangseinziehung zu einem unzulässigen Eingriff in die Verbandsautonomie, die durch Art. 9 GG verfassungsrechtlich geschützt ist.⁷⁰² Etwas anderes gelte in Bezug auf die Modalitäten („Wie“) der Gesellschafterversammlung, die sehr wohl mittels einer einstweiligen Verfügung gerichtlich bestimmt werden könnten. Dieser Argumentation muss man entgegenhalten, dass die Verbandsautonomie ihrerseits nicht schrankenlos gewährleistet wird.⁷⁰³ In Ermangelung einer geschriebenen Schranke wird Art. 9 GG durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt. An dieser Stelle müssen die Eigentumsfreiheit des Anteilsinhabers aus Art. 14 GG und der allgemeine Justizgewährungsanspruch, der aus Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet wird,⁷⁰⁴ beachtet werden. Keinesfalls kann der verfassungsrechtlich garantierten Verbandsautonomie ohne weitere Interessenabwägung der Vorrang eingeräumt werden.

Daneben wird gegen die Statthaftigkeit eines entsprechenden Begehrens eingewendet, die einstweilige Verfügung werde zu einem Zeitpunkt erlassen, in dem die Gründe für oder gegen die Zulässig-

⁶⁹⁷ OLG Celle, Urt. v. 1.4.1981 - 9 U 195/80 = GmbHR 1981, 264, 265; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 15.12.1981 - 5 W 9/81 = BB 1982, 274; OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.1990 - 6 U 238/90 = NJW 1991, 1119; *Semler*, BB 1979, 1533, 1536.

⁶⁹⁸ So schon *Saenger*, GmbHR 1997, 112, 118.

⁶⁹⁹ So zutreffend *Loh*, DStR 1991, 1022, 1023.

⁷⁰⁰ So schon *Küperkoch*, Das zwangsweise Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters mittels Einziehung, S. 161.

⁷⁰¹ Dazu unter § 8 II. 3. a) aa).

⁷⁰² MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 389, 392.

⁷⁰³ Ausführlich zu den Schranken des Art. 9 GG: BeckOK GG/*Cornils* Art. 9 Rn. 22 ff.

⁷⁰⁴ Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nur den Rechtsschutz in öffentlichen-rechtlichen Streitigkeiten, vgl. BeckOK GG/*Huster/Rux* Art. 20 Rn. 199.

keit der Zwangseinziehung noch wenig überschaubar seien.⁷⁰⁵ Zudem würden die Rechte des Gesellschafters alleine durch die Abhaltung der Gesellschafterversammlung nicht verletzt werden.⁷⁰⁶ Diese Einwände können ihrerseits nicht zur Unzulässigkeit eines entsprechenden Antrags führen. Inwieweit die Zwangseinziehung zulässig ist und der Gesellschafter durch die Abhaltung der Versammlung in seinen Rechten verletzt wird, sind vielmehr Punkte, die es im Rahmen der Prüfung der Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs und -grundes zu berücksichtigen gilt. Ein Antrag des von der potentiellen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters, der auf die Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung gerichtet ist, ist statthaft.⁷⁰⁷ Die vorgebrachten Einwände sind durch das zuständige Gericht im Rahmen der Begründetheit des Antrags hinreichend zu berücksichtigen.

bb) Verfügungsanspruch

Bei der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs ist zwischen den verschiedenen Antragsbegehren zu unterscheiden: die Untersagung der ((1)) Gesellschafterversammlung oder ((2)) Beschlussfassung.

(1) Untersagung der Gesellschafterversammlung

Der durch die einstweilige Verfügung zu sichernde Anspruch kann jeder klagbare zivilrechtliche Anspruch sein, der nicht auf Geldzahlung gerichtet ist oder zu einem Geldanspruch werden kann.⁷⁰⁸ Die materielle Anspruchsgrundlage für ein Unterlassen der Durchführung der Gesellschafterversammlung gegen die übrigen Gesellschafter kann vielfältig sein. Zunächst kann die Nichteinhaltung des GmbHG die Grundlage für einen Unterlassungsanspruch darstellen. Ein solcher Verstoß kann insbesondere dann festgestellt werden, wenn der Zwangseinziehungsgrund tatsächlich nicht vorliegt. In diesem Fall ist auch irrelevant, welches Motiv der Zwangseinziehung zugrunde liegt. Ebenfalls einen Verstoß gegen das GmbHG bzw. gegen den Gesellschaftsvertrag stellt die redliche Durchführung einer Gesellschafterversammlung dar, die unter so schweren Einberufungsmängeln leidet, dass keine wirksamen Beschlüsse gefasst werden können.⁷⁰⁹ Neben individual- oder gesellschaftsvertraglichen vielgestaltigen Vereinbarungen kommt auch ein Verstoß gegen die gesell-

⁷⁰⁵ Zur Verhinderung der Beschlussfassung: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 Rn. 202.

⁷⁰⁶ MüKoGmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 392.

⁷⁰⁷ Ebenso OLG Koblenz, Urt. v. 27.2.1986 - 6 U 261/86 = NJW 1986, 1692, 1693; OLG Stuttgart, Beschl. v. 20.2.1987 - 2 U 202/86 = NJW 1987, 2449; OLG Hamburg, Urt. v. 28.6.1991 - 11 U 65/91 = NJW 1992, 186 f.; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 1.7.1992 - 17 U 9/91 = GmbHR 1993, 161 f.; OLG München, Beschl. v. 20.7.1998 - 23 W 1455/98 = NZG 1999, 407; Ulmer/Raiser Anh. § 47 Rn. 286 f.; Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 153 ff.; Damm, ZHR 154 (1990), 413, 433 ff.; Lutz, BB 2000, 833 ff.; Beyer, GmbHR 2001, 467 ff.; Nietsch, GmbHR 2006, 393, 394 ff.; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 507.

⁷⁰⁸ MüKoZPO/Drescher § 935 Rn. 6; NK ZPO/Rainer/Kemper § 935 ZPO Rn. 11.

⁷⁰⁹ Für die Treuepflicht als Anspruchsgrundlage: Beyer, GmbHR 2001, 467, 470; ebenso Semler, BB 1979, 1533, 1536; Werner, NZG 2006, 761, 763; Buchta, DB 2008, 913. Für die Annahme einer Treuepflichtverletzung müsste den übrigen Gesellschaftern der Mangel positiv bekannt bzw. infolge von Fahrlässigkeit unbekannt sein.

schaftsrechtliche Treuepflicht als Anspruchsgrundlage in Betracht. Denn die Treuepflicht gebietet es auf die Interessen der übrigen Gesellschafter in angemessener Weise Rücksicht zu nehmen.⁷¹⁰ Wenn die Zwangseinziehung offensichtlich nur dazu dienen soll, den Gesellschafter ohne Vorliegen eines Zwangseinziehungsgrundes aus der GmbH zu drängen, kann schon die Einberufung der Gesellschafterversammlung treuwidrig sein.⁷¹¹ Gleiches gilt, wenn der Versammlungsort bewusst so gewählt wird, dass der betroffene Gesellschafter nicht teilnehmen kann.⁷¹²

(2) Untersagung der Beschlussfassung

Als materielle Anspruchsgrundlage gerichtet auf Untersagung der Beschlussfassung kommen dieselben Gründe wie bei der Untersagung der Gesellschafterversammlung in Betracht, soweit sich diese nicht auf die Modalitäten der Gesellschafterversammlung beziehen. Daneben können spezielle auf ein bestimmtes Stimmverhalten gerichtete Ansprüche bestehen. Diese können sich sowohl aus individual- und gesellschaftsvertraglichen (Stimmbindungs-)Vereinbarungen, aber auch aus der gesellschaftsrechtlichen horizontalen Treuepflicht ergeben.⁷¹³ Weitere allgemeine Grenzen der Stimmrechtsausübung können aus dem Gesetz folgen.⁷¹⁴

Die Klage ist gegen die potentiell rechtswidrig stimmenden Mitgesellschafter zu richten, da die Stimmbindungspflichten die Gesellschafter persönlich treffen. Zwar trifft auch die GmbH als juristische Person des Privatrechts eine Pflicht, bei der Beschlussfassung das Gesetz und die Satzung zu wahren.⁷¹⁵ Jedoch besteht kein Anspruch auf Unterlassung der Beschlussfassung gegen die GmbH, da insofern das spezielle Beschlussmängelrecht unterlaufen werden würde.

(3) Zwischenergebnis

Zwar sind vielfältige Anspruchsgrundlagen auf Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung denkbar. Jedoch muss es dem betroffenen Gesellschafter zunächst gelingen, vor Gericht glaubhaft zu machen, dass überhaupt die Zwangseinziehung und ein entsprechender Verstoß gegen das Gesetz oder privatrechtliche Vereinbarungen drohen. Die Klage ist abhängig vom geltend gemachten Rechtsverstoß gegen die Gesellschafter oder die GmbH zu richten. Wendet der Gesellschafter sich nicht grundsätzlich gegen die Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung, sondern lediglich gegen die treuwidrige Auswahl ihrer Modalitäten, wird seinen Interessen

⁷¹⁰ Zur sog. horizontalen Treuepflicht MüKoGmbHG/*Merkt* § 13 Rn. 101 f.

⁷¹¹ Vgl. zur Treuwidrigkeit einer solchen Einziehung OLG Hamm, Urt. v. 18.5.2009 - I-8 U 184/08 = GmbHR 2009, 1161, 1163 f.

⁷¹² MüKoGmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 392.

⁷¹³ OLG Hamburg, Urt. v. 28.6.1991 - 11 U 65/91 = NJW 1992, 186, 187; ausführlich zum Anspruch auf Grundlage der horizontalen Treuepflicht: *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 507 m. w. N.

⁷¹⁴ Vgl. zu den gesetzlichen Grenzen der Stimmrechtsausübung Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 Rn. 107.

⁷¹⁵ Dazu und zum Folgenden: *Habersack*, Die Mitgliedschaft, S. 226 ff.; vgl. auch *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 157.

regelmäßig schon durch die Bestimmung der Modalitäten der Gesellschafterversammlung durch einstweilige Verfügung genügt.⁷¹⁶

cc) Verfügungsgrund

Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter muss glaubhaft machen, dass die Verwirklichung seines Rechts vereitelt oder zumindest wesentlich erschwert wird, wenn die Gesellschafterversammlung bzw. Beschlussfassung nicht untersagt wird, vgl. § 935 ZPO. Da durch die Untersagung der Gesellschafterversammlung bzw. Beschlussfassung in die Willensbildungsautonomie der Gesellschafterversammlung eingegriffen wird, ist die Untersagungsverfügung nach der Rechtsprechung „*nur bei einer völlig klaren Sachlage oder bei einer besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung der Interessen des Verfügungsklägers, die nicht auf andere Weise abgewendet werden kann*“⁷¹⁷ zulässig. Damit wendet die Rechtsprechung das Gebot des geringstmöglichen Eingriffs an: Da auf beiden Seiten durch den Erlass bzw. Nichterlass der einstweiligen Verfügung irreversible Schäden drohen, muss die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer einstweiligen Verfügung besonders geprüft werden.⁷¹⁸ Dieses Gebot führt nicht zu der Annahme, dass hinsichtlich des zu untersuchenden Antragsbegehrens ein Verfügungsgrund niemals vorliegen kann.⁷¹⁹ Das Gebot des geringstmöglichen Eingriffs fordert vielmehr eine folgenorientierte Interessenabwägung nach dem Vorbild des § 32 BVerfGG. Dafür werden die Nachteile, die entstehen, wenn die einstweilige Verfügung nicht erlassen wird und sich später die Rechtswidrigkeit der Maßnahme herausstellt, gegen die Nachteile abgewogen, die entstehen, wenn die einstweilige Verfügung erlassen wird und sich später die Rechtmäßigkeit der Maßnahme herausstellt.⁷²⁰

Ist die Rechtslage in der Hauptsache eindeutig, überwiegen die Interessen der obsiegenden Partei.⁷²¹ Andernfalls müssen die widerstreitenden Interessen in einen besonders schonenden Ausgleich ge-

⁷¹⁶ Zum möglichen Inhalt einer einstweiligen Verfügung: NK ZPO/Rainer/Kemper § 938 ZPO Rn. 2 ff.

⁷¹⁷ OLG Düsseldorf, Urte. v. 18. 5. 2005 - 15 U 202/04 = NZG 2005, 633, 634; vgl. auch OLG Stuttgart, Beschl. v. 20.2.1987 - 2 U 202/86 = NJW 1987, 2449; OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.1992 - 8 W 18/92 = GmbHR 1992, 163; OLG München, Beschl. v. 20.7.1998 - 23 W 1455/98 = NZG 1999, 407 f.

⁷¹⁸ Vgl. Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 158.

⁷¹⁹ So aber tendenziell OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.1992 - 8 W 18/92 = GmbHR 1993, 163, 164; OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.2.1997 - 20 W 11/97 = GmbHR 1997, 312, 313; Michalski, GmbHR 1991, 12, 13, die die Untersagung der Beschlussausführung als grundsätzlich unzulässig erachten. Ausdrücklich Schmidt-Diemitz, Einstweiliger Rechtsschutz gegen rechtswidrige Gesellschafterbeschlüsse, S. 64, 203.

⁷²⁰ BVerfG, Urte. v. 12.9.2012 - 2 BvR 1390/12, BVerfGE 132, 195, 232 f. = NJW 2012, 3145, 3146; Beschl. v. 4.5.2012 - 1 BvR 367/12, BVerfGE 131, 47, 55 = NJW 2012, 1941, 1942 f.

⁷²¹ St. Rspr. für den Fall der Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung; vgl. nur OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. 5. 2005 - 15 U 202/04 = NZG 2005, 633, 634 m. w. N: „*Im Ergebnis führt dies dazu, dass eine einstweilige Verfügung zur Untersagung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens nur bei einer völlig klaren Sachlage oder bei einer besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung der Interessen des Verfügungsklägers, die nicht auf andere Weise abgewendet werden kann, in Betracht kommt.*“; in diesem Sinne auch KG Berlin, Urte. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 417 m. Anm. Otto, das eine einstweilige Verfügung gerichtet auf die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nur bei einer eindeutigen Rechtslage für zulässig erachtet. Gelingt es hingegen der GmbH das Vorliegen eines Zwangseinziehungsgrundes glaubhaft zu machen, wird das befassende Gericht schon das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs mangels materieller Berechtigung ablehnen.

bracht werden. Auf Seiten der GmbH wird in die Verbandsautonomie (Art. 9 GG) eingegriffen, auf Seiten des von der potentiellen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters streitet der Schutz vor rechtswidrigen Eingriffen in seine Mitgliedschaft (Art. 14 GG) sowie der allgemeine Justizgewährungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art 2 Abs. 1 GG).

(1) Interessen der GmbH und übrigen Gesellschafter

Stellt sich nach Abschluss des Hauptverfahrens die Rechtmäßigkeit der Zwangseinziehung heraus, muss die GmbH im Anschluss an das Hauptsacheverfahren einen entsprechenden Zwangseinziehungsbeschluss fassen und die Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter erklären. Aufgrund der verstrichenen Zeit könnte der Zwangseinziehungsgrund entfallen sein: Während zuvor Missbrauchsgefahren seitens der verbleibenden Gesellschafter erkannt wurden, könnte auch der von der potentiellen Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter auf diese Weise missbräuchlich die zwangsweise Einziehung seines Geschäftsanteils verhindern.

Zudem erfordern insbesondere die Zwangseinziehungsgründe der Insolvenz und drohenden Zwangsvollstreckung eine schnelle Reaktion, um die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil zu verhindern. Wenn jedoch gar kein Zwangseinziehungsbeschluss gefasst werden darf, wäre die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil weiterhin zulässig. Denn es ist nicht mal streitig, ob die materielle Berechtigung am Geschäftsanteil noch besteht. Die GmbH könnte die Zwangsvollstreckung allenfalls im Wege der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO für unzulässig erklären lassen. Allerdings erscheint sehr fraglich, ob die potentielle Zwangseinziehungsmöglichkeit ein die Veräußerung hinderndes Recht darstellt.⁷²² Wurde hingegen ein wirksamer Zwangseinziehungsbeschluss gefasst und die Zwangseinziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter erklärt, geht der Geschäftsanteil unter. Folglich kann dieser nicht mehr nach § 857 ZPO gepfändet werden. Ist umstritten, ob die Zwangseinziehung wirksam ist, muss die Zwangsvollstreckung bis zum Abschluss des Verfahrens unterbleiben. Denn erst zu diesem Zeitpunkt besteht Rechtssicherheit über die Frage, ob der Geschäftsanteil überhaupt noch existiert.

(2) Interessen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters

Als milderes Mittel zum Schutz des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters ist die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste in Betracht zu ziehen. Selbst wenn der Gesellschafter durch Beschlussfassung über die Zwangseinziehung materiell seine Gesellschafterstellung verliert, tritt die eigentliche Gefährdung des betroffenen Gesellschafters erst durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ein, die von der materi-

⁷²² Zu einem die Veräußerung hinderndes Recht: NK ZPO/J. Kindl § 771 ZPO Rn. 5 ff.

ellen Rechtslage „*entkoppelt*“⁷²³ ist. Denn nur derjenige gilt nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter, der in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Dem in der Liste eingetragenen Gesellschafter stehen sämtliche Mitgliedschaftsrechte zu. Auch eine Rückabwicklung droht den Parteien infolge des obsiegenden Hauptsacheverfahrens aufgrund der Wirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht.⁷²⁴

Zur Wahrung des Gebots des geringstmöglichen Eingriffs ist es ausreichend, die Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste zu untersagen.⁷²⁵ Auf diese Weise können die widerstreitenden Interessen bestmöglich ausgeglichen werden: Die Gesellschafter können einen Zwangseinziehungsbeschluss fassen, sodass nicht endgültig in die Verbandsautonomie eingegriffen wird. Andererseits wird den Interessen des Gesellschafters durch Erhalt der formalen Gesellschafterstellung hinreichend Rechnung getragen. Zwar könnte eine Veräußerung oder Verpfändung des Geschäftsanteiles aufgrund des materiellen Schwebestands praktischen Schwierigkeiten begegnen,⁷²⁶ jedoch hat er sich privatautonom mit der Zwangseinziehungsklausel einverstanden erklärt. Folglich muss er auch deren nachteilige Rechtsfolgen akzeptieren. Zudem kommt es dem klagenden Gesellschafter regelmäßig auf den Bestand seiner Gesellschafterstellung an. Andernfalls würde er wohl die Zwangseinziehung unter Geltendmachung des Abfindungsanspruchs akzeptieren.

Selbst wenn der Geschäftsführer äußert, eine entsprechende (auch gegen ihn persönlich gerichtete) einstweilige Verfügung auf Untersagung der Einreichung keinesfalls zu beachten, wird das befassende Gericht die Durchführung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung nicht untersagen. Denn das Registergericht muss analog § 16 Abs. 2 HGB auch bei einem abweichenden Verhalten des Geschäftsführers die einstweilige Verfügung gerichtet auf die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste beachten und deren Zuordnung verweigern.⁷²⁷

dd) Zwischenergebnis

Zwar ist der Antrag des von der potentiellen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters auf Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung statthaft. Zudem sind vielgestaltige materielle Anspruchsgrundlagen für die Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs denkbar. Jedoch wird es dem von der potentiellen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter nicht gelingen, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Denn den Interessen des Gesellschaf-

⁷²³ BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 17; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Bayer § 16 Rn. 26; BT-Drs. 16/6140, S. 37.

⁷²⁴ Dazu ausführlich unter § 8 I. 9.

⁷²⁵ Ebenso Lutter/Hommelhoff/Bayer, Anh. § 47 Rn. 91; *Otto*, GmbHR 2016, 419, 422; *ders.*, GmbHR 2018, 123, 129; *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 508; vgl. auch OLG München, Urt. v. 13.9.2016 - 7 U 2912/06 = NZG 2007, 152, 153. Dazu ausführlich unter § 8 II. 3. c).

⁷²⁶ Wenn die Streitigkeiten dem potentiellen Erwerber bekannt sein sollten, wird er im Regelfall von dem Rechtsgeschäft bis zur Klärung der Rechtslage Abstand nehmen.

⁷²⁷ Dazu ausführlich unter § 8 II. 3. c) ee).

ters wird unter Beachtung des Gebots des geringstmöglichen Eingriffs durch Untersagung der Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste hinreichend Rechnung getragen.

b) Untersagung der Einziehungserklärung

Denkbar erscheint auch, dass der von der potentiellen Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter sich mit dem Begehren an das Gericht wendet, die drohende Einziehungserklärung zu untersagen. Der Zwangseinziehungsbeschluss und die Einziehungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter bilden kumulativ die Voraussetzungen einer wirksamen Zwangseinziehung. Somit stellt die Untersagung der Einziehungserklärung ebenfalls ein geeignetes Mittel dar, um die materielle und folglich auch die formale Gesellschafterstellung zu sichern. Auch wenn die Untersagung der Einziehungserklärung mit einem schwerwiegenden Eingriff in die Verbandsautonomie einhergeht und zu einem sehr frühen Zeitpunkt erlassen wird, steht dies der Statthaftigkeit des Antrags nicht entgegen.⁷²⁸ Ob das Gericht eine dem Antrag entsprechende einstweilige Verfügung erlässt, hängt alleine davon ab, ob es dem Gesellschafter gelingt einen Verfügungsanspruch (aa)) und -grund (bb)) glaubhaft zu machen.

aa) Verfügungsanspruch

Die materielle Anspruchsgrundlage für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf die Untersagung der Einziehungserklärung gegenüber dem Betroffenen kann sich aus vielgestaltigen individual- oder gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen oder der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergeben. Gleiches gilt bei einem nichtigen Zwangseinziehungsbeschluss. Denn ein nichtiger Zwangseinziehungsbeschluss ist unwirksam und darf nicht durch Erklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter vollzogen werden.⁷²⁹ Da die Kompetenz zur Erklärung der Einziehung bei der Gesellschafterversammlung liegt, ist der entsprechende Untersagungsantrag gegen die GmbH zu richten.⁷³⁰

bb) Verfügungsgrund

Neben dem Verfügungsanspruch müsste der betroffene Gesellschafter einen Verfügungsgrund glaubhaft machen. Wiederum wird durch die Untersagung der Einziehungserklärung in einem besonders hohen Maße in die Verbandsautonomie der GmbH eingegriffen. Denn die fehlende Einziehungserklärung steht der Wirksamkeit der Zwangseinziehung entgegen. Nach Abschluss des Hauptverfahrens müsste die Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter erklärt werden. Unter Beachtung des Gebots des geringstmöglichen Eingriffs muss wiederum beachtet werden, dass

⁷²⁸ Dazu unter § 8 II. 3. a) aa).

⁷²⁹ Zur vertikalen Treuepflicht Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt /*Lieder* § 13 Rn. 140.

⁷³⁰ Zur Kompetenz der GmbH unter § 4 IV. 2. a).

nicht der Verlust der materiellen Gesellschafterstellung die nachteiligen Rechtsfolgen für den betroffenen Gesellschafter birgt. Vielmehr werden diese erst durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung herbeigeführt. Der Verlust der formalen Gesellschafterstellung kann durch Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste verhindert werden. Der betroffene Gesellschafter wird nicht zuletzt aufgrund der Bindung des Registergerichts analog § 16 Abs. 2 HGB keinen Verfügungsgrund glaubhaft machen können.⁷³¹

cc) Zwischenergebnis

Zwar sind vielgestaltige materielle Anspruchsgrundlagen zur Untersagung der Einziehungserklärung denkbar, jedoch wird es unter Beachtung des Gebots des geringstmöglichen Eingriffs nicht gelingen, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen.

c) Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Von besonderer praktischer Relevanz ist seit der Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG im Jahr 2008⁷³² die einstweilige Verfügung gerichtet auf die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste. Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Nur der eingetragene Gesellschafter kann seine Mitgliedschaftsrechte und -pflichten wahrnehmen. Die Untersagung der Einreichung ist geeignet, die formale Gesellschafterstellung unabhängig von der materiellen Rechtslage zu sichern. Zudem gebietet sie einen weiteren Vorteil: Das Gericht greift nicht in besonderer Weise in die verfassungsrechtlich durch Art. 9 GG geschützte Verbandsautonomie der GmbH ein. Denn durch die Einreichungsuntersagung wird lediglich der Vollzug der Zwangseinziehung verhindert, nicht deren Wirksamkeit gehemmt. Zunächst (aa)-bb)) wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste einstweilig untersagt wird. Anschließend folgt eine Beleuchtung der Frage, ob das Registergericht analog § 16 Abs. 2 HGB an die Untersagungsverfügung gebunden ist (cc)). Zuletzt wird untersucht, ob eine entgegen der Untersagungsverfügung eingereichte und zugeordnete Liste lediglich eine begrenzte Legitimationswirkung zuzusprechen ist (dd)).

aa) Verfügungsanspruch

Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter müsste einen Verfügungsanspruch auf Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste glaubhaft machen.

⁷³¹ Dazu unter § 8 II. 3. c) ee).

⁷³² Zur historischen Entwicklung der formalen Gesellschafterstellung unter § 5 I.

(1) Anspruchsgrundlage

Zwar erkannte der BGH im Jahr 2013, dass ausnahmsweise die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagt werden könne.⁷³³ Jedoch gab der BGH keine materielle Anspruchsgrundlage für die Untersagung der Einreichung vor.

Teilweise wird die Anspruchsgrundlage für die Untersagung der Einreichung in der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gesehen.⁷³⁴ An dieser Stelle muss beachtet werden, dass ein Geschäftsführer sogar verpflichtet ist, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, sofern sie auf einem lediglich anfechtbaren Beschluss beruht.⁷³⁵ Durch dieses Verhalten verstößt der Geschäftsführer nicht gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Der Gesellschafter, der sich also lediglich auf die Anfechtbarkeit eines Beschlusses berufen kann, könnte sich in Ermangelung einer Treuepflichtverletzung nicht der drohenden Einreichung einer Gesellschafterliste erwehren. Da die obsiegende Anfechtungsklage zur rückwirkenden Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses („*ex tunc*“) führt, entstünden für den Gesellschafter durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung dieselben nachteiligen Rechtswirkungen wie für denjenigen, der sich auf die Nichtigkeit des Beschlusses beruft. Insofern erscheint eine unterschiedliche Handhabung nicht zielführend.

Vielmehr ist das aufgrund der materiellen Berechtigung am Geschäftsanteil bestehende Mitgliedschaftsverhältnis als Anspruchsgrundlage anzuerkennen.⁷³⁶ Denn der Gesellschafter hat aufgrund dieses Mitgliedschaftsverhältnisses einen Anspruch gegen die GmbH auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe in seine Mitgliedschaft.⁷³⁷ Wenn eine der Voraussetzungen der Zwangseinziehung nicht vorliegt oder der Zwangseinziehungsbeschluss nichtig ist, ist die Zwangseinziehung unwirksam. Der betroffene Gesellschafter ist weiterhin materiell berechtigter Anteilsinhaber. Zwar ist dies anders bei einem lediglich anfechtbaren Beschluss, der zumindest vorübergehend wirksam ist. Jedoch führt die obsiegende Anfechtungsklage zur rückwirkenden Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses („*ex tunc*“). Folglich muss auch dem Gesellschafter, der sich lediglich auf die Anfechtbarkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses berufen kann, ein Anspruch auf Untersagung der Einreichung zustehen. Um sich auf die Anfechtbarkeit des Beschlusses berufen zu können, müsste der betroffene Gesellschafter glaubhaft machen, die grundsätzlich maßgebende Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG eingehalten zu haben.⁷³⁸ Da der Zwangseinziehungsbeschluss noch nicht gefasst wurde, kann der Anspruchsteller keine fristgerechte Erhebung der Anfechtungsklage glaub-

⁷³³ BGH, Urt. v. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 36, 39 m. Anm. Bayer.

⁷³⁴ So Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 188.

⁷³⁵ Dazu unter § 6 II. 3. a) aa).

⁷³⁶ Ebenso Lieder, GmbHR 2016, 271, 275; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 509. Vgl. zum Anspruch auf Listenkorrektur infolge der obsiegenden Hauptsacheklage unter § 8 I. 2.

⁷³⁷ Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 GmbHG Rn. 58, 100; ders., FS Marsch-Barner, S. 35, 40 f.; Wagner, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 188; ders. GmbHR 2016, 463, 467; Fischer, GmbHR 2018, 1257, 1260; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 509.

⁷³⁸ Zur Anfechtungsfrist unter § 8 I. 5.

haft machen. Wenn der Anspruchsteller sich schon im Vorfeld der Versammlung gegen die Einreichung einer entsprechenden Gesellschafterliste wendet, wird er sich erst recht gegen den anstehenden Zwangseinziehungsbeschluss mittels Anfechtungsklage wenden. Wenn sich nach Ablauf der grundsätzlich maßgeblichen Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG herausstellt, dass keine Anfechtungsklage erhoben wurde, kann sich die GmbH gegen die einstweilige Verfügung erwehren.

(2) Antragsgegner

Passivlegitimiert ist die GmbH.⁷³⁹ Denn bei der Einreichungspflicht aus § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG handelt es sich nicht um eine höchstpersönliche Pflicht des Geschäftsführers. Zwar steht der GmbH kein Weisungsrecht zu, soweit ein Notar an der Veränderung mitgewirkt hat.⁷⁴⁰ Jedoch muss der Notar die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste bei einer gerichtlichen Untersagungsverfügung schon aufgrund seiner Amtspflicht unterlassen.⁷⁴¹ Daneben steht dem von der drohenden Streichung betroffenen Gesellschafter die Möglichkeit offen, eine Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gerichtet auf Unterlassen der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste einzulegen.⁷⁴²

Zwar kann der betroffene Gesellschafter zusätzlich einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB gegen den Geschäftsführer persönlich geltend machen. Jedoch ist dieser nicht im Mitgliedschaftsverhältnis, sondern im deliktisch gewährten Schutz des Eigentums begründet.⁷⁴³ Regelmäßig wird es einem solchen Anspruch jedoch am Verfügungsgrund fehlen. Denn die Verfügung gerichtet auf die Untersagung der Einreichung bindet das Registergericht analog § 16 Abs. 2 HGB. In der Folge darf eine entgegen der einstweiligen Verfügung eingereichte Gesellschafterliste durch das Registergericht nicht im Handelsregister aufgenommen werden.

bb) Verfügungsgrund

Neben einem Verfügungsanspruch müsste der potentiell betroffene Gesellschafter wiederum einen Verfügungsgrund glaubhaft machen können.

(1) Keine faktische Registersperre

Das Vorliegen eines Verfügungsgrundes wäre abzulehnen, wenn es aufgrund eines anhängigen

⁷³⁹ Ausführlich zur Passivlegitimation der Gesellschaft unter § 8 I. 4. m. w. N.

⁷⁴⁰ OLG Köln, Beschl. v. 7.5.2010 - 2 Wx 20/10 = FGPrax 2010, 202.

⁷⁴¹ In diesem Sinne auch Goette/Habersack/Reichert/Weller MoMiG Rn. 3.51; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 184, die dem mitwirkenden Notar sogar die Amtspflicht zusprechen, eine durch ihn eingereichte und aufgenommene, inhaltlich falsche Gesellschafterliste zu korrigieren.

⁷⁴² Ebenso zur Beschwerde gerichtet auf die auf Erfüllung der Einreichungspflicht als Amtspflicht aus § 40 Abs. 2 GmbHG: BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 212; die Beschwerde kann dabei auch auf das Unterlassen der Amtshandlung gerichtet sein: OLG Hamm, Beschl. v. 6.6.1995 - 15 W 80/95 = DNotZ 1996, 703, 705.

⁷⁴³ Vgl. BGH, Urt. v. 12.3.1990 - II ZR 179/89, Rn. 20 = MDR 901, 902; ausführlich zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 99 ff.

Rechtsstreits schon zu einer sog. faktischen Registersperre kommt.⁷⁴⁴ Denn nach § 21 Abs. 1 S. 1 Var. 1 FamFG kann das Registergericht ein Verfahren aus wichtigem Grund aussetzen, insbesondere wenn die Entscheidung vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bildet. Ob die eingereichte Gesellschafterliste der materiellen Rechtslage entspricht, hängt davon ab, ob zwischen der GmbH und dem von der Löschung betroffenen Gesellschafter infolge der Zwangseinziehung kein Rechtsverhältnis mehr besteht. Gerade diese Frage ist Gegenstand des gegen die Zwangseinziehung gerichteten Hauptsacheverfahrens. Wenn das Registergericht schon aufgrund der anhängigen Klage das Verfahren der Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste aussetzen würde, droht dem Gesellschafter kein Verlust seiner formalen Gesellschafterstellung. Mithin müsste er sich nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die drohende Einreichung der Gesellschafterliste erwehren.

Bei einer Aussetzung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Var. 1 FamFG obläge dem Registergericht, die gegenseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen und die Erfolgsaussichten der Klage zu beurteilen.⁷⁴⁵ Allerdings hat das Registergericht im Verfahren der Zuordnung einer aktualisierten Gesellschafterliste gerade keine inhaltliche Prüfpflicht in Bezug auf die Wirksamkeit der eingereichten Veränderung.⁷⁴⁶ Folglich darf das Verfahren der Zuordnung durch das Registergericht nach Maßgabe des § 21 Abs. 1 S. 1 Var. 1 FamFG nicht aufgrund einer anhängigen Klage gegen die Zwangseinziehung ausgesetzt werden.⁷⁴⁷ Zwar muss das Registergericht die Zuordnung verweigern, wenn ausnahmsweise gesicherte Unkenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste besteht.⁷⁴⁸ Jedoch handelt es sich insoweit nicht um eine Aussetzung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 Var. 1 FamFG.

(2) Folgenorientierte Interessenabwägung

Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter muss glaubhaft machen, dass die Verwirklichung seines Rechts vereitelt oder zumindest wesentlich erschwert wird, wenn das Gericht nicht einstweilig die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste untersagt, vgl. § 935 ZPO. Reicht der Geschäftsführer trotz Unwirksamkeit der Zwangseinziehung eine neue Gesellschafterliste ein und wird diese im Handelsregister aufgenommen, verliert der betroffene Gesellschafter seine formale Gesellschafterstellung und damit seine Gesellschafterrechte. Seine Mitgliedschaft ist bis zur Entscheidung in der Hauptsache „*quasi ausgeknipst*“⁷⁴⁹. Aufgrund der Regelung in § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG droht auch für den Fall der Unwirksamkeit der Zwangseinziehung keine Rückabwick-

⁷⁴⁴ Zur faktischen Registersperre Grigoleit/*Ehmann* § 245 AktG Rn. 39.

⁷⁴⁵ Grigoleit/*Ehmann* § 245 AktG Rn. 39.

⁷⁴⁶ Ausführlich unter § 7 I.

⁷⁴⁷ Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2014 - 11 W 47/14 = NJW-RR 2015, 234.

⁷⁴⁸ Ausführlich unter § 7 I.

⁷⁴⁹ Strohn, FS Krieger, S. 967, 971.

lung.⁷⁵⁰

Sofern die Rechtslage in der Hauptsache eindeutig ist, ist den Interessen der obsiegenden Partei Vorrang zu gewähren.⁷⁵¹ Ist die Rechtslage hingegen nicht eindeutig, drohen beiden Seiten irreversible Schäden. In diesem Fall müssen die widerstreitenden Interessen ((a) und (b)) unter Beachtung des Gebots des geringstmöglichen Eingriffs in einen besonders schonenden Ausgleich ((c)) gebracht werden.

(a) Interessen der GmbH und übrigen Gesellschafter

Bleibt der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter formal berechtigt, obwohl die Zwangseinziehung materiell rechtmäßig ist, drohen der GmbH und den übrigen Gesellschaftern durch den Erhalt der Listenstellung irreversible Schäden. Wegen der Wirkung § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG stehen dem materiellen Nichtgesellschafter durchgehend die Gesellschafterrechte zu. Dadurch kann ein Gesellschafter, dem die Wirksamkeit der Zwangseinziehung bewusst ist, der GmbH bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens vorsätzlich schädigen. Ein Mehrheitsgesellschafter könnte Know-how weitergeben, Geschäftstätigkeiten verlagern oder seinerseits weitreichende Satzungs- und Strukturänderungen beschließen.⁷⁵² Auch wenn ein Minderheitsgesellschafter der GmbH nicht in gleicher Weise wie ein Mehrheitsgesellschafter schädigen kann, erleidet die GmbH auch durch seinen Verbleib in der Gesellschafterliste irreversible Schäden: der Minderheitsgesellschafter behält anteilig sein Gewinnrecht, kann ggf. (durch Zusammenschluss mit einem anderen Gesellschafter) Beschlüsse blockieren und Anfechtungsklage erheben.⁷⁵³

Zwar haben sich die Gesellschafter privatautonom dazu entschieden, eine Zwangseinziehungsklausel zu statuieren.⁷⁵⁴ Ohne eine entsprechende Satzungsvereinbarung wäre ein unfreiwilliger Gesellschafterausschluss alleine durch erfolgreiche Klage nach § 140 HGB analog möglich. In diesem Fall hätten die betroffenen Gesellschafter keine Schwebelage zu befürchten, da der Ausschluss erst mit rechtskräftigem Urteil wirksam wird. Jedoch erschiene es unzutreffend, der Statuierung einer

⁷⁵⁰ Dazu unter § 8 I. 9.

⁷⁵¹ St. Rspr. für den Fall der Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung; vgl. nur OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. 5. 2005 - 15 U 202/04 = NZG 2005, 633, 634 m. w. N.: „*Im Ergebnis führt dies dazu, dass eine einstweilige Verfügung zur Untersagung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens nur bei einer völlig klaren Sachlage oder bei einer besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung der Interessen des Verfügungsklägers, die nicht auf andere Weise abgewendet werden kann, in Betracht kommt.*“; in diesem Sinne auch KG Berlin, Ur. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 417 m. Anm. *Otto*, das eine einstweilige Verfügung gerichtet auf die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nur bei einer eindeutigen Rechtslage für zulässig erachtet. Gelingt es hingegen der GmbH das Vorliegen eines Zwangseinziehungsgrundes glaubhaft zu machen, wird das befassende Gericht schon das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs mangels materieller Berechtigung ablehnen.

⁷⁵² Hierzu ausführlich *Bayer/Selentin*, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 391, 398.

⁷⁵³ Siehe ebenfalls *Bayer/Selentin*, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 391, 398.

⁷⁵⁴ Aus diesem Grund die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes nur annehmend bei einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses KG Berlin, Ur. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 419 m. Anm. *Otto*; sich diesem Urteil anschließend OLG Thüringen, Ur. v. 24.8.2016 - 2 U 168/16 = GmbHR 2017, 416, 417 m. Anm. *Wagner*.

Zwangseinziehungsklausel den Willen der Gesellschafter zu entnehmen, ein geringeres Schutzniveau zu akzeptieren oder gar auf den einstweiligen Rechtsschutz zu verzichten.⁷⁵⁵

Hingegen birgt das Institut des gutgläubigen Erwerbs eines GmbH-Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG durch den Verbleib des Gesellschafters in der Liste keine weitere Gefahr für die Interessen der übrigen Gesellschafter. Wenn der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter seine materielle Gesellschafterstellung tatsächlich verloren hat, kann er den in der Gesellschafterliste weiterhin aufgeführten Geschäftsanteil nicht an einen gutgläubigen Erwerber übertragen. Denn der gutgläubige Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG setzt die Existenz des zu erwerbenden Geschäftsanteils voraus.⁷⁵⁶ Dieser geht infolge der wirksamen Zwangseinziehung unter.⁷⁵⁷ Ist die Zwangseinziehung hingegen unwirksam, bleibt der betroffene Gesellschafter materiell berechtigt, sodass es keines Rückgriffs auf das Institut des gutgläubigen Erwerbs bedarf. Insofern erscheint es zum Schutz der übrigen Gesellschafter nicht erforderlich, dem (vermeintlich) eingezogenen Geschäftsanteil einen Widerspruch nach § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG zuzuordnen.⁷⁵⁸

(b) Interessen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters

Untersagt das Gericht nicht die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste und stellt sich mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung heraus, erleidet der betroffene Gesellschafter durch die zwischenzeitlich aufgrund der Wirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ruhende Mitgliedschaft irreversible Schäden. Zwar hat der Gesellschafter seine materielle Gesellschafterstellung nie verloren, wenn sich im Nachhinein die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung herausstellt. Jedoch erlangt er seine formale Gesellschafterstellung erst mit der Wiedereintragung in die Gesellschafterliste für die Zukunft wieder. Die übrigen Gesellschafter können zwischenzeitlich ohne Beteiligung des betroffenen Gesellschafters weitreichende Satzungs- und Strukturänderungen beschließen, die zu einer weitgehenden Umstrukturierung der GmbH führen.⁷⁵⁹

(c) Gebot des geringstmöglichen Eingriffs

Deutlich wird, dass beiden Seiten durch Untersagung der Einreichung bzw. Erhalt der formalen Gesellschafterstellung irreversible Schäden drohen. Die widerstreitenden Interessen müssen nach dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs in einen besonders schonenden Ausgleich gebracht werden. Nach dem Gebot des geringstmöglichen Eingriffs wäre die Untersagung der Einreichung

⁷⁵⁵ Ebenso für die privatautonome Statuierung des Wirksamkeitszeitpunktes der Zwangseinziehung *Fluck*, GmbHR 2017, 67, 72; *Wagner*, GmbHR 2017, 417, 419.

⁷⁵⁶ BT-Drs. 16/6140, S. 39.

⁷⁵⁷ Siehe § 4 VI. 1) a).

⁷⁵⁸ So aber LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 51 für die Korrektur der Gesellschafterliste. Der betroffene Gesellschafter müsse Zug-um-Zug nach § 273 BGB gegen die Korrektur der Gesellschafterliste die Zuordnung eines Widerspruchs bewilligen.

⁷⁵⁹ So im eingangs geschilderten Zwangseinziehungsverfahren aus Berlin: § 2.

einer Gesellschafterliste unzulässig, wenn den Interessen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters auf mildere Weise hinreichend Rechnung getragen werden kann. Im Folgenden soll die Erforderlichkeit des Erhalts der Listenstellung unter Beachtung verschiedener Sicherungsinstrumente untersucht werden.

(aa) Zuordnung eines Widerspruchs

Zunächst ist die Zuordnung eines Widerspruchs beim (vermeintlich) eingezogenen Geschäftsanteil nach § 16 Abs. 3 S. 3, 4 GmbHG als Mittel zur Sicherung der Gesellschafterrechte in Betracht zu ziehen. Inwiefern ein Widerspruch geeignet ist, den Interessen des betroffenen Gesellschafters zu genügen, muss untersucht werden. Nach § 16 Abs. 3 S. 3 Var. 3 GmbHG ist der gutgläubige Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils ausgeschlossen, wenn der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet ist. Sofern der Geschäftsanteil des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters jedoch nicht mehr in der Gesellschafterliste aufgeführt ist, kann diesem auch kein Widerspruch zugeordnet werden.⁷⁶⁰

Abhilfe könnte jedoch die Zuordnung eines Widerspruchs zu den Geschäftsanteilen der übrigen Gesellschafter bieten. Das Berliner Kammergericht hat die Zuordnung eines Widerspruchs i. S. d. § 16 Abs. 3 S. 3, 4 GmbHG als eine effektive und ausreichende Möglichkeit zur einstweiligen Sicherung des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters erachtet.⁷⁶¹ Unter anderem aus diesem Grund hat es die Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste als unzulässig erachtet.

Bei der Frage der Zulässigkeit eines Widerspruchs bei den Geschäftsanteilen der übrigen Gesellschafter sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Zunächst erscheint es denkbar, dass die übrigen Gesellschafter unter Außerachtlassung der Summe der Nennbeträge nur den Geschäftsanteil des betroffenen Gesellschafters entgegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG aus der Gesellschafterliste gestrichen haben. Es erscheint niemand als Inhaber des Geschäftsanteils des betroffenen Gesellschafters, so dass dieser mangels Rechtscheinträgers keinen gutgläubigen Erwerb seines Anteils befürchten muss. Für diesen Fall folgt die Unzulässigkeit eines entsprechenden Widerspruchs zudem schon aus der korrekten Listenstellung der übrigen Gesellschafter.⁷⁶²

Sollte es hingegen infolge der (vermeintlichen) Zwangseinziehung zu einer Korrektur der Liste auch bezüglich der Nennwerte der Geschäftsanteile gekommen sein, erscheinen die übrigen Gesellschafter möglicherweise als Rechtsinhaber seines Geschäftsanteils. Beispielsweise wurden infolge der vermeintlichen Zwangseinziehung die Anteile von A und B jeweils von 6.250 € auf 12.500 € erhöht. Hingegen wurde der Geschäftsanteil von C i. H. v. 12.500€ gänzlich aus der Liste gestri-

⁷⁶⁰ *Fluck*, GmbHR 2017, 67, 70.

⁷⁶¹ KG Berlin, Beschl. v. 24.8.2015 - 23 U 20/15 = GmbHR 2016, 416.

⁷⁶² LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 43.

chen. Durch die Angleichung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der übrigen Gesellschafter besteht die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs eines tatsächlich nicht in der Höhe existierenden Geschäftsanteils zum Nachteil des von der vermeintlichen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters. Es ist umstritten, ob ein nicht-so-existenter Geschäftsanteil gutgläubig erworben werden kann.⁷⁶³ Auch wenn man den gutgläubigen Erwerb eines nicht-so-existenten Geschäftsanteils anerkennen würde, vermag ein Widerspruch den Interessen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters nicht gerecht zu werden. Der Widerspruch ist zwar geeignet, den gutgläubigen Erwerb des betroffenen Anteils auszuschließen. Dennoch bleibt die aus § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG folgende Legitimationswirkung zwecks Ausübung der Gesellschafterrechte unberührt. Mithin ist ein Widerspruch nicht geeignet, die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters vorläufig zu sichern.⁷⁶⁴ Somit scheidet die Zuordnung eines Widerspruchs zu den Geschäftsanteilen der übrigen Gesellschafter nach § 16 Abs. 3 S. 3, 4 GmbHG als geeignetes Mittel zur Sicherung der Gesellschafterrechte aus.

(bb) Weiterbehandlung als Gesellschafter

Weiterhin ist die einstweilige Verfügung, den betroffenen Gesellschafter vorläufig unabhängig von seiner Listeneintragung als Gesellschafter zu behandeln, als milderes Mittel zur Sicherung der Gesellschafterrechte heranzuziehen. Das Kammergericht Berlin erachtete die Anordnung, den betroffenen Anteilseigner vorläufig als Gesellschafter zu behandeln, neben der Zuordnung eines Widerspruchs als eine effektive und ausreichende Möglichkeit zur Sicherung des betroffenen Gesellschafters.⁷⁶⁵ In der Folge erachtete es eine Verfügung, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, als unzulässig. Das OLG Jena konkretisierte, dass eine entsprechende Verfügung nur statthaft sei, wenn der Einziehungsbeschluss „*mit hoher Wahrscheinlichkeit unwirksam ist und ohne Suspendierung des Beschlusses dem Verfügungskläger konkrete wesentliche und nicht wieder gut zu machende Nachteile drohen*“.⁷⁶⁶

Eine einstweilige Verfügung gerichtet auf die vorläufige Behandlung als Gesellschafter ist schon mangels Verfügungsanspruches ausgeschlossen.⁷⁶⁷ Denn im Verhältnis zur Gesellschaft gilt nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nur derjenige als Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Folglich kann auch nur der eingetragene Gesellschafter seine Gesellschafterrechte wahrnehmen.

⁷⁶³ Von der Erläuterung dieses Problems wird abgesehen; zum Meinungsbild mit entsprechenden Nachweisen siehe BeckOK GmbHG/*Wilhelmi* § 16 Rn. 85 f.

⁷⁶⁴ Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 40 Rn. 100; *Dittert*, NZG 2015, 221, 223; *Fluck*, GmbHR 2017, 67, 70; LG Cottbus, Ur. v. 1.2.2018 - 11 O 73/17 = BeckRS 2018, 7135.

⁷⁶⁵ KG Berlin, Beschl. v. 24.8.2015 - 23 U 20/15 = GmbHR 2016, 416.

⁷⁶⁶ OLG Jena, Ur. v. 24.8.2016 - 2 U 168/16 = NJW-RR 2017, 233.

⁷⁶⁷ Richtigerweise eine entsprechende Anordnung als unzulässig erachtend: *Dittert*, NZG 2015, 221, 223; *Fluck*, GmbHR 2017, 67, 70; unzutreffend *Liebscher/Alles*, ZIP 2015, 1, 8; *Wagner*, GmbHR 2016, 463, 468.

Zwar hat schon der historische Gesetzgeber einen Anspruch des materiell berechtigten Inhabers auf Eintragung in die Gesellschafterliste anerkannt.⁷⁶⁸ Jedoch erklärte er zeitgleich die Gesellschafterliste als für die Gesellschafterstellung im Verhältnis zur GmbH ausschließlich maßgebend. Auf diese Weise sollte die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse erhöht werden. Würde man nun eine gerichtliche Verfügung, den Gesellschafter unabhängig von der Listenlage als Gesellschafter zu behandeln, zulassen, würde dies dem gesetzgeberischen Willen zuwiderlaufen. Dritte müssten neben einem Blick in die Gesellschafterliste überprüfen, ob eine einstweilige gerichtliche Verfügung gerichtet auf die Weiterbehandlung als Gesellschafter erlassen wurde.

Inwiefern eine entsprechende einstweilige Verfügung in der Zeit zwischen der Streichung aus der Gesellschafterliste bis zur Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste in Ermangelung anderer Sicherungsmöglichkeiten zulässig ist, gilt es an anderer Stelle zu untersuchen.⁷⁶⁹

(cc) Wahrnehmung einzelner Gesellschafterrechte

Auch eine einstweilige Verfügung gerichtet auf die Sicherung einzelner Gesellschafterrechte stellt kein milderes, gleich geeignetes Mittel dar.⁷⁷⁰ Denn nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt nur derjenige im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. Folglich ist eine entsprechende einstweilige Verfügung schon mit dem Wortlaut des Gesetzes und dem gesetzgeberischen Transparenzbegehren in den Beteiligungsverhältnissen unvereinbar.⁷⁷¹

(dd) Keine satzungs- und strukturändernden Beschlüsse

Nach *Bayer/Selentin* stellt die aus der horizontalen Treuepflicht folgende Verpflichtung der Mitgesellschafter, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens keine satzungs- und strukturändernden Beschlüsse zu fassen, ein geeignetes milderes Mittel zum Schutz des von der drohenden Streichung betroffenen Gesellschafters dar, das einstweilig durch das Prozessgericht angeordnet werden kann.⁷⁷² Zudem sei es generell untersagt, Wettbewerbsverbote zu verletzen, Know-how weiterzugeben und ähnliche schädigende Handlungen vorzunehmen. Da die horizontale Treuepflicht unter den Gesellschaftern gelte, sei eine andere Listenlage „*unschädlich*“⁷⁷³. Sollten im Einzelfall dringende satzungs- und strukturändernde Beschlüsse notwendig erscheinen, könne ein Prozessgericht deren

⁷⁶⁸ Hierzu und zum Folgenden BT-Drs. 16/6140, S. 37 f.

⁷⁶⁹ Dazu unter § 8 II. 6.

⁷⁷⁰ So aber BGH, Urt. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 39 m. Anm. *Bayer*; KG Berlin, Urt. v. 24.8.2015 - 23 U 20/15 = GmbHR 2016, 416; KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 417 ff. m. Anm. *Otto*.

⁷⁷¹ Ebenso *Dittert*, NZG 2015, 221, 223; *Fluck*, GmbHR 2017, 67, 70; *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815, 823; so schon OLG München, Urt. v. 17.7.2015 - 14 W 1132/15 = GmbHR 2015, 1214, 1216; ausführlich zum Telos von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG unter § 5 II.

⁷⁷² Hierzu und zum Folgenden *Bayer/Selentin*, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 391, 401.

⁷⁷³ *Bayer/Selentin*, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 391, 401.

Zulässigkeit anordnen.⁷⁷⁴

Zwar schließt sich *Strohn* grundsätzlich dieser Sichtweise an.⁷⁷⁵ Jedoch sind nach *Strohn* entsprechende Beschlussfassungen nicht einstweilig zu untersagen, sondern vielmehr dürfen entsprechende Beschlüsse nur unter Beteiligung des betroffenen Gesellschafters gefasst werden. Dabei betont *Strohn*, dass dem Gesellschafter nicht mehr Rechte zugesprochen werden können, als er bei Verbleib in der Gesellschafterliste hätte. So soll das Gericht keinen Zustimmungsvorbehalt bei satzungs- und strukturändernden Beschlüssen anordnen können, soweit der Gesellschafter auch bei Verbleib in der Liste diese Beschlüsse nicht verhindern könnte. Zur Bestimmung der zustimmungsbedürftigen Beschlüsse könne man sich am Katalog des § 46 GmbHG und den branchenüblichen Zustimmungsvorbehalten nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG orientieren. Hinsichtlich der relevanten Beschlüsse stehen dem betroffenen Gesellschafter ein Informationsrecht nach §§ 51a, 51b GmbHG und ein Rederecht zu.

Strohns dogmatische Interpretation überzeugt unter Beachtung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG nicht. Denn wer im Verhältnis zur GmbH als stimmberechtigter Gesellschafter gilt, bestimmt sich alleine nach der Gesellschafterliste. Das zuständige Gericht kann wie von *Bayer/Selentin* vorgeschlagen allenfalls die Fassung satzungs- und strukturändernder Beschlüsse bis zur Entscheidung in der Hauptsache gänzlich untersagen.

Zwar ist *Bayer/Selentin* insoweit zuzustimmen als die horizontale Treuepflicht unabhängig von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt und die fehlende formale Legitimation des Gesellschafters insoweit unschädlich ist. Jedoch ist für die Beurteilung der Wirksamkeit der gefassten Beschlüsse alleine die formale Listenlage maßgebend, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Insoweit wird man die Effektivität dieses Schutzinstruments infrage stellen müssen. Denn die Gesellschafter können sich ohne Weiteres über ihre horizontale Treuepflicht hinwegsetzen und entsprechende Beschlüsse fassen. Der einstweilige Rechtsschutz wird in den meisten Fällen zu spät kommen. Da wegen § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch keine Rückabwicklung droht, steht dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter nur noch die Möglichkeit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen offen. Zudem bleibt unklar, wie die Vertreter dieser Ansicht mit den weiteren Mitgliedschaftsrechten umgehen wollen, z.B. dem Gewinnbezugsrecht. Man wird davon ausgehen müssen, dass der von der Streichung betroffene Gesellschafter diesbezüglich ebenfalls auf sekundärrechtliche Schadenersatzansprüche verwiesen ist.⁷⁷⁶ Weiterhin wird angebracht, dass eine entsprechende Sichtweise zur dauer-

⁷⁷⁴ *Bayer/Selentin*, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 391, 402.

⁷⁷⁵ *Strohn*, FS Krieger, S. 967, 974.

⁷⁷⁶ Dazu in § 10 und § 11. Jedoch wird es dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter nicht für alle Mitgliedschaftsrechte gelingen, einen bezifferbaren, kausalen Schaden geltend zu machen.

haften Lähmung der Gesellschaft führen könnte.⁷⁷⁷ Denn nicht mal wirtschaftlich sinnvolle Satzungs- und Strukturänderungen können gefasst werden.

Insofern stellt die aus der horizontalen Treuepflicht folgende Verpflichtung der Mitgesellschafter, keine satzungs- und strukturändernden Beschlüsse zu fassen, zwar ein milderes, aber kein gleich wirksames Mittel zum Schutz des von der Streichung betroffenen Gesellschafters dar. Inwiefern es im Einzelfall aber dennoch einen ausreichenden Schutz des Minderheitsgesellschafters gebietet, gilt es an anderer Stelle zu untersuchen ((d)).

(ee) Untersagung der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten

Zwar erscheint die Untersagung der Wahrnehmung einzelner Gesellschafterrechte grundsätzlich geeignet, die Interessen des von der vermeintlichen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters zu wahren. Jedoch ist eine entsprechende Verfügung aufgrund der materiellen Berechtigung der übrigen Gesellschafter unzulässig.⁷⁷⁸ Weiterhin würden entsprechende Verfügungen wiederum dem Begehren des Gesetzgebers nach mehr Beteiligungstransparenz entgegenwirken, welche durch die Wirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG erreicht werden sollte. Alleine die formale Rechtslage ist zur Beurteilung der Wirksamkeit der Beschlüsse zum Schutz des Rechtsverkehres maßgebend.

(ff) Zwischenergebnis

Entgegen vertretener Ansichten steht zum Schutz des von der drohenden Streichung betroffenen Gesellschafters kein im Vergleich zur Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste milderes, aber gleich geeignetes Mittel zur Verfügung.

(d) Maßgeblichkeit der Mehrheitsverhältnisse

Da bei unklarem Ausgang des Hauptsacheverfahrens beiden Seiten durch die Einwirkung auf die formale Rechtslage irreversible Schäden drohen, wird man grundsätzlich den Interessen der Partei Vorrang zu gewähren haben, denen bei Erlass einer entsprechenden einstweiligen Verfügung mehr als durch Schadensersatzzahlungen ausgleichbare finanzielle Nachteile drohen.⁷⁷⁹ Folglich können die Interessen des betroffenen Gesellschafters am Erhalt seiner Listenstellung regelmäßig nur dann

⁷⁷⁷ *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 511.

⁷⁷⁸ Hierzu und zum Folgenden LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 44; a. A. Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 104; Schlosser, FS Roth, S. 695, 703; Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1, 8 ff.; *Lieder*, GmbHR 2016, 271, 272 f., die die Untersagung der Ausübung von Gesellschafterrechten und/oder die Ausübung der Gesellschafterrechte nur mit Zustimmung des materiell berechtigten Gesellschafters ggf. als mildere Maßnahme erachten.

⁷⁷⁹ A. A. KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 419 m. Anm. *Otto*, welches einen Verfügungsgrund für den Fall annimmt, dass mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens eine Abfindung wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der GmbH nicht mehr gewährleistet werden kann. Dies erscheint insbesondere vor der durch den BGH entwickelten Ausfallhaftung nicht nachvollziehbar.

überwiegen, wenn er die Mehrheit der Geschäftsanteile innehat.⁷⁸⁰ Denn der Mehrheitsgesellschafter kann wegen des Weisungsrechts aus § 37 Abs. 1 a. E. GmbHG faktisch die Geschicke der GmbH leiten. Durch Änderung der Gesellschafterliste kommt es unmittelbar zu einem Kontrollwechsel zulasten des Mehrheitsgesellschafters. Zwar kann auch ein Mehrheitsgesellschafter im Nachhinein Schadensersatzansprüche geltend machen, jedoch wird es ihm praktisch unmöglich sein, bei einer völligen Umstrukturierung der GmbH seine konkreten, kausalen Schäden zu beziffern und zu beweisen. Auf diese Weise kann auch den von *Wagner*⁷⁸¹ vorgebrachten Bedenken der Gefährdung der Existenz der GmbH wegen lähmender Pattsituationen begegnet werden. Auch wenn der verbleibende Gesellschafter schon rechtlich in seinem Verhalten durch die Treuepflicht begrenzt ist, hat der in der Liste verbleibende Mehrheitsgesellschafter ein besonderes Interesse an dem Bestand und dem wirtschaftlichen Erfolg der GmbH.

Hingegen hat der Minderheitsgesellschafter keine dem Mehrheitsgesellschafter vergleichbaren Einflussnahmemöglichkeiten. Vielmehr stehen bei ihm monetäre Interessen im Vordergrund, die durch Schadensersatzzahlungen ausgeglichen werden können.⁷⁸² So wird es regelmäßig zur Wahrung der Interessen eines Minderheitsgesellschafters ausreichen, der GmbH zu untersagen, satzungs- und strukturändernde Beschlüsse zu fassen.⁷⁸³ Dies kann nur insoweit gelten als er bei Verbleib in der Gesellschafterliste entsprechende Beschlüsse verhindern könnte. Würden dem betroffenen Gesellschafter durch einstweilige Verfügung mehr Rechte zugesprochen als er bei Verbleib in der Gesellschafterliste hätte, erschiene dies nicht interessengerecht.⁷⁸⁴ Es ist eine Frage des Einzelfalls, ob der Gesellschafter entsprechende Beschlussfassungen verhindern kann. Dabei sind sowohl gesetzliche als auch statutarische Regelungen einzubeziehen. Vereinbaren die Gesellschafter beispielsweise gesellschaftsvertraglich die Einstimmigkeit bei Satzungsänderungen, Unternehmensverträgen, Umwandlungen oder Verschmelzungen, wird das Gericht auch zugunsten eines Minderheitsgesellschafters, der lediglich mit 1 % beteiligt ist, einstweilig untersagen, satzungs- und strukturändernde Beschlüsse zu fassen. Bleibt es in Ermangelung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung bei einer gesetzlichen Dreiviertelmehrheit, muss der Minderheitsgesellschafter mindestens 25,1 % der Anteile auf sich vereinen, damit das Gericht eine entsprechende Verfügung erlässt. Auch wenn die Voraussetzungen zur Untersagung satzungs- und strukturändernder Beschlüsse nicht vorliegen, können sich aus der horizontalen Treuepflicht weitere Verpflichtungen gegenüber dem Minderheitsgesellschafter ergeben. Weitere denkbare einstweilige Antragsbegehren des Minderheitsgesellschafters

⁷⁸⁰ Ebenfalls die konkreten Mehrheitsverhältnisse als maßgebend erachtend: *Bayer*, FS Marsch-Barner, S. 35, 45; *Wagner*, GmbHR 2016, 463, 468; *Otto*, GmbHR 2018, 123, 129; *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 512.

⁷⁸¹ *Wagner*, Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, S. 189.

⁷⁸² Siehe § 10 und § 11.

⁷⁸³ Dazu unter § 8. II. 3. c) bb) (2) (c) (dd).

⁷⁸⁴ In diesem Sinne auch *Strohn*, FS Krieger, S. 967, 974.

sind eine Frage des Einzelfalls.

In jedem Fall sollte der Gesellschafter hilfsweise einen Antrag auf Zuordnung eines Widerspruchs zu den Geschäftsanteilen der übrigen Gesellschafter im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 16 Abs. 3 S. 4 Alt. 1 GmbHG stellen. Auch wenn der Widerspruch nicht geeignet ist, seine Gesellschafterrechte zu sichern,⁷⁸⁵ kann er den gutgläubigen Erwerb seines Geschäftsanteils für den Fall vermeiden, dass die formale Gesellschafterstellung nicht erhalten bleibt und sich mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung herausstellt.⁷⁸⁶ Dieser Antrag ist gegen die übrigen Gesellschafter persönlich zu richten.⁷⁸⁷

(e) Zwischenergebnis

Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht eindeutig, kann regelmäßig nur ein von der Zwangseinziehung betroffener Mehrheitsgesellschafter einen Verfügungsgrund zur Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste darlegen und glaubhaft machen. Soweit ein Minderheitsgesellschafter bei Verbleib in der Gesellschafterliste satzungs- und strukturändernde Beschlüsse verhindern könnte, kann er einen Antrag auf einstweilige Untersagung der Fassung entsprechender Beschlüsse stellen. Hilfsweise sollte der von der drohenden Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter ebenfalls die Zuordnung eines Widerspruchs zu den Geschäftsanteilen der übrigen Gesellschafter im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 16 Abs. 3 S. 4 Alt. 1 GmbHG verfolgen, soweit seine formale Gesellschafterstellung nicht erhalten wird.

cc) Keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache

Die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste führt nicht zu einer unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache. Diese ungeschriebene Voraussetzung entspringt dem vorläufigen Charakter des einstweiligen Verfahrens.⁷⁸⁸ Zwar darf die einstweilige Verfügung keine endgültige Wirkung entfalten.⁷⁸⁹ Jedoch kann von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht werden, soweit die Existenz des Antragstellers gefährdet ist oder ein endgültiger Rechtsverlust droht.⁷⁹⁰ Da für die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten alleine die formale Rechtslage in der Gesellschafterliste maßgebend ist, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG, drohen dem zu Unrecht aus der Gesellschafterliste

⁷⁸⁵ Dazu unter § 8 II. 3. c) bb) (2) (c) (aa).

⁷⁸⁶ So auch im Fall des LG Kassel, Urt. v. 11.7.2018 - 11 O 4146/16 = GWR 2019, 29. Jedoch ist umstritten, ob ein nicht-so-existenter Geschäftsanteil gutgläubig erworben werden kann. Dazu unter § 8 II. 3. c) bb) (2) (c) (aa).

⁷⁸⁷ Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 739; OLG Jena, Urt. v. 5.12.2012 - 2 U 557/12 = GmbHR 2013, 145 m. Anm. Peetz; LG Kassel, Urt. v. 11.7.2018 - 11 O 4146/16 = GWR 2019, 29; Wicke/Wicke § 16 Rn. 25; MüKoGmbHG/Heidinger § 16 Rn. 286.

⁷⁸⁸ Wiczorek/Schütze/Thümmel § 938 ZPO Rn. 9; Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1, 9; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 508.

⁷⁸⁹ Musielak/Voit/Huber § 938 ZPO Rn. 4.

⁷⁹⁰ KG, Beschl. v. 1.4.2010 - 2 W 36/10 = ZIP 2010, 2047, 2051; BeckOK-ZPO/Mayer § 938 Rn. 14; Zöller/Vollkommer § 940 ZPO Rn. 6; Lieder, GmbHR 2016, 271, 272; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 509.

gestrichenen Gesellschafter für die Zeit bis zu seiner Wiedereintragung irreversible Schäden. Zudem verfolgt ein von der Zwangseinziehung betroffener Gesellschafter im Hauptsacheverfahren die Feststellung seiner materiellen Gesellschafterstellung. Hingegen schützt die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste lediglich die formale Gesellschafterstellung. Insofern handelt es sich bei der einstweiligen Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste um ein *minus* und *aliud* im Vergleich zum Rechtsschutzziel im Hauptsacheverfahren.⁷⁹¹

dd) Keine unzulässige Untersagung auf Vorrat

Das Berliner Kammergericht lehnte die Untersagung der Einreichung der Gesellschafterliste, bevor ein Zwangseinziehungsbeschluss gefasst wurde, ab, da es sich um eine unzulässige Untersagung auf Vorrat handele.⁷⁹² Der betroffene Gesellschafter sei an den nachgelagerten Rechtsschutz gehalten. Diese Sichtweise ist abzulehnen. Der allgemeine Justizgewährungsanspruch gebietet, eine entsprechende Verfügung schon vor Fassung des Zwangseinziehungsbeschlusses erlassen zu dürfen. Die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste wird sich zeitlich regelmäßig der Beschlussfassung und Einziehungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter unmittelbar anschließen. Aus diesem Grund wird ein entsprechender Antrag nach Beschlussfassung in vielen Fällen leerlaufen. Auf Seiten der GmbH wird auch nicht in unzulässiger Weise in die Verbandsautonomie eingegriffen. Denn die Einreichung der Gesellschafterliste ist lediglich Teil des Vollzugs der Zwangseinziehung. Hingegen stellt sie keine Wirksamkeitsvoraussetzung dar. Solange der betroffene Gesellschafter glaubhaft machen kann, dass eine Zwangseinziehung droht und aus welchem Grund diese erfolgen soll, kann es keinen Unterschied machen, zu welchem Zeitpunkt eine einstweilige Verfügung mit demselben Inhalt beantragt wird.

ee) Bindung des Registergerichts, § 16 Abs. 2 HGB analog

Nach § 16 Abs. 2 HGB muss eine Eintragung ins Handelsregister unterbleiben, wenn sie durch ein rechtskräftiges oder vollstreckbares Urteil des Prozessgerichts für unzulässig erklärt wurde und derjenige der Eintragung widerspricht, der die Entscheidung erwirkt hat. Grundlage für die Unzulässigkeit der Eintragung kann auch eine einstweilige Verfügung sein, soweit das Registergericht auch an die rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache gebunden wäre.⁷⁹³ Denn eine vorläufige Bindung kann nicht weiter reichen als die endgültige Entscheidung. Erklärt das Gericht die Zwangseinziehung im Hauptsacheverfahren für unwirksam, muss die Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste unterbleiben. Folglich kann auch die einstweilige Untersagung der Einreichung einer neuen

⁷⁹¹ Ausführlich *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 509.

⁷⁹² KG Berlin, Urt. v. 6.1.2015 - 23 W 2/15 (n. v.).

⁷⁹³ Hierzu und zum Folgenden: *Baur*, ZGR 1972, 421, 426; vgl. auch LG Heilbronn, Urt. v. 8.9.1971 - 1 KfH O 125/71= AG 1971, 372; *Baumbach/Hopt/Hopt* § 16 HGB Rn. 5.

Gesellschafterliste grundsätzlich das Registergericht analog § 16 Abs. 2 HGB binden.

Allerdings handelt es sich bei der Zuordnung einer Gesellschafterliste nicht um eine Eintragung i. S. d. § 16 Abs. 2 HGB. Zwar scheidet eine direkte Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB aus. Jedoch könnte § 16 Abs. 2 HGB im Wege einer Analogie auf die gerichtlich untersagte Einreichung einer neuen Gesellschafterliste angewendet werden.⁷⁹⁴ Ob eine Vorschrift analog angewendet werden kann, hängt alleine davon ab, ob eine vergleichbare Interessenlage ((1)) und eine planwidrige Regelungslücke ((2)) besteht.

(1) Vergleichbare Interessenlage

Zunächst müsste in den beiden Ausgangssituationen eine vergleichbare Interessenlage bestehen. § 16 Abs. 2 HGB eröffnet den beteiligten Parteien die Möglichkeit, unrichtige Eintragungen von vorneherein zu verhindern.⁷⁹⁵ Darüber hinaus ist der Widerspruch nach § 16 Abs. 2 HGB sogar Teil des zu erschöpfenden Rechtsweges gegen die Eintragung, um eine Verfassungsbeschwerde erheben zu können, vgl. 90 Abs. 2 BVerfGG.⁷⁹⁶ Dabei ergibt sich das Bedürfnis, unrichtige Eintragungen verhindern zu wollen, aus der weitreichenden Publizitätswirkung des Handelsregisters. Nach § 15 Abs. 1 HGB kann eine einzutragende Tatsache einem redlichen Dritten nicht entgegengesetzt werden, wenn sie nicht eingetragen oder bekanntgemacht wurde. Andererseits muss ein Dritter nach § 15 Abs. 2 S. 1 HGB eine eingetragene oder bekanntgemachte Tatsache gegen sich gelten lassen. Auch die Gesellschafterliste entfaltet eine weitreichende Publizitätswirkung: Zunächst gilt nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Verhältnis zur GmbH unabhängig von der materiellen Rechtslage nur derjenige im Verhältnis zur GmbH als Inhaber eines Geschäftsanteils, der in der Gesellschafterliste aufgeführt ist. Des Weiteren bildet die Eintragung in die Gesellschafterliste den Anknüpfungspunkt für die Haftung nach § 16 Abs. 2 GmbHG und den gutgläubigen Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG.

Weiterhin ist ein Vergleich zur aktienrechtlichen Amortisation geboten. Die zwangsweise Einziehung von Aktien muss zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, vgl. § 237 Abs. 2 AktG i. V. m. § 223 AktG.⁷⁹⁷ Ohne die Eintragung ist die aktienrechtliche Amortisation unwirksam. Folglich ist es einem Aktionär möglich, die Zwangseinziehung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gänzlich zu verhindern. Denn bei einer entsprechenden einstweiligen Untersagungsverfügung darf die konstitutive Eintragung ins Handelsregister nach § 16 Abs. 2 HGB nicht erfolgen.

⁷⁹⁴ Dafür plädierend *Otto*, GmbHR 2016, 419, 423; *Fluck*, GmbHR 2017, 67, 69 f. Hingegen hat sich das Kammergericht in Berlin eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB erst gar nicht in Betracht gezogen, vgl. KG Berlin, Beschl. v. 24.8.2015 - 23 U 20/15 = GmbHR 2016, 416.

⁷⁹⁵ MüKoHGB/*Krafka* § 16 Rn. 14.

⁷⁹⁶ BVerfG, Beschl. v. 13.10.2004 - 1 BvR 2303/00 = WM 2004, 2354.

⁷⁹⁷ Richtigerweise bezieht sich die Anmeldung auf die Zwangseinziehung als solche. Denn bei der Eintragung handelt sich um eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Vgl. Großkomm AktG/*Sethe* § 223 Rn. 3; Kölner Komm AktG/*Ekkenga* § 223 Rn. 2; MüKoAktG/*Oechsler* § 223 Rn. 1.

Argumentum a maiore ad minus muss es dem GmbH-Gesellschafter möglich sein, wenigstens den Vollzug der Zwangseinziehung zu verhindern. Wenn das Registergericht nicht an die gerichtliche Verfügung gebunden wäre, wäre die Verhinderung des Vollzugs faktisch nicht möglich.

Ebenfalls muss ein systematischer Vergleich zur Vorschrift des § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG gezogen werden. Obwohl der Wortlaut des § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG nur Eintragungen erfasst, ist man sich aus historischen und teleologischen Gesichtspunkten weitgehend einig, § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG auch auf die Zuordnung einer Gesellschafterliste anzuwenden.⁷⁹⁸

Ein GmbH-Gesellschafter hat wegen der weitreichenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste das dringende Bedürfnis, die Zuordnung derselben zum Handelsregister zu verhindern. Es besteht eine vergleichbare Interessenlage.

(2) Planwidrige Regelungslücke

Um eine Vorschrift im Wege einer Analogie anwenden zu können, müsste neben einer vergleichbaren Interessenlage eine planwidrige Regelungslücke bestehen. Zunächst muss festgehalten werden, dass sich die Regelungslücke mangels einer dem § 16 Abs. 2 HGB entsprechenden Vorschrift für Zuordnungen zum Handelsregister ergibt. Ob diese Regelungslücke daneben planwidrig ist, muss untersucht werden.

Aus der Gesetzesbegründung zum GmbHG von 1892 ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Planwidrigkeit der Regelungslücke. Denn der historische Gesetzgeber konnte die Wirkung des § 16 Abs. 2 HGB bei Erlass des GmbHG nicht berücksichtigen, da das HGB erst am 1.1.1900 und somit nach dem GmbHG in Kraft trat. Zudem wird die Gesellschafterliste erst seit dem 1.11.2008 im Handelsregister zugeordnet. So hieß es in § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. seit dem 1.1.1900 bis zum 31.10.2008 ungeachtet einiger sprachlicher Überarbeitungen:

*„(1) Der Gesellschaft gegenüber gilt im Falle der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Uebergangs **bei der Gesellschaft angemeldet ist.**“*

Folglich können sich auch keine Anhaltspunkte aus der Gesetzesbegründung zum HGB ergeben. Denn die Problematik rund um die analoge Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB entstand erst mit der Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG im Jahr 2008.

Auch die Gesetzesbegründung zum MoMiG bietet keinen Aufschluss über die Planwidrigkeit der Regelungslücke. Durch die Neuregelung des § 16 GmbHG sollte die Gesellschafterliste an das Ak-

⁷⁹⁸ Instruierend OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.11.2010 - 20 W 333/10 = GmbHR 2011, 198, 199; vgl. ohne weitere Begründung OLG Thüringen, Beschl. v. 25.5.2010 - 6 W 39/10 = GmbHR 2010, 760 und OLG Hamburg, Beschl. v. 12.7.2010 - 11 W 51/10 = GmbHR 2011, 32.

tienregister bei der Namensaktie (vgl. § 67 Abs. 2 AktG) angenähert werden.⁷⁹⁹ Probleme aus der relativen Rechtstellung hätten sich bei der Regelung des § 67 Abs. 2 AktG bisher nicht ergeben.⁸⁰⁰ Nach § 67 Abs. 2 AktG gilt im Falle einer Namensaktie im Verhältnis zur Gesellschaft als Aktionär nur, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist. Das Aktienregister stellt eine sonst erforderliche Aufzeichnung i. S. d. § 239 HGB dar.⁸⁰¹ Zwar findet § 16 Abs. 2 HGB keine (direkte) Anwendung auf die untersagte Eintragung im Aktienregister. Inwiefern § 16 Abs. 2 HGB analog auf das Aktienregister angewendet werden kann, soll an dieser Stelle nicht weiter thematisiert werden. Jedoch werden die mit der weitreichenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste verbundenen nachteiligen Rechtswirkungen dem Gesetzgeber nicht bekannt gewesen sein. Denn die Ausgabe von Namensaktien stellt eher einen Ausnahmefall dar.⁸⁰² Aufgrund ihres Ausnahmecharakters werden in der Praxis selten Fälle der falschen Eintragung im Aktienregister bekannt geworden sein. Insofern wird man von einer Planwidrigkeit der Regelungslücke ausgehen können.

Des Weiteren scheint es dem Grundsatz der Prozessökonomie zu widersprechen, wenn der von der potentiellen Streichung aus der Gesellschafterliste betroffene Gesellschafter neben einer Klage gegen die Gesellschafter eine weitere Klage gegen das Registergericht auf Untersagung der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister erheben müsste. Es ist nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage ein Anspruch gegen das Registergericht beruhen soll.

(3) Zwischenergebnis

Das Registergericht ist in analoger Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB an die gerichtlich untersagte Einreichung der Gesellschafterliste gebunden.⁸⁰³ Reicht ein Geschäftsführer entgegen dieser gerichtlichen Verfügung eine Gesellschafterliste ein, muss das Registergericht das Zuordnungsverfahren analog § 16 Abs. 2 HGB aussetzen.

ff) Keine begrenzte Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 242 BGB

(1) Begrenzte Legitimationswirkung nach Ansicht des BGH

In einem aktuellen Urteil aus dem Jahr 2019 zu dem Zwangseinziehungsverfahren in Berlin⁸⁰⁴ entschied der BGH als Revisionsinstanz, die GmbH könne sich nicht auf die vollumfängliche Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG berufen, wenn entgegen einer einstweiligen Untersa-

⁷⁹⁹ BT-Drs. 16/6140, S. 37.

⁸⁰⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 37.

⁸⁰¹ Zur Rechtsnatur des Aktienregisters MüKoAktG/Bayer § 67 Rn. 14.

⁸⁰² Spindler/Stilz/Vatter § 10 AktG Rn. 11; zur Geschichte der Namensaktie v. Rosen/Seifert/Merkt, Die Namensaktie, S. 63 ff.

⁸⁰³ Ebenso Bayer, FS Marsch-Barner, S. 35, 42; Fluck, GmbHR 2017, 67, 69 f.; Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 821 f.; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 506.

⁸⁰⁴ Ausführliche Darstellung des Sachverhalts in § 2.

gungsverfügung eine Gesellschafterliste eingereicht wurde.⁸⁰⁵ Zwar stand die Rechtsfrage im Vordergrund, ob die Abberufung des Geschäftsführers Dr. J im Jahr 2014 durch den Aufsichtsrat wirksam war. Jedoch stand auch infrage, ob die prozessrechtliche Berufung zulässig war, da der im Prozess aktive, andere Geschäftsführer wirksam abberufen worden sein könnte. Der Abberufungsbeschluss aus dem Jahr 2014 sei jedoch mangels Beteiligung des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters in analoger Anwendung des § 241 Nr. 1 AktG nichtig. Wenn eine einstweilige Untersagungsverfügung gegen die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste ergangen ist, könne sich die GmbH nach dem in § 242 BGB statuierten Grundsatz von Treu und Glauben nicht auf die fehlende Listenstellung des betroffenen Gesellschafters berufen. Folglich seien ohne den betroffenen Gesellschafter gefasste Beschlüsse analog § 241 Nr. 1 AktG nichtig. Dies gelte auch, wenn die Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG durch einen zur inhaltlichen Prüfung befugten Notar eingereicht wurde. Der Notar sei in gleicher Weise wie ein nach § 40 Abs. 1 GmbHG zuständiger Geschäftsführer unabhängig von einer eigenen inhaltlichen Prüfung an die einstweilige Verfügung gebunden. Denn erst mit einem rechtskräftigen Urteil im Hauptsacheverfahren könne die Wirksamkeit der Einziehung mit Wirkung für und gegen jedermann endgültig geklärt werden.⁸⁰⁶

(2) Stellungnahme

Wie schon im Zusammenhang mit der Diskussion über die beschränkte Legitimationswirkung der Gesellschafterliste aufgrund formaler und/oder inhaltlicher Mängel thematisiert, erscheint die Sichtweise des BGH nicht zuletzt wegen der gesetzgeberisch begehrten Beteiligungstransparenz problematisch.⁸⁰⁷ Entgegen des eindeutigen Wortlauts des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG könnte sich ein nicht eingetragener Gesellschafter auf Mitgliedschaftsrechte berufen. Zudem ist sie unter dem Aspekt des Rechtsverkehrsschutzes bedenklich. Denn ohne den betroffenen Gesellschafter gefasste Beschlüsse sind trotz abweichender Listenlage in analoger Anwendung des § 241 Nr. 1 AktG nichtig. Zwischenzeitlich getätigte Geschäfte müssten gegebenenfalls rückabgewickelt werden. Um solche Rückabwicklungen zu vermeiden, die oft schon aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sind, wird der Rechtsverkehr von Geschäften mit der GmbH bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Zwangseinziehung Abstand nehmen.

Bei einer näheren Betrachtung des der Revision vorangestellten Sachverhalts wird die Konfliktlage des BGH deutlich. Eine GmbH, die sich bewusst über eine gerichtliche, einstweilige Verfügung hinwegsetzt, soll sich nicht auf die daraus folgenden positiven Rechtswirkungen berufen können. Wenn jedoch die zuvor dargestellten Grundsätze beachtet werden, entstehen entsprechende Interes-

⁸⁰⁵ BGH, Urt. v. 2.7.2019 - II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 = GmBHR 2019, 988 Rn. 34 ff.; so schon in der Vorinstanz KG Berlin, Zwischen- und Endurt. v. 9.11.2017 - 23 U 67/15 = GmBHR 2018, 361, 363.

⁸⁰⁶ BGH, Urt. v. 17.2.1997 - II ZR 41/96, BGHZ 134, 364 = NJW 1997, 1510, 1511.

⁸⁰⁷ Dazu unter § 7 II.

senkonflikte erst gar nicht. Denn das Registergericht muss in analoger Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB die Zuordnung einer eingereichten Gesellschafterliste im Handelsregister bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens aussetzen, wenn gegen die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste eine einstweilige Untersagungsverfügung ergangen ist. Im vorliegenden Fall in Berlin fühlte sich das Registergericht gerade nicht an eine entsprechende Untersagungsverfügung gebunden und ordnete die neue Gesellschafterliste zu. Deutlich wird das ein dringendes Bedürfnis nach Erweiterung des Wortlauts des § 16 Abs. 2 HGB bzw. nach einer höchstrichterlichen Rechtsprechung. Auf diese Weise kann Problemen vorgebeugt werden, die auf missbräuchlichen Einreichungen von Gesellschafterlisten beruhen. Bedauerlicherweise hat sich der BGH mangels Relevanz nicht zu der Frage der analogen Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 HGB auf die Zuordnung von Gesellschafterlisten im Handelsregister geäußert.

d) Zwischenfazit

Strebt der von der drohenden Streichung betroffene Gesellschafter schon im Vorfeld der Beschlussfassung über die Zwangseinziehung einstweiligen Rechtsschutz an, wird es ihm wegen der Bindung der Registergerichts analog § 16 Abs. 2 HGB an die Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nicht gelingen, einen Verfügungsgrund in Bezug auf die Untersagung der Durchführung der Gesellschafterversammlung, Beschlussfassung oder Einziehungserklärung glaubhaft zu machen. Das zuständige Gericht wird auch die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nur dann untersagen, wenn dem von der potentiellen Streichung betroffenen Gesellschafter mehr als durch Schadensersatzzahlungen ausgleichbare finanzielle Nachteile drohen. Entsprechende Schäden wird regelmäßig nur ein Mehrheitsgesellschafter darlegen und glaubhaft machen können.

4. Im Vorfeld der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Wenn der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter sich nicht vor der Beschlussfassung über die zwangsweise Einziehung eines Geschäftsanteils gerichtlich gegen diese erwehrt, kann er sich auch nach der Beschlussfassung gegen die drohende Einreichung einer neuen Gesellschafterliste wenden. Auf diese Weise kann er unabhängig von der materiellen Rechtslage jedenfalls seine formale Gesellschafterstellung sichern. Zwar gilt bezüglich der Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs und -grundes das zuvor Erläuterte.⁸⁰⁸ Jedoch wird zwischen der Beschlussfassung und der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste regelmäßig kein langer Zeitraum liegen. Aufgrund dessen wird der einstweilige Rechtsschutz in vielen Fällen zu spät kommen, sodass der Gesellschafter auf den der Einreichung und Zuordnung der Gesellschafterliste nachgelagerten einst-

⁸⁰⁸ Ausführlich unter § 8 II. 2.

weiligen Rechtsschutz angewiesen ist.⁸⁰⁹

5. Im Nachgang der Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste

Könnte der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer bzw. Notar und Aufnahme durch das Registergericht nicht verhindern, hat er seine formale Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG zumindest vorübergehend verloren. Da er infolgedessen seine Gesellschafterrechte nicht mehr ausüben kann, wird er dringendes Interesse haben, seine Gesellschafterrechte bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens einstweilig zu sichern. Zur einstweiligen Sicherung seiner Gesellschafterrechte sind verschiedene Instrumente in Betracht zu ziehen. Zwar bilden die einstweilige Zuordnung eines Widerspruchs, die Weiterbehandlung als Gesellschafter, die Wahrnehmung einzelner Gesellschafterrechte durch den von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter und die Untersagung satzungs- und strukturändernder Beschlüsse und die Untersagung der Wahrnehmung einzelner Gesellschafterrechte durch die übrigen Gesellschafter keine milderen, gleich wirksamen Mittel. Insofern unterscheidet sich die Interessenlage nicht von der Interessenlage bei der Untersagung der Einreichung der Gesellschafterliste im Vorfeld der Gesellschafterversammlung.⁸¹⁰ Jedoch sind die Löschung der zugeordneten Gesellschafterliste durch das Registergericht (a)) oder die Rücknahme durch den einreichenden Geschäftsführer bzw. Notar (b)) als Mittel zur Sicherung des von der Streichung betroffenen Gesellschafters zu untersuchen. Des Weiteren ist ein Antragsbegehren denkbar, eine neue, den betroffenen Gesellschafter wiederaufführende Gesellschafterliste einzureichen (c)).

a) Löschung der Gesellschafterliste durch das Registergericht

Der von der Streichung betroffene Gesellschafter könnte im einstweiligen Verfahren die Löschung der Gesellschafterliste durch das Registergericht anstreben. Vorrangig ist das Rechtsmittel der Beschwerde nach den §§ 58 ff. FamFG.⁸¹¹

Zudem ist die rückwirkende Löschung der Gesellschafterliste aus dem Handelsregister im Recht der GmbH nicht vorgesehen.⁸¹² Zwar ist das Registergericht nach § 395 FamFG befugt, unzulässige Eintragungen im Handelsregister zu löschen. Jedoch findet die Norm nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur auf Handelsregistereintragungen Anwendung. Die Gesellschafterliste wird unverändert im Handelsregister aufgenommen. Eine analoge Anwendung des § 395 FamFG scheitert jedenfalls an

⁸⁰⁹ Dazu unter § 8 II. 5.

⁸¹⁰ Ausführlich unter § 8 II. 3. c) bb) (2) (c).

⁸¹¹ Ausführliche Darstellung des Sachverhalts in § 2.

⁸¹² So schon MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 288; *Gutfried*, notar 2018, 228, 230 f.

einer planwidrigen Regelungslücke.⁸¹³ Denn der Gesetzgeber habe im Zuge des MoMiG keine Notwendigkeit gesehen, eine entsprechende Regelung zu schaffen.⁸¹⁴ Man wird auch das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage ablehnen müssen. Im Falle einer Handelsregistereintragung trifft das Gericht die Pflicht, für die Richtigkeit der Handelsregistereintragungen zu sorgen.⁸¹⁵ Hingegen trifft das Registergericht bei der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister lediglich eine eingeschränkte Prüfpflicht.⁸¹⁶ Eine Prüfung der materiellen Wirksamkeit der eingereichten Veränderung erfolgt gerade nicht.

Darüber hinaus widerspräche eine rückwirkende Löschung einer Gesellschafterliste der Dogmatik und dem Telos der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Die Korrektur der Gesellschafterliste kann nur mit Wirkung für die Zukunft durch die Einreichung einer neuen, korrigierten Gesellschafterliste erfolgen.⁸¹⁷ Diese Sichtweise deutete auch schon der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum MoMiG an. Hier sprach er im Zusammenhang mit der Korrektur einer Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer von der „*Änderung der Liste*“⁸¹⁸, was die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste indiziert. Mithin wird es dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter nicht gelingen, einen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen.

b) Rücknahme der Gesellschafterliste

Statt der Löschung der Gesellschafterliste könnte der von der Streichung betroffene Gesellschafter im einstweiligen Verfahren die Rücknahme der eingereichten Gesellschafterliste anstreben. Da es sich bei der Korrektur einer Gesellschafterliste nicht um eine höchstpersönliche Pflicht des zur Korrektur zuständigen Geschäftsführers⁸¹⁹ handelt, ist der Antrag gegen die GmbH zu richten.⁸²⁰

Es wird dem von der Löschung betroffenen Gesellschafter mangels materieller Anspruchsgrundlage nicht gelingen, einen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen. Denn wie im Fall der Löschung einer Gesellschafterliste, widerspräche die Rücknahme einer Gesellschafterliste der Dogmatik und dem Telos des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Eine Korrektur ist nur mit Wirkung für die Zukunft durch die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zulässig.⁸²¹

⁸¹³ Ebenso KG, Beschl. v. 30.6.2016 - 22 W 114/15 = NZG 2016, 987, 988; LG Düsseldorf, Beschl. v. 17.5.2018 - 19 T 50/18 = NZG 2018, 782, 783; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 199; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 179, 288; *Gutfried*, notar 2018, 228, 230 f.

⁸¹⁴ So KG, Beschl. v. 30.6.2016 - 22 W 114/15 = NZG 2016, 987, 988.

⁸¹⁵ Zur Prüfpflicht der Registergerichts bei Handelsregistereintragungen Münch. HdB GesR II/Wolff § 4 Rn. 56 ff.

⁸¹⁶ Siehe § 7 I.

⁸¹⁷ KG, Beschl. v. 30.6.2016 - 22 W 114/15 = NZG 2016, 987, 388; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 199; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 288.

⁸¹⁸ BT-Drs. 16/6140, S. 44.

⁸¹⁹ Zur allgemeinen Korrekturbefugnis des Geschäftsführers BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 197 f., 203.

⁸²⁰ Zur Passivlegitimation der GmbH ausführlich unter § 8 I. 4.

⁸²¹ Dazu unter § 8 II. 5. c).

c) Korrektur durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Es verbleibt die einstweilige Verfügung gerichtet auf die Korrektur durch Einreichung einer neuen, ihn wieder ausweisenden Gesellschafterliste. Eine entsprechende Verfügung kann nur erlassen werden, wenn es dem betroffenen Anteilseigner gelingt, einen Verfügungsanspruch und -grund glaubhaft zu machen.

aa) Verfügungsanspruch

Die materielle Anspruchsgrundlage für eine Einreichungsverfügung liegt in dem aus der materiellen Berechtigung am Geschäftsanteil folgenden Mitgliedschaftsverhältnis.⁸²² Da es sich bei der Pflicht zur Korrektur durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nicht um eine höchstpersönliche Pflicht des Geschäftsführers handelt, ist wiederum die GmbH passivlegitimiert.⁸²³

Fälschlicherweise erachtet das Kammergericht eine einstweilige Verfügung gerichtet auf die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nur bei einer eindeutigen Rechtslage für zulässig.⁸²⁴ Denn es mache einen Unterschied, ob das Gericht mögliche unrichtige Verlautbarungen verhindert oder gar aktiv zu unrichtigen Angaben im Handelsregister beiträgt. Letzteres sei nur zulässig, wenn die inhaltliche Richtigkeit der einzureichenden Gesellschafterliste unzweifelhaft feststehe.

Damit verkennt das Kammergericht die allgemeinen Grundsätze der Glaubhaftmachungslast. Im Gegensatz zum Beweis wird der Glaubhaftmachungslast schon genügt, wenn die vorgebrachte Tatsache überwiegend wahrscheinlich erscheint.⁸²⁵ Zudem ist diese Sichtweise mit dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch unvereinbar. Denn der erforderliche Grad an Gewissheit kann erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens erreicht werden.⁸²⁶ Wenn eine einstweilige Untersagungsverfügung gegen die Einreichung aus Zeitgründen leerläuft oder durch die GmbH missachtet wird, ist unerheblich, ob eine falsche Rechtslage nur aufrechterhalten oder aktiv zur Schaffung derselben beigetragen wird. Denn mit dem Erhalt bzw. dem vorübergehenden Verlust der Listenstellung gehen für die verbleibenden Gesellschafter und die GmbH bzw. für den von der Streichung betroffenen Gesellschafter unabhängig von der zugrundeliegenden einstweiligen Verfügung dieselben nachteiligen Rechtsfolgen einher.⁸²⁷

⁸²² Dazu ausführlich unter § 8 II. 3. c) aa) (1).

⁸²³ Zur Passivlegitimation der GmbH ausführlich unter § 8 I. 4.

⁸²⁴ Hierzu und zum Folgenden KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 417 m. Anm. *Otto*; eine eindeutige Rechtslage lag hingegen im Fall des LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH (n. v.) vor, welches die Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste anordnete.

⁸²⁵ MüKoZPO/*Prütting* § 294 Rn. 2.

⁸²⁶ Dies hat das Kammergericht im selben Urteil festgestellt vgl. KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15 = GmbHR 2016, 416, 417 m. Anm. *Otto*.

⁸²⁷ Ebenso LG Heidelberg, Urt. v. 9.5.2018 - 12 O 19/18 KfH, juris Rn. 46.

bb) Verfügungsgrund

Neben einem Verfügungsanspruch muss der betroffene Anteilseigner einen Verfügungsgrund glaubhaft machen. Der von der Streichung betroffene Gesellschafter müsste glaubhaft machen, dass die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint, vgl. § 940 ZPO. Da es sich um eine einstweilige Verfügung handelt, mittels derer die Hauptsache in zulässiger Weise vorweggenommen wird,⁸²⁸ sind an die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes besonders hohe Anforderungen zu stellen. Wiederum muss unter Beachtung des Gebots des geringstmöglichen Eingriffs eine folgenorientierte Interessenabwägung erfolgen.⁸²⁹

Auf der einen Seite müssen die für den betroffenen Gesellschafter durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung folgenden Nachteile berücksichtigt werden, wenn sich im Nachhinein die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung herausstellt. Diese müssen gegen die für die Gesellschaft und übrigen Gesellschafter nachteiligen Rechtsfolgen abgewogen werden, wenn sich mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Wirksamkeit der Zwangseinziehung herausstellt. Insofern kann auf die Ausführungen zur Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes bei einem Antrag auf Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste im Vorfeld der Beschlussfassung verwiesen werden.⁸³⁰ Regelmäßig überwiegen die Interessen des von der Löschung betroffenen Gesellschafters, wenn die Rechtslage in der Hauptsache zu seinen Gunsten eindeutig ist oder er die Mehrheit der Geschäftsanteile innehat.⁸³¹

6. Im Zeitraum bis zur Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste

Bis zur Zuordnung der neuen Gesellschafterliste aufgrund der gerichtlichen einstweiligen Verfügung muss der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter befürchten, dass ohne seine Mitwirkung Beschlüsse gefasst werden. Diese wären im Nachhinein aufgrund der für das Stimmrecht und Anfechtungsbefugnis maßgeblichen formalen Gesellschafterstellung nicht anfechtbar.⁸³² Die gerichtliche Einreichungsverfügung könnte mithin durch die verspätete Einreichung und/oder Zuordnung unterlaufen werden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, den betroffenen Gesellschafter bei einem entsprechenden Antrag für die Zeit bis zur Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste durch eine gerichtliche Verfügung zu schützen. Dieser Schutz könnte einerseits durch eine gerichtliche Anordnung erreicht werden, den betroffenen Gesellschafter bis zu seiner Wiedereintragung entgegen § 16 Abs.

⁸²⁸ Siehe § 8 II. 3. c) cc).

⁸²⁹ Dazu ausführlich unter § 8 II. 3. c) bb) (2) (c).

⁸³⁰ Dazu ausführlich unter § 8 II. 3. c) bb).

⁸³¹ Dazu ausführlich unter § 8 II. 3. c) bb) (2) (d).

⁸³² Siehe § 8 I. 3. c).

1 S. 1 GmbHG als Gesellschafter zu behandeln. Andererseits könnte das Gericht eine einstweilige Verfügung erlassen, die es der GmbH untersagt bis zur Wiedereintragung des betroffenen Gesellschafters Maßnahmen vorzunehmen, die über die alltägliche Geschäftsführung hinausgehen.⁸³³

Dabei ist eine vorläufige Weiterbehandlung als Gesellschafter mit dem Wortlaut und Telos des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG unvereinbar.⁸³⁴ Außenstehende Dritte müssten sich ohne die entsprechende Transparenz der Beteiligungsverhältnisse durch Listeneintragung die einstweilige Verfügung entgegenhalten lassen. Denn durch die Weiterbehandlung als Gesellschafter stehen dem betroffenen Gesellschafter die Mitgliedschaftsrechte zu. Infolgedessen sind ohne ihn gefasste Beschlüsse gegebenenfalls anfechtbar oder nichtig. Aufgrund der gerichtlichen Verfügung ist er auch anfechtungsbefugt. Die gerichtlich festgestellte Nichtigkeit wirkt *inter omnes* und mithin auch zulasten außenstehender Dritter.⁸³⁵

Eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt, bis zur Zuordnung der Gesellschafterliste über die alltägliche Geschäftsführung hinausgehende Maßnahmen zu unterlassen, genügt den Interessen des von der Streichung betroffenen Gesellschafters. In Bezug auf Maßnahmen der alltäglichen Geschäftsführung liegt eine Fortführung im Interesse des betroffenen Gesellschafters. Denn durch einen geschäftlichen Stillstand könnten Schäden von erheblichem Umfang eintreten. Handelt die GmbH entgegen dieser Verfügung und wird der Beschluss im Außenverhältnis umgesetzt, müssen sich außenstehende Dritte die Beschränkung im Innenverhältnis nicht entgegenhalten lassen. Denn nach § 37 Abs. 2 GmbHG entfalten Beschränkungen im Innenverhältnis keine Wirkung im Außenverhältnis. In diesem Fall entstehen gegebenenfalls Schadensersatzansprüche des von der vermeintlichen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters gegen die Geschäftsführung, die GmbH und die übrigen Gesellschafter.

Der betroffene Gesellschafter muss aufgrund der zivilrechtlichen Dispositionsmaxime einen entsprechenden Antrag auf Untersagung von Maßnahmen, die über alltägliche Geschäftsführung hinausgehen, im Wege der kumulativen Antragshäufung gerichtlich geltend machen.⁸³⁶

7. Schadensersatzpflicht des erwirkenden Gesellschafters, § 945 Var. 2 ZPO

Die GmbH ist vor Schäden, die durch den Erhalt der formalen Gesellschafterstellung im einstweiligen Verfahren entstehen, nach § 945 ZPO geschützt. Denn nach § 945 Var. 2 ZPO hat die die einstweilige Anordnung erwirkende Partei der gegnerischen Partei den Schaden zu ersetzen, der durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung entsteht, wenn sich diese im Nachhinein als von

⁸³³ Vgl. *Dittert*, NZG 2015, 221, 223, der die Gefährdungslage und die Abhilfemöglichkeiten erkennt. Letztere jedoch offen lässt.

⁸³⁴ Siehe § 5.

⁸³⁵ Siehe § 8 I. 7.

⁸³⁶ MüKoZPO/*Becker-Eberhard* § 260 Rn. 8 f.

Anfang an ungerechtfertigt erweist. § 945 ZPO begründet eine Risikohaftung, die weder Schuld noch Rechtswidrigkeit voraussetzt.⁸³⁷ Der Haftgrund für die Risikohaftung aus § 945 ZPO liegt in der dem mangelnden rechtskräftigen Hauptsacheurteil immanenten Rechtsungewissheit.⁸³⁸ Wenn trotz dieser Ungewissheit eine einstweilige Verfügung vollzogen wird, erscheint es interessengerecht, der vollziehenden Partei eine Schadensersatzpflicht bzgl. der Schäden aufzuerlegen, die durch den Vollzug entstanden sind. Umgekehrt entsteht mit dem obsiegenden Hauptsacheurteil des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters dem Grunde nach kein Schadensersatzanspruch, wenn die Maßregel zu Unrecht abgelehnt worden ist.⁸³⁹

a) Haftungsbegründender Tatbestand

Inhaber des Anspruchs aus § 945 ZPO ist der Antragsgegner, d. h. derjenige, gegen den sich die einstweilige Verfügung richtet. Im Fall der Zwangseinziehung wird dies regelmäßig die GmbH als juristische Person sein. Der Vollzug einer einstweiligen Verfügung erfordert nicht deren Vollstreckung mithilfe staatlicher Instrumente.⁸⁴⁰ Ist die einstweilige Verfügung auf die Vornahme einer bestimmten Handlung oder ein Unterlassen gerichtet, ist es ausreichend, wenn sich der Schuldner entsprechend dieser Verfügung verhält, ohne dass ein Ordnungsgeld festgesetzt werden muss.⁸⁴¹ Ein Vollzug ist bei einer freiwilligen Beachtung der Verfügung ohne Vollstreckungsdruck abzulehnen.⁸⁴²

Eine einstweilige Verfügung ist von Anfang an ungerechtfertigt, wenn ein Verfügungsanspruch und/oder -grund niemals vorlagen.⁸⁴³ Bei der Prüfung des Verfügungsanspruches ist unabhängig von der Gutgläubigkeit der erwirkenden Partei alleine auf die objektive Rechtslage abzustellen.⁸⁴⁴ Das Vorliegen eines Verfügungsgrundes ist aus der Sicht eines objektiven Betrachters unter Zugrundelegung der zum Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Verfügung vorliegenden Umstände zu beurteilen.⁸⁴⁵ Unter Beachtung der materiellen Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO) ist das über den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO entscheidende Gericht bei der Beurteilung des Vorliegens

⁸³⁷ BGH, Urt. v. 23.5.1985 - IX ZR 132/84, BGHZ 95, 14 = NJW 1985, 1959, 1960; Beschl. v. 22.1.2009 - I ZB 115/07, BGHZ 180, 72 = WM 2009, 1622 Rn. 16; MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 3.

⁸³⁸ MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 3.

⁸³⁹ BGH, Urt. v. 18.5.1966 - I b ZR 73/64, BGHZ 45, 251, 252 = NJW 1966, 1513, 1514; Urt. v. 19.10.1994 - I ZR 187/92 = NJW-RR 1995, 495, 496.

⁸⁴⁰ MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 7.

⁸⁴¹ OLG Stuttgart, Urt. v. 24.10.1980 - 2 U 134/80 = WRP 1981, 291; OLG Hamburg, Beschl. v. 20.12.1979 - 3 U 99/79 = WRP 1980, 341; OLG Koblenz, Urt. v. 2.10.1979 - 9 U 347/79 = NJW 1980, 948, 949; MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 7; *Altmeyen*, WM 1989, 1157, 1163; a. A. *Berger/Becker-Eberhard* Kap. 10 Rn. 26; *BeckOK ZPO/Mayer* § 945 Rn. 27; der BGH fordert zusätzlich irgendeine Druckhandlung des Gläubigers, wobei eine Androhung von Ordnungsmitteln in der Verfügung ausreiche, vgl. BGH, Beschl. v. 22.1.2009 - I ZB 115/07 = GRUR 2009, 890 Rn. 12 ff.

⁸⁴² OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.3.2003 - 6 U 181/02 = NJW-RR 2003, 1708, 1709.

⁸⁴³ MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 9 f.

⁸⁴⁴ BGH, Urt. v. 7.6.1988 - IX ZR 278/87 = NJW 1988, 3268, 3269; KG Berlin, Urt. v. 14.10.2005 - 6 U 217/04 = ZInsO 2005, 1323.

⁸⁴⁵ KG Berlin, Urt. v. 14.10.2005 - 6 U 217/04 = ZInsO 2005, 1323.

eines Verfügungsanspruchs an die Entscheidung im Hauptsacheverfahren gebunden.⁸⁴⁶ Selbstverständlich gilt dies jedoch nur, wenn über die Rechtsfrage im Hauptsacheverfahren entschieden wurde und somit von der materiellen Rechtskraft erfasst ist.

Wenn das zuständige Gericht hingegen eine fehlerhafte rechtliche Würdigung vornimmt, stellt dies isoliert betrachtet kein dem Vollzug einer einstweiligen Verfügung immanentes Risiko dar. Mithin ist eine einstweilige Verfügung, die wegen fehlender Prozessvoraussetzungen⁸⁴⁷ oder unzureichender Glaubhaftmachung⁸⁴⁸ nicht hätte erlassen werden dürfen, nicht tatbestandlich. Denn die Haftung aus § 945 ZPO soll nur die typischen Risiken der vollzogenen einstweiligen Verfügung ausgleichen.⁸⁴⁹ Umstände, durch die eine zunächst rechtmäßige Verfügung im Nachhinein (*ex nunc*) unge-rechtfertigt wird, sind aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 945 ZPO ebenfalls nicht tatbestandlich.⁸⁵⁰

b) Haftungsausfüllender Tatbestand

Nach § 945 ZPO hat der die einstweilige Verfügung erwirkende Gesellschafter alle kausalen, unmittelbar oder mittelbar durch den Vollzug verursachten Schäden bei der GmbH nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB zu ersetzen.⁸⁵¹ Da dem in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter ein Anspruch auf Gewinnbeteiligung zusteht, ist jedenfalls dieser Betrag als durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung entstandener Mindestschaden einzustufen. Allgemein werden die Schäden der GmbH eher gering einzustufen sein. Denn regelmäßig wird es nur einem Mehrheitsgesellschafter gelingen, einen Verfügungsgrund zur Sicherung seiner formalen Gesellschafterstellung glaubhaft zu machen.⁸⁵² Der Mehrheitsgesellschafter hat ein besonderes Interesse daran, der GmbH keine Schäden zuzufügen.

Der Schaden, der sich aus der Einleitung des Verfahrens und/oder Anordnung der einstweiligen Verfügung wegen negativer Öffentlichkeitswirkungen ergibt, fällt nicht unter den Schadensersatzanspruch des § 945 ZPO und kann nur unter den Voraussetzungen der §§ 823 ff. BGB beansprucht werden.⁸⁵³ Die Schadenshöhe bestimmt das Gericht nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller

⁸⁴⁶ BGH, Urt. v. 1.4.1993 - I ZR 70/91, BGHZ 122, 172 = NJW 1993, 2685, 2686; Urt. v. 28.11.1991 - I ZR 297/89 = NJW-RR, 1992, 998; Urt. v. 21.4.1988 - I ZR 129/86 = NJW 1989, 106; Urt. v. 7.6.1988 - IX ZR 278/87 = 1988, 3268, 3269.

⁸⁴⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.1.1961 - 4 U 107/6 = MDR 1961, 606; OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.11.1983 - 6 U 252/82 = GRUR 1984, 156, 158; BeckOK ZPO/Mayer § 945 Rn. 17; Musielak/Voit/Huber § 945 ZPO Rn. 3; MüKo-ZPO/Drescher § 945 Rn. 12; Stein/Jonas/Bruns § 945 Rn. 21 ZPO; a. A. Fischer, FS Merz, S. 81, 90.

⁸⁴⁸ BGH, Urt. v. 28.11.1991 - I ZR 297/89 = NJW-RR 1992, 998, 1001; Musielak/Voit/Huber § 945 ZPO Rn. 3; MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 12; Gehrlein, MDR 2000, 687, 689; offen lassend BGH, Urt. v. 13.4.1989 - IX ZR 148/88 = NJW 1990, 122, 123; a. A. RG, Urt. v. 6.6.1904 - VI. 444/03, RGZ 58, 236, 241.

⁸⁴⁹ Ebenso MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 12.

⁸⁵⁰ MüKoZPO/Drescher § 945 Rn. 13.

⁸⁵¹ Vgl. BGH, Urt. v. 19.9.1985 - III ZR 71/83, BGHZ 96, 1, 2 = NJW 1986, 1107, 1108.

⁸⁵² Dazu unter § 8 II. 3. c) bb) (2) (d).

⁸⁵³ BGH, Urt. v. 7.6.1988 - IX ZR 278/87 = NJW 1988, 3268, 3269; Urt. v. 1.4.1993 - I ZR 70/91, BGHZ 122, 172 =

Umstände nach freier Überzeugung.

8. Zwischenfazit

Insbesondere im praxisrelevanten Fall des anfechtbaren Zwangseinziehungsbeschlusses ist der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter wegen der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste in besonderer Weise auf den einstweiligen Rechtsschutz gerichtet auf die Sicherung bzw. Wiederherstellung seiner formalen Gesellschafterstellung angewiesen. Wenn es ihm nicht gelingt die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu verhindern, hat er bei Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruches und -grundes einen Anspruch auf Korrektur der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste. Infolge des Erhalts der formalen Gesellschafterstellung hat die GmbH durch Beteiligung des Gesellschafters irreversible Schäden zu befürchten, wenn sich mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Wirksamkeit der Zwangseinziehung herausstellt. Die durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung entstandenen Schäden muss der die Verfügung erwirkende Gesellschafter unter den Voraussetzungen des § 945 ZPO ersetzen.

§ 9 Statutarische und tatsächliche Präventionsmöglichkeiten

Nachdem zuvor ausführlich der Pflichtenmaßstab bei der Einreichung und Zuordnung einer Gesellschafterliste sowie Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verhinderung fehlerhafter oder gar missbräuchlicher Einreichungen untersucht wurden, folgt an dieser Stelle eine Beleuchtung weiterer Präventionsmöglichkeiten, um die Streichung aus der Gesellschafterliste infolge der Zwangseinziehung zu verhindern. Diese können sowohl statutarischer als auch tatsächlicher Art sein. Faktisch wird es nur einem Mehrheitsgesellschafter wegen seiner Leitungsmacht in der Gesellschaft möglich sein, entsprechende Präventionsmöglichkeiten auszuschöpfen.

I. Selektive Einziehungsklausel

Der Mehrheitsgesellschafter kann auf die Statuierung einer selektiven Zwangseinziehungsklausel hinwirken. In der Folge kann nur sein Geschäftsanteil nicht zwangsweise eingezogen. Zur Statuierung einer selektiven Einziehungsklausel bedarf es der Zustimmung aller übrigen Gesellschafter. Wird die selektive Zwangseinziehungsklausel schon im Rahmen der Gründung der GmbH eingefügt, folgt dies schon § 2 Abs. 1 S. 2 GmbHG. Bei der nachträglichen Statuierung einer Zwangseinziehungsklausel müssen alle von der Zwangseinziehungsklausel betroffenen Gesellschafter zustimmen.⁸⁵⁴ Da die übrigen Gesellschafter wohl nur im Ausnahmefall mit einer entsprechenden selektiven Zwangseinziehungsklausel einverstanden sind, wird sich ihre praktische Relevanz in Grenzen

NJW 1993, 2685, 2686; OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.1997 - 1 U 109-97-35 = NJW-RR 1998, 1039 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.3.2003 - 6 U 181/02 = NJW-RR 2003, 1708, 1709 f.; *Gehrlein*, MDR 2000, 687, 688.

⁸⁵⁴ Ausführlich unter § 4 III. 1.

halten.

II. Abfindungsvereinbarungen

Zwar erscheint ein statutarisches Hinausschieben des Fälligkeitszeitpunktes der Abfindungszahlung seit Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH sinnlos, um die Wirksamkeit der Zwangseinziehung zu beeinflussen.⁸⁵⁵ Jedoch könnte weiterhin statutarisch vereinbart werden, dass die Zwangseinziehung nach § 158 Abs. 1 BGB erst in dem Zeitpunkt wirksam werden soll, in welchem dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter die Abfindung aus freiem Vermögen vollständig gezahlt wurde. Ob die Abfindung vollständig aus freiem Vermögen gezahlt wurde, kann kaum innerhalb eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens seitens der GmbH glaubhaft gemacht werden. Dabei wäre auch denkbar, die Wirksamkeit der Zwangseinziehung (1.) von der Abfindungszahlung abhängig zu machen und gleichzeitig (2.) statutarisch eine Ratenzahlung für die Abfindung zu vereinbaren oder den Fälligkeitszeitpunkt der Abfindung hinauszuschieben. Für diesen Fall könnte die Zwangseinziehung unstreitig erst mit Fälligkeit der vollständigen Abfindung wirksam werden.

Da es dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter bei entsprechenden Wirksamkeitsbedingungen im einstweiligen Verfahren leichter gelingen wird, die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung glaubhaft zu machen, erscheinen entsprechende Vereinbarungen geeignet, seine formale Gesellschafterstellung zumindest vorübergehend sichern. Hingegen sind sie nicht geeignet, eine Zwangseinziehung gänzlich zu verhindern. Zu beachten gilt es außerdem, dass sich auch alle übrigen Gesellschafter im Zwangseinziehungsfall auf entsprechende Wirksamkeitsbedingungen berufen können, was wiederum Nachteile für den Mehrheitsgesellschafter mit sich bringen kann.

III. Fälligkeit der Einlage hinausschieben

Soweit die Einlage aufgrund entsprechender Fälligkeitsvereinbarungen noch nicht geleistet wurde, ist der Zwangseinziehungsbeschluss in analoger Anwendung des § 241 Nr. 3 Var. 2 AktG unwirksam. Sobald die Einlage fällig ist, muss sie im Rahmen eines Kaduzierungsverfahrens nach den §§ 21 ff. GmbHG eingetrieben werden. Zahlt der säumige Gesellschafter die Einlage, steht es den übrigen Gesellschaftern erst in einem zweiten Schritt offen, den Anteil zwangsweise einzuziehen. In einem einstweiligen Verfahren wird es dem betroffenen Gesellschafter ohne nennenswerten Aufwand gelingen, die entsprechende Fälligkeitsvereinbarung unter Vorlage der Satzung glaubhaft zu machen. Insofern stellt ein Hinausschieben der Fälligkeit grundsätzlich ein geeignetes Mittel dar, um die materielle und formale Gesellschafterstellung zumindest vorübergehend zu sichern. Aller-

⁸⁵⁵ Zur Aufgabe der Bedingungstheorie durch den BGH unter § 4 I. 2) b).

dings müssen die übrigen Gesellschafter wiederum einer entsprechenden Fälligkeitsregelung bei Gründung der GmbH oder Beitritt zustimmen.

IV. Einflussnahme auf Geschäftsführeramts

Ein Mehrheitsgesellschafter sollte darauf hinwirken, dass zumindest ein Geschäftsführer in seinem Lager steht. Denn zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste bedarf es nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG der Unterschrift durch alle Geschäftsführer.⁸⁵⁶ Andernfalls muss die eingereichte Gesellschafterliste durch das zuständige Registergericht zurückgewiesen werden. Grenzen begegnet diese Präventionsmöglichkeit, wenn die Gesellschafterliste durch den mitwirkenden Notar nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG eingereicht wird. Zu einer solchen Einreichung kann es kommen, da bei einer Mehrheit von Geschäftsführern jeder Geschäftsführer einzeln befugt ist, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen.⁸⁵⁷ Um entsprechende Szenarien zu vermeiden, sollte der Mehrheitsgesellschafter darauf hinwirken, dass (1.) nur ein Geschäftsführer im Amt ist und (2.) dieser in seinem Lager steht.

V. Anweisung an den Geschäftsführer

Sofern der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter die Mehrheit der Geschäftsanteile innehat, könnte er durch eine Anweisung des Geschäftsführers, keine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen, seine formale Gesellschafterstellung sichern. Die Befugnis zur Weisungserteilung durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit folgt dabei unmittelbar aus § 37 Abs. 1 GmbHG a. E. und gilt grundsätzlich unbeschränkt, soweit der unentziehbare Kerngehalt der Geschäftsführung unberührt bleibt.⁸⁵⁸ Über die Frage, ob eine Weisung im Rahmen der Einreichung einer Gesellschafterliste diesen Kerngehalt berührt, ist man sich uneinig. Diese Frage wird von einem Teil des Schrifttums bejaht.⁸⁵⁹ Andere Stimmen halten entsprechende Weisungen für zulässig und sogar sinnvoll.⁸⁶⁰ Nach einer vermittelnden Ansicht sind Weisungen zulässig, solange sie nicht in unzulässiger Weise in die Amtspflicht des Geschäftsführers eingreifen.⁸⁶¹ Der BGH ließ diese Frage ausdrücklich offen.⁸⁶² Zwar sprechen die besseren Argumente gegen ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung sprechen.⁸⁶³ Jedoch wird sich der Geschäftsführer, solange weder eine

⁸⁵⁶ Dazu unter § 6 I. 1).

⁸⁵⁷ MüKoGmbHG/*Liebscher* § 49 Rn. 17.

⁸⁵⁸ Vgl. nur BFH, Urt. v. 9.10.1996 - XI R 47/96 = GmbHR 1997, 374 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.11.1984 - 8 U 22/84 = ZIP 1984, 1476, 1478; *Altmeppen/Altmeppen* § 37 Rn. 3, 6 f.; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek* § 37 Rn. 18 f.; MüKoGmbHG/*Stephan/Tieves* § 37 Rn. 107.

⁸⁵⁹ *Lutter/Hommelhoff/Bayer* § 40 Rn. 72; *ders.*, Liber amicorum Winter, S. 9, 38; MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 180; *Ulmer/Paefgen* § 40 Rn. 101; *Lieder*, GmbHR 2017, 520, 521 f.

⁸⁶⁰ *Baumbach/Hueck/Servatius* § 40 Rn. 38; *U. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 395.

⁸⁶¹ *Altmeppen/Altmeppen* § 40 Rn. 10; *Scholz/Seibt* § 40 Rn. 52.

⁸⁶² BGH, Urt. v. 7.2.2017 - II ZR 28/15 = GmbHR 2017, 519 Leitsatz, Rn. 16 m. Anm. *Lieder*.

⁸⁶³ Vgl. ausführlich *Lieder*, GmbHR 2017, 520, 521 f.

gesetzliche Regelung statuiert wird noch eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Streitfrage ergeht, stets auf die Rechtsansicht berufen, die ein Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung ablehnt.⁸⁶⁴ Zudem besteht das Risiko der Einreichung einer Gesellschafterliste entgegen des Willens des Mehrheitsgesellschafters sowieso nur in den Fällen, in denen der Geschäftsführer im Lager der Minderheit steht. In diesem Fall wird der Geschäftsführer die Anweisung ungeachtet etwaiger Haftungsrisiken ohnehin nicht beachten. Der Mehrheitsgesellschafter sollte darauf hinwirken, dass der einzige Geschäftsführer in seinem Lager steht.

VI. Errichtung eines Aufsichtsrats

Soweit die übrigen Gesellschafter nicht mit nur einem Geschäftsführer einverstanden sind, der auf Seiten des Mehrheitsgesellschafters steht, sollte sich letzterer um die Errichtung eines Aufsichtsrats bemühen, auf dessen Besetzung er maßgeblichen Einfluss nimmt.⁸⁶⁵ Wenn dieser mit Personalhoheit ausgestattet ist, kann er einen Geschäftsführer abberufen.⁸⁶⁶ Dieses Vorgehen strebte auch der Mehrheitsgesellschafter im Berliner Zwangseinziehungsverfahren an, indem er nachträglich aufgrund einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag einen Aufsichtsrat errichten wollte.⁸⁶⁷ Da der betroffene Geschäftsführer seine Abberufung für unwirksam hielt, agierte er weiterhin. Insofern sollte der Aufsichtsrat frühzeitig errichtet werden, um rechtliche Unsicherheiten über dessen wirksame Errichtung zu vermeiden. Zwar erscheint eine Abberufung durch den Aufsichtsrat nicht geeignet, die Einreichung und Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste gänzlich zu verhindern. Denn solange der Geschäftsführer im Handelsregister aufgeführt ist, darf das Registergericht die Listenzuordnung nicht verweigern.⁸⁶⁸ Jedoch wird es dem von der Löschung betroffenen Gesellschafter in einem einstweiligen Verfahren leichter gelingen, die Korrektur der Gesellschafterliste zu erreichen.

⁸⁶⁴ In diesem Sinne schon *Otto*, GmbHR 2018, 123, 126.

⁸⁶⁵ So schon *Otto*, GmbHR 2018, 123, 125.

⁸⁶⁶ MüKoGmbHG/*Spindler* § 52 Rn. 262.

⁸⁶⁷ Ausführliche Darstellung des Sachverhalts in § 2.

⁸⁶⁸ Dazu unter § 7 I.

Kompensation

Sollte es trotz der materiellen Unwirksamkeit der Zwangseinziehung zu einem unrechtmäßigen vorübergehenden Verlust der formalen Gesellschafterstellung gekommen sein, kann die zwischenzeitlich unterbliebene Beteiligung des betroffenen Gesellschafters zu irreversiblen Schäden führen. Im folgenden Teil soll untersucht werden, gegen wen und unter welchen Voraussetzungen dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter wegen des zwischenzeitlichen Verlusts seiner formalen Gesellschafterstellung Schadensersatzansprüche zustehen. Dabei soll zwischen dem haftungsbegründendem (§ 10) und dem haftungsausfüllenden (§ 11) Tatbestand unterschieden werden. Die GmbH sowie die verbleibenden Gesellschafter sind ihrerseits durch den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO vor Schäden geschützt, die durch den unberechtigten Erhalt der Listenstellung mittels einstweiliger Verfügung auf Seiten der GmbH entstehen.⁸⁶⁹

§ 10 Haftungsbegründender Tatbestand

Im Rahmen des haftungsbegründenden Tatbestands muss zur Ermittlung der Haftungstatbestände zwischen den in Betracht kommenden Gläubigern unterschieden werden. Dabei erscheinen Schadensersatzansprüche gegen die übrigen Gesellschafter (I.), den Geschäftsführer (II.), den Notar (III.), die GmbH (IV.) und/oder den zuständigen Rechtspfleger (V.) denkbar.

I. Haftung der übrigen Gesellschafter

Eine Haftung der übrigen Gesellschafter gegenüber dem von der unrechtmäßigen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter kommt sowohl auf der Grundlage der §§ 280 ff. BGB (1. und 2.) als auch nach den §§ 823 ff. BGB (3.) in Betracht.

1. § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht

a) Schuldverhältnis

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht beansprucht auch zwischen den Gesellschaftern Geltung und stellt insofern das zu verletzende Schuldverhältnis i. R. d. § 280 Abs. 1 BGB dar.⁸⁷⁰ Einerseits gebietet die Treuepflicht den Gesellschaftern, sich gegenüber der GmbH loyal zu verhalten, ihre Zwecke aktiv zu fördern und Schaden von ihr abzuhalten.⁸⁷¹ Andererseits ist den gesellschaftsbezo-

⁸⁶⁹ Dazu unter § 8 II. 7.

⁸⁷⁰ Ausführlich zur horizontalen Treuepflicht Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Lieder § 13 Rn. 141 ff.

⁸⁷¹ Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 18 f.; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.; Ulmer/Raiser § 14 Rn. 77; Wicke/Wicke § 13 Rn. 19.

genen Interessen der Mitgesellschafter hinreichend Rechnung zu tragen.⁸⁷²

b) Pflichtverletzung

Indem die übrigen Gesellschafter die Voraussetzungen der Zwangseinziehung vorsätzlich herbeiführen oder für diese stimmen, obwohl mildere Mittel zur Verfügung stehen,⁸⁷³ nehmen sie auf die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter am Erhalt der formalen Gesellschafterstellung nicht hinreichend Rücksicht. Gleiches gilt für eine Anweisung an den Geschäftsführer in Kenntnis der Unwirksamkeit der Zwangseinziehung, eine neue Gesellschafterliste einzureichen. Weitere Treuepflichtverstöße im Zusammenhang mit der zwangsweisen Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen sind im Einzelfall denkbar.

c) Vertretenmüssen

Zwar haftet der Schuldner nach § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB grundsätzlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Jedoch erfordert der Grundsatz der beschränkten Haftung der GmbH-Gesellschafter (vgl. § 13 Abs. 2) im Einzelfall eine mildere Haftung i. S. d. 276 Abs. 1 S.1 Hs. 2 BGB.⁸⁷⁴ Bei der treuwidrigen Ausübung des Stimmrechts bei der AG ist man sich einig, dass unter Beachtung der Wertung des § 243 Abs. 2 AktG nur vorsätzliches Handeln eine Schadensersatzpflicht begründen kann.⁸⁷⁵ Zwar ist die GmbH regelmäßig personalistischer strukturiert, jedoch soll auch der GmbH-Gesellschafter durch eventuelle Haftungsrisiken nicht in seinem Stimmverhalten beeinflusst werden.⁸⁷⁶ Würde ein GmbH-Gesellschafter auch für einfache Fahrlässigkeit haften, droht dieser Grundsatz unterlaufen zu werden. Dies gilt für den Fall der Zwangseinziehung umso mehr als sich die Gesellschafter privatautonom für die Statuierung einer entsprechenden Zwangseinziehungsmöglichkeit entschieden haben. Ob neben der Zwangseinziehung ein anderes, milderes Mittel zur Verfügung steht, ist in den meisten Fällen wegen der Vielschichtigkeit des Sachverhalts nicht ohne weiteres einsehbar. Den übrigen Gesellschaftern dieses Risiko aufzubürden, indem sie für Fahrlässigkeit haften, erscheint nicht interessengerecht. In den übrigen Haftungsfällen (mit Ausnahme von Geschäftsführungsangelegenheiten⁸⁷⁷) erscheint unter Beachtung des Grundsatzes der beschränkten Haftung keine Beschränkung des Haftungsmaßstabs des § 276 BGB erforderlich.⁸⁷⁸

⁸⁷² BGH, Urt. v. 5.6.1975 - II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 = NJW 1976, 191.

⁸⁷³ Dazu unter § 8 I. 8. b) bb).

⁸⁷⁴ Vgl. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Lieder* § 13 Rn. 207.

⁸⁷⁵ Vgl. nur BGH, Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 162 ff = NJW 1995, 1739, 1746; MüKo-AktG/*Bungeroth* Vor § 53a Rn 45; Hüffer/*Koch* § 53a Rn 28; Schmidt/*Lutter/Fleischer* § 53a AktG Rn 70; Münch. HdB GesR VII/*Lieder* § 26 Rn. 300.

⁸⁷⁶ So schon Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Lieder* § 13 Rn. 205.

⁸⁷⁷ In diesen Fällen müssen die Gesellschafter entsprechend § 43 Abs. 1 GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes wahren: Scholz/*Seibt* § 14 Rn. 62 m. w. N.

⁸⁷⁸ Ebenso MüKoGmbHG/*Merkt* § 13 Rn. 211; Scholz/*Seibt* § 14 Rn. 62; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Pentz* § 13 Rn. 85; Ulmer/*Raiser* § 14 Rn. 102; a. A. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Lieder* § 13 Rn. 207, der sich für ei-

Zusätzlich muss der seine Treuepflicht verletzende Gesellschafter Vorsatz bzgl. des eintretenden Schadens aufweisen.⁸⁷⁹ Den die Zwangseinziehung betreibenden Gesellschaftern wird es aufgrund der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gerade darauf ankommen, die Streichung aus der Gesellschafterliste zu erreichen, damit er seine Gesellschafterrechte nicht mehr wahrnehmen kann.

d) Haftungsbegründende Kausalität

Die Pflichtverletzung muss kausal für den Verletzungserfolg (= Verlust der formalen Gesellschafterstellung) sein (sog. haftungsbegründende Kausalität).⁸⁸⁰

aa) Äquivalenztheorie

Nach der *conditio sine qua non*-Formel darf das schädigende Verhalten (= die Pflichtverletzung) nicht hinweg zu denken sein, ohne dass der Verletzungserfolg entfielen.⁸⁸¹ Wenn die Voraussetzungen der Zwangseinziehung nicht vorlagen bzw. vorgelegen hätten, hätte kein Zwangseinziehungsbeschluss durch die übrigen Gesellschafter gefasst werden dürfen. In der Folge hätte der Geschäftsführer bzw. mitwirkende Notar keine neue Gesellschafterliste einreichen dürfen. Wäre es dennoch zur Einreichung einer Gesellschafterliste gekommen, hätte das zuständige Registergericht die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste verweigern müssen. Denn ohne einen Zwangseinziehungsbeschluss kann kein Nachweis über die Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG erbracht werden. Infolgedessen hätte der betroffene Gesellschafter seine formale Gesellschafterstellung nicht verloren. Bei einer treuwidrigen Anweisung an den Geschäftsführer kommt es für die Frage der Kausalität darauf an, ob der Geschäftsführer die Gesellschafterliste auch ohne die Weisung eingereicht hätte.

bb) Adäquanztheorie

Weiterhin müsste die Pflichtverletzung für den Verletzungserfolg auch adäquat kausal sein. Ein adäquater Kausalzusammenhang ist anzunehmen, „*wenn eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolgs geeignet war*“⁸⁸². Eine treuwidrige Zwangseinziehung oder Anweisung an den Geschäftsführer erscheint im

ne Beschränkung der Haftung auf eigenübliche Sorgfalt und Vorsatz ausspricht, um dem Grundsatz der beschränkten Haftung hinreichend Rechnung zu tragen.

⁸⁷⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.6.1996 - 7 U 110/93 = ZIP 1996, 1211, 1213; vgl. auch Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Lieder § 13 Rn. 205; MüKoGmbHG/Merkt § 13 Rn. 212.

⁸⁸⁰ BeckOK BGB/Flume § 249 Rn. 279.

⁸⁸¹ Vgl. nur BGH, Urt. v. 6.6.2013 - IX ZR 204/12 = NJW 2013, 2345 Rn. 20; Urt. v. 19.10.2016 - IV ZR 521/14 = 2017, 263 Rn. 14; Urt. v. 9.11.2017 - IX ZR 270/16 = 2018, 541 Rn. 18; BeckOK BGB/Flume § 249 Rn. 280.

⁸⁸² RG, Urt. v. 22.6.1931 - VI 46/31, RGZ 133, 126, 127; hierauf bezugnehmend BGH, Urt. v. 23.10.1951 - I ZR 31/51,

Allgemeinen geeignet, den Verlust der formalen Gesellschafterstellung herbeizuführen.

cc) **Schutzzweck der Norm**

Zuletzt müsste der Verletzungserfolg auch im Schutzzweck der Haftungsnorm liegen. Ein Verletzungserfolg liegt jedenfalls dann nicht mehr im Schutzzweck der Haftungsnorm, wenn sich ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht, das dem Gefahrenbereich des Geschädigten zuzurechnen ist.⁸⁸³

Dass eine materiell fehlerhafte Gesellschafterliste aufgrund treuwidrigen Verhaltens der übrigen Gesellschafter eingereicht wird, stellt kein allgemeines Lebensrisiko dar. Vielmehr stellt es ein spezifisches Risiko dar, das durch die Gesellschafter geschaffen wurde.

Auch bei einem Dazwischentreten eines Dritten kann die Rechtsgutsverletzung dem Erstschädiger zugerechnet werden, wenn diese auf eine Gefahrenlage zurückzuführen ist, die durch den Erstschädiger gesetzt wurde.⁸⁸⁴ Zwar sind die übrigen Gesellschafter nicht für die Einreichung und Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste zuständig. Der Geschäftsführer bzw. mitwirkende Notar reicht eine aktualisierte Gesellschafterliste ein, die durch das Registergericht zugeordnet wird. Jedoch wäre es ohne die Pflichtverletzung der übrigen Gesellschafter nicht zur Einreichung und Aufnahme einer neuen, den betroffenen Gesellschafter nicht mehr ausweisenden Gesellschafterliste gekommen. Mithin wirkt eine durch die übrigen Gesellschafter geschaffene Gefahrenlage fort.

2. **Vertragliche Abreden**

Bestehen zwischen den übrigen Gesellschaftern und dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter vertragliche Abreden (z. B. Stimmbindungsverträge) können diese bei deren Verletzung ebenfalls Schadensersatzpflichten nach den §§ 280 ff. BGB auslösen.

3. **Deliktische Ansprüche**

Neben vertraglichen Ansprüchen könnten dem von der vermeintlichen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter deliktische Ansprüche gegen die übrigen Gesellschafter zustehen.

a) **§ 823 Abs. 1 BGB**

Unabhängig von der Frage, ob sich der deliktische Schutz der Mitgliedschaft (Art. 14 GG) im Innenverhältnis eines Verbandes aufgrund der speziellen, verbandsrechtlichen Vorschriften erstreckt,⁸⁸⁵ müsste die formale Gesellschafterstellung ein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB

BGHZ 3, 261, 267.

⁸⁸³ BGH, Urt. v. 20.5.2014 - VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263 = NJW 2014, 2190 Rn. 10.

⁸⁸⁴ Vgl. nur BGH, Urt. v. 16.2.1972 - VI ZR 128/70 = NJW 1972, 904, 906 f.; Urt. v. 9.2.1988 - VI ZR 168/87 = NJW-RR 1988, 731, 732; Urt. v. 10.2.2004 - VI ZR 218/03 = NJW 2004, 1375; Urt. v. 5.10.2010 - VI ZR 286/09 = NJW 2011, 292 Rn. 20; Urt. v. 17.12.2013 - VI ZR 211/12, BGHZ 199, 237 = NJW 2014, 2029 Rn. 55.

⁸⁸⁵ Ausführlich Staudinger/Hager (2017) § 823 Rn. B 146 ff.; vgl. auch Henssler/Strohn/Verse § 14 GmbHG Rn. 34 m.

darstellen. Wesensmerkmal aller in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechte ist der absolute Schutz gegenüber jedermann.⁸⁸⁶ Mithin müsste auch die formale Gesellschafterstellung absoluten Schutz gegenüber jedermann gewähren, um ein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB darzustellen. Zwar stellt die Verbandsmitgliedschaft ein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB dar.⁸⁸⁷ Jedoch gilt der in die Liste eingetragene Gesellschafter nur im Verhältnis zur GmbH als Inhaber des Geschäftsanteils (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Die formale Gesellschafterstellung gewährt dem Eingetragenen also gerade kein absolutes Recht, das gegenüber jedermann gilt. Das Vermögen des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters als Ganzes ist kein absolutes Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB.⁸⁸⁸ Folglich scheidet schon aus diesem Grund ein Anspruch des betroffenen Gesellschafters gegen die übrigen Gesellschafter aus § 823 Abs. 1 BGB aus.

b) § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz

Kam es im Zusammenhang mit der Einreichung der neuen Gesellschafterliste zu einer Straftat der übrigen Gesellschafter (z. B. Fälschung des Nachweises über die Veränderung, § 267 StGB) steht dem von der Löschung betroffenen Gesellschafter dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. dem Schutzgesetz zu. Dabei wird über § 823 Abs. 2 BGB insbesondere das Vermögen des Geschädigten geschützt.⁸⁸⁹

c) § 826 BGB

Zwar schließen spezielle verbandsrechtliche Schadensersatzinstitute einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB nicht aus.⁸⁹⁰ Jedoch wird eine einfache Treupflichtverletzung durch einen Gesellschafter alleine nicht ausreichen, um bereits von Sittenwidrigkeit ausgehen zu können.⁸⁹¹ Vielmehr muss die entsprechende Handlung dafür gegen das „*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*“⁸⁹² verstoßen. In die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ist der nach dem Inhalt, Beweggrund und Zweck zu beurteilende Gesamtcharakter des Verhaltens mit einzubeziehen.⁸⁹³ Von einer sittenwidrigen Stimmabgabe wird man nur für den Fall ausgehen können, dass sie die Zwangseinziehungsgründe nur herbeiführen oder die Zwangseinziehung nur betreiben, um den Gesellschafter treuwidrig aus der GmbH zu drängen.

w. N.

⁸⁸⁶ MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 188.

⁸⁸⁷ So die ganz h. M.; vgl. nur Staudinger/Hager (2017) § 823 Rn. B 141 m. w. N.

⁸⁸⁸ Dazu MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 423 ff. m. w. N.

⁸⁸⁹ MüKoBGB/Wagner § 823 Rn. 534 f.

⁸⁹⁰ Allgemein BeckOGK/Spindler § 826 BGB Rn. 68; speziell zu aktienrechtlichen Vorschriften BGH, Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 164 = NJW 1995, 1739, 1746 m. Anm. *Altmeyen* – Girmes; MüKoBGB/Wagner § 826 Rn. 205.

⁸⁹¹ Ebenso BeckOGK/Spindler § 826 BGB Rn. 69.

⁸⁹² So schon RG, Urt. v. 11.4.1901 - VI 443/00, RGZ 48, 114, 124 – Brisbane.

⁸⁹³ BGH, Urt. v. 20.11.2012 - VI ZR 268/11 = NJW-RR 2013, 550 Rn. 25; Urt. v. 4.6.2013 - VI ZR 288/12 = NJW-RR 2013, 1448 Rn. 14.

Der Schädigungsvorsatz des § 826 BGB muss sich sowohl auf den Schaden als auch auf die Sittenwidrigkeit beziehen.⁸⁹⁴ Dafür reicht es aus, wenn den Gesellschaftern die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bekannt sind.⁸⁹⁵ Den gegen die Treuepflicht verstoßenden Gesellschaftern wird es gerade darauf ankommen, dem betroffenen Gesellschafter Schaden zuzufügen. Wenn sie die Zwangseinziehungsgründe vorsätzlich herbeiführen, in treuwidriger Weise für die Zwangseinziehung stimmen oder den Geschäftsführer treuwidrig anweisen, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, sind ihnen auch die Umstände bewusst, die zur Sittenwidrigkeit ihres Verhaltens führen.

d) § 830 Abs. 2 BGB i. V. m. § 40 Abs. 3 GmbHG

Nach dem Rechtsgedanken des § 830 Abs. 2 BGB haften die übrigen Gesellschafter mit, wenn sie den Geschäftsführer zur Einreichung einer inhaltlich falschen Gesellschafterliste anstiften und sich dieser dadurch nach § 40 Abs. 3 GmbHG schadensersatzpflichtig macht.⁸⁹⁶

II. Haftung des Geschäftsführers

Neben der Haftung der übrigen Gesellschafter kommt eine persönliche Haftung des Geschäftsführers als handelndes Organ der GmbH in Betracht.

1. Verletzung der Einreichungspflicht, § 40 Abs. 3 GmbHG

Nach § 40 Abs. 3 Var. 1 GmbHG haften Geschäftsführer, welche die ihnen nach § 40 Abs. 1 GmbHG obliegende Pflicht verletzen, denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat, und den Gläubigern der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden. Bei einer Mehrheit von Geschäftsführern haften sie als Gesamtschuldner.

a) Anspruchsberechtigter

Anspruchsberechtigt i. S. d. § 40 Abs. 3 Var. 1 GmbHG ist jeder materiell betroffene Alt- oder Neugesellschafter, dessen Beteiligung sich geändert hat.⁸⁹⁷ Es bedarf keiner tatsächlichen materiell wirksamen Änderung der Beteiligung. „Selbstverständlich“⁸⁹⁸ ist der zu Unrecht gestrichene Gesellschafter anspruchsberechtigt. Denn in den Haftungsfällen besteht gerade Uneinigkeit über die

⁸⁹⁴ Ausführlich zum subjektiven Tatbestand des § 826 BGB BeckOGK/Spindler § 826 BGB Rn. 17 ff.

⁸⁹⁵ BGH, Urt. v. 24.11.1952 - III ZR 164/51, BGHZ 8, 83, 87 = NJW 1953, 297, 299; Urt. v. 17.9.1985 - VI ZR 73/84 = NJW 1986, 180, 181; Urt. v. 10.2.2015 - VI ZR 569/13 = NZG 2015, 559 Rn. 17; OLG Celle, Urt. v. 28.10.2009 - 9 U 125/06 = NZG 2010, 181 Rn. 44.

⁸⁹⁶ BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 227; Baumbach/Hueck/Servatius § 40 Rn. 44; Ulmer/Paefgen Rn. § 40 Rn. 193; Wicke/Wicke, § 40 Rn. 20.

⁸⁹⁷ Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 47; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 213; Scholz/Seibt § 40 Rn. 119; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 181 f.; vgl. auch BT-Drs. 16/6140, S. 43 f.: „Gemäß Absatz 3 haften die Geschäftsführer bei schuldhaft falscher Ausfertigung der Liste denjenigen gegenüber auf Schadensersatz, deren Beteiligung sich geändert hat – im Fall einer Anteilsübertragung also sowohl dem Erwerber als auch dem Veräußerer.“

⁸⁹⁸ Baumbach/Hueck/Servatius § 40 Rn. 47; vgl. auch Scholz/Seibt § 40 Rn. 119.

Wirksamkeit der eingetragenen Veränderung. Eine andere Sichtweise liefe dem Sinn und Zweck der Haftung des § 40 Abs. 3 GmbHG zuwider. Mit der Formulierung „*deren Beteiligung sich geändert hat*“ ist also vielmehr gemeint, dass sich die formale Gesellschafterstellung des anspruchserhebenden Gesellschafters geändert haben muss. Hingegen reicht alleine die materielle Berechtigung am Geschäftsanteil zur Begründung eines Anspruchs aus § 40 Abs. 3 Var. 1 GmbHG nicht aus.⁸⁹⁹ Ein Gesellschafter, der zu Unrecht aus der Gesellschafterliste gestrichen wurde, erfüllt diese Voraussetzungen: Er ist weiterhin am Geschäftsanteil materiell berechtigt und die Gesellschafterliste wurde in Bezug auf seine Berechtigung am Geschäftsanteil in formaler Hinsicht geändert.

b) Pflichtverletzung

Die Einreichungspflicht des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 1 GmbHG kann in unterschiedlicher Weise verletzt werden.⁹⁰⁰ Einerseits kann dem Geschäftsführer die unterbliebene oder verspätete Einreichung vorgeworfen werden. Andererseits kann es zur Einreichung einer Gesellschafterliste kommen, die nicht der materiellen Rechtslage entspricht.⁹⁰¹ Hingegen gilt die Haftung des § 40 Abs. 3 GmbHG in einem Umkehrschluss zu seinem Wortlaut gerade nicht für die Fälle, in denen der Geschäftsführer lediglich seine Pflicht zur Überwachung und Korrektur einer fehlerhaften Gesellschafterliste verletzt. Denn hierbei handelt es sich gerade nicht um eine Pflicht des Geschäftsführers aus § 40 Abs. 1 GmbHG.⁹⁰² Die zwischenzeitlich unrechtmäßig unterbliebene Beteiligung des von der unwirksamen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters beruht auf der Einreichung einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste.

c) Verschulden

Zwar statuiert § 40 Abs. 3 GmbHG nicht ausdrücklich ein Verschuldenserfordernis, jedoch ist dessen Erforderlichkeit allgemein anerkannt.⁹⁰³ Dies ergibt sich schon aus dem Tatbestandsmerkmal der Unverzüglichkeit des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG, das nur verletzt ist, wenn die Gesellschafterliste nicht ohne schuldhaftes Zögern eingereicht wird.⁹⁰⁴ In Bezug auf die Einreichung einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste trifft den Geschäftsführer ein Verschulden, wenn er positive Kennt-

⁸⁹⁹ So aber Mayer, DNotZ 2008, 403, 414; ebenfalls ablehnend Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 47; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 213; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 183.

⁹⁰⁰ Zu den unterschiedlichen Formen der Pflichtverletzung Rischbieter/Gröning/Rischbieter § 5 Rn. 85; Bussian/Achenbach BB 2010, 778 f.

⁹⁰¹ Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 30 f.

⁹⁰² In diesem Sinne auch BGH, Urt. v. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 33 m. Anm. Bayer, der dem Geschäftsführer mangels gesetzlicher Regelung die Zuständigkeit zur Korrektur einer notariellen Gesellschafterliste zuspricht.

⁹⁰³ So schon BT-Drs. 16/6140, S. 39, 43; allgemeine Meinung: vgl. nur Altmeyen/Altmeyen § 40 Rn. 48; Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 43; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 218; Henssler/Strohn/Oetker § 40 GmbHG Rn. 27; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 107; MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 197 f.; Scholz/Seibt § 40 Rn. 118; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 178.

⁹⁰⁴ Baumbach/Hueck/Noack § 40 Rn. 43; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 218.

nis von der inhaltlichen Unrichtigkeit der Liste hat oder deren inhaltliche Unrichtigkeit bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte kennen müssen.⁹⁰⁵ Reicht der Geschäftsführer die Gesellschafterliste entgegen einer gerichtlichen Untersagungsverfügung ein, kann er sich im Nachhinein nicht auf fehlendes Verschulden bei der Einreichung einer inhaltlich falschen Gesellschafterliste berufen.

Welche Sorgfalt den Geschäftsführer bei der Einreichung einer Gesellschafterliste trifft, wurde ausführlich untersucht.⁹⁰⁶ Eine Verletzung der erforderlichen Sorgfalt wird man dem Geschäftsführer vorwerfen können, wenn er ohne Mitteilung durch einen formal berechtigten Gesellschafter und Nachweis über die zwangsweise Einziehung des Geschäftsanteils i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG tätig wird. Hingegen trifft ihn kein Verschulden, wenn der mitteilende Gesellschafter geschäftsunfähig oder ohne Geschäftsführer-Verschulden zu Unrecht in die Gesellschafterliste eingetragen ist und er dies nicht hätte erkennen können.⁹⁰⁷ Gleiches gilt, wenn die Veränderung durch eine nicht erkennbare Fälschung nachgewiesen wird.⁹⁰⁸ Andererseits wird man ein Verschulden des Geschäftsführers annehmen können, wenn die Mitteilung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erfolgt und der Geschäftsführer sich die Vertretungsmacht nicht hat nachweisen lassen.⁹⁰⁹

Der Geschäftsführer muss die formale und materielle Wirksamkeit der mitgeteilten und nachgewiesenen Zwangseinziehung vollumfänglich überprüfen. Hat der Geschäftsführer Zweifel an der Wirksamkeit der Zwangseinziehung, muss er juristischen Rat einholen, um die gebotene Sorgfalt zu wahren. Man wird dem zuständigen Geschäftsführer auch dann Fahrlässigkeit vorwerfen können, wenn er entgegen der Einwände des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters keine weiteren Nachprüfungen anstellt und ggf. juristischen Rat einholt. Insofern sollte der von der drohenden Streichung betroffene Gesellschafter in jedem Fall Einwände gegen die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste erheben. Bei analoger Anwendbarkeit der §§ 241 ff. AktG kann dem betroffenen Gesellschafter nicht die Einreichung einer Gesellschafterliste vorgeworfen werden, die auf einem anfechtbaren Zwangseinziehungsbeschluss beruht. Keine Verletzung der Prüfpflicht ist anzunehmen, wenn er über eine nachträglich eintretende Unwirksamkeit oder einen von Vorneherein vorliegenden Unwirksamkeitsgrund nicht informiert wurde und entsprechende Gründe auch nicht hätte erkennen können.⁹¹⁰

d) Haftungsbegründende Kausalität

Bzgl. der haftungsbegründenden Kausalität kann auf die Ausführungen im Rahmen der Haftung der

⁹⁰⁵ MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 198; Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 118; Ulmer/*Paefgen* § 40 Rn. 178.

⁹⁰⁶ Siehe § 6.

⁹⁰⁷ Vgl. BeckOK GmbHG/*Heilmeier* § 40 Rn. 219.

⁹⁰⁸ BeckOK GmbHG/*Heilmeier* § 40 Rn. 219.

⁹⁰⁹ BeckOK GmbHG/*Heilmeier* § 40 Rn. 219.

⁹¹⁰ BT-Drs. 16/6140 S. 39; Michalski/*Heidinger/Leible/J. Schmidt/Terlau* § 40 Rn. 44; Mayer, DNotZ 2008, 403, 414.

übrigen Gesellschafter verwiesen werden.⁹¹¹ Auch wenn das Registergericht die Gesellschafterliste dem Handelsregister zuordnet, unterbricht dies den Kausalzusammenhang nicht. Ohne die Pflichtverletzung des Geschäftsführers wäre es nicht zur Aufnahme einer neuen, den betroffenen Gesellschafter nicht mehr ausweisenden Gesellschafterliste gekommen. Mithin wirkt eine durch den Geschäftsführer geschaffene Gefahrenlage fort.

e) Darlegungs- und Beweislastumkehr

Sowohl im Hinblick auf die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerhandelns als auch für dessen Verschulden gilt analog § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast.⁹¹² Das pflichtwidrige Handeln und Verschulden des Geschäftsführers werden demnach zugunsten des Klägers vermutet. Der Geschäftsführer muss zur Abwendung seiner Haftung darlegen und beweisen, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat.⁹¹³ Die *Business Judgement Rule* analog § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist nicht anwendbar, da es sich bei der Einreichung der Gesellschafterliste nicht um eine unternehmerische Entscheidung handelt.⁹¹⁴

2. Weitere Schadensersatzansprüche

Gesetzliche Schadensersatzansprüche scheiden mangels unmittelbarer Treuepflicht des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern aus.⁹¹⁵ Der Geschäftsführer macht sich nach Maßgabe des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. dem Schutzgesetz und/oder § 826 BGB schadensersatzpflichtig, soweit ihm die Verletzung eines Schutzgesetzes bzw. vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten zur Last fällt und dem betroffenen Gesellschafter aus diesem Verhalten ein Schaden entstanden ist.

III. Haftung des Notars

1. Verletzung der Einreichungspflicht

a) § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 40 Abs. 2 GmbHG

Eine Haftung des Notars aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 40 Abs. 2 GmbHG wegen Verletzung seiner Einreichungspflicht scheidet mangels Schutzgesetzeigenschaft des § 40 Abs. 2 GmbHG aus.⁹¹⁶ Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 40 Abs. 3 GmbHG, der ausdrücklich die Haftung

⁹¹¹ Dazu unter § 10 I. 1. d).

⁹¹² Altmeyden/*Altmeyden* § 40 Rn. 48; BeckOK GmbHG/*Heilmeyer* § 40 Rn. 222; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 40 Rn. 107; Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 119; Ulmer/*Paefgen* § 40 Rn. 190; Baumbach/Hueck/*Servatius* § 40 Rn. 43; offenlassend MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 199.

⁹¹³ Ausführlich zur Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG bei MüKoAktG/*Spindler* § 93 Rn. 203 ff. m. w. N.

⁹¹⁴ Baumbach/Hueck/*Servatius* § 40 Rn. 43.

⁹¹⁵ Zur Treuepflicht des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern Altmeyden/*Altmeyden* § 43 Rn. 35.

⁹¹⁶ Altmeyden/*Altmeyden* § 40 Rn. 48; Baumbach/Hueck/*Servatius* § 40 Rn. 72; Henssler/Strohn/*Oetker* § 40 GmbHG Rn. 38; Lutter/Hommelhoff/*Bayer* § 40 Rn. 108; MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 241; Ulmer/*Paefgen* § 40 Rn.

des Geschäftsführers wegen Verletzung seiner Einreichungspflicht aus § 40 Abs. 1 GmbHG anordnet.⁹¹⁷ Eine andere Sichtweise würde die Vorschrift des § 40 Abs. 3 GmbHG „aushebeln“⁹¹⁸. Zudem hätte es keiner Statuierung einer Geschäftsführerhaftung in § 40 Abs. 3 GmbHG bedurft, wenn die Einreichungspflichten aus § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG Schutzgesetzeigenschaft i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB aufweisen würden.

b) § 19 BNotO

Der Notar haftet wegen Verletzung seiner Einreichungspflicht als Amtspflicht des § 40 Abs. 2 GmbHG nach Maßgabe des § 19 BNotO.

aa) Amtspflichtverletzung

Bei den Pflichten des Notars aus § 40 Abs. 2 GmbHG handelt es sich um Amtspflichten, die ihm kraft seiner Mitwirkung an der Veränderung obliegen.⁹¹⁹ Reicht der Notar die Gesellschafterliste nicht, verspätet oder mit einem falschen materiellen Inhalt ein, verletzt er die ihn treffende Amtspflicht nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Gleiches gilt wegen der weitreichenderen Pflichten des Notars, wenn er es unterlässt, eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln, die übermittelte Liste fehlerhaft ist oder keine Bescheinigung i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG erstellt und eingereicht wird. Eine Amtspflichtverletzung des Notars ist auch dann anzunehmen, wenn er eine Gesellschafterliste entgegen der gerichtlichen Untersagungsverfügung einreicht.⁹²⁰

bb) Drittbezogenheit der Amtspflicht

Die Amtspflicht müsste dem Notar nach § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO gegenüber dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter obliegen. Nach dem BGH besteht die Amtspflicht gegenüber demjenigen, „dessen Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts gerade durch die statuierte Amtspflicht gegen Beeinträchtigungen geschützt werden sollen“⁹²¹. Da der mitwirkende Notar nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG nur „anstelle“ des Geschäftsführers tätig wird, erscheint eine

191; Wicke/Wicke § 40 Rn. 21; Mayer, DNotZ 2008, 403, 414 f.

⁹¹⁷ Altmeppen/Altmeppen § 40 Rn. 48; Mayer, DNotZ 2008, 403, 414 f.

⁹¹⁸ Mayer, DNotZ 2008, 403, 414 f.

⁹¹⁹ BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10 = NZG 2011, 1809 Rn. 10; OLG Köln, Beschl. v. 7.5.2010 - 2 Wx 20/10 = FGPrax 2010, 202; Altmeppen/Altmeppen § 40 Rn. 49; Baumbach/Hueck/Servatius § 40 Rn. 72; BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 163, 223; Lutter/Hommelhoff/Bayer § 40 Rn. 108; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Terlau § 40 Rn. 45; Scholz/Seibt § 40 Rn. 128; Ulmer/Paefgen § 40 Rn. 191; Wicke/Wicke § 40 Rn. 21; Vossius, DB 2007, 2299, 2304; Heckschen, ZErB 2008, 246, 252; Kort, GmbHR 2009, 169, 173; vgl. auch MüKoGmbHG/Heidinger § 40 Rn. 307 f. und Mayer, DNotZ 2008, 403, 415, die jedoch der Amtspflichtenqualität von § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG kritisch gegenüberstehen.

⁹²⁰ Denn der Notar muss sich kraft seiner Amtspflicht an eine Untersagungsverfügung halten. Dazu unter § 8 II. 3. c) aa) (2).

⁹²¹ BGH, Urt. v. 28.9.1959 - III ZR 92/58 = DNotZ 60, 157.

Begrenzung des Drittschutzes der Amtspflicht nach Maßgabe des § 40 Abs. 3 GmbHG geboten.⁹²² Insofern haftet der Notar gegenüber den Gesellschaftern, deren Beteiligung sich geändert hat und den Gesellschaftsgläubigern. Der von der vermeintlichen Zwangseinziehung und Listenstreichung betroffene Gesellschafter ist materiell berechtigter GmbH-Gesellschafter, dessen Beteiligung sich formal geändert hat und insofern Adressat der Haftung aus § 19 BNotO.⁹²³

Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter verliert seine formale Gesellschafterstellung alleine durch die Einreichung und Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste. Hingegen birgt die Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG mangels Relevanz für die Ausübung der Gesellschafterrechte keine nachteiligen Rechtsfolgen für den von der Streichung aus der Gesellschafterliste betroffenen Gesellschafter.⁹²⁴

cc) Verschulden

Nach § 19 Abs. 1 BNotO haftet der Notar nur für vorsätzliche oder fahrlässige Amtspflichtverletzungen. Zwar handelt der mitwirkende Notar ohne Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG. Jedoch hat auch der Notar hat vor Einreichung der neuen Gesellschafterliste die formale und materielle Wirksamkeit der Veränderung vollumfänglich zu überprüfen.⁹²⁵ Da den mitwirkenden Notar dieselben Prüfpflichten wie den Geschäftsführer treffen, kann auf die Ausführungen zur Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung dieser Prüfpflicht verwiesen werden.⁹²⁶

dd) Haftungsbegründende Kausalität

Bzgl. der haftungsbegründenden Kausalität kann auf die Ausführungen im Rahmen der Haftung der übrigen Gesellschafter verwiesen werden.⁹²⁷ Auch wenn das Registergericht die Gesellschafterliste dem Handelsregister zuordnet, unterbricht dies den Kausalzusammenhang nicht. Ohne die Pflichtverletzung des Notars wäre es nicht zur Aufnahme einer neuen, den betroffenen Gesellschafter nicht mehr ausweisenden Gesellschafterliste gekommen. Mithin wirkt eine durch den Notar geschaffene Gefahrenlage fort.

ee) Subsidiaritätsprivileg, § 19 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BNotO

Nach § 19 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BNotO haftet der fahrlässig handelnde Notar nicht, wenn der Verletzte

⁹²² Baumbach/Hueck/*Servatius* § 40 Rn. 72; BeckOK GmbHG/*Heilmeier* § 40 Rn. 163, 223; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Terlau* § 40 Rn. 45; Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 128; Wicke/*Wicke* § 40 Rn. 21; Mayer DNotZ 2008, 414 f.

⁹²³ Dazu unter § 10 III. 1. b) bb).

⁹²⁴ Kritisch zur Frage, ob die Pflicht zur Erstellung und Einreichung der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG drittschützenden Charakter aufweist: MüKoGmbHG/*Heidinger* § 40 Rn. 307 f. und Mayer, DNotZ 2008, 403, 415.

⁹²⁵ Dazu unter § 6 I. 2.

⁹²⁶ Dazu unter § 10 II. 1. c).

⁹²⁷ Dazu unter § 10 I. 1. d).

auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Voraussetzung ist jedoch, dass der Ersatzanspruch seine Rechtsgrundlage in denselben tatsächlichen Vorgängen findet wie der Amtshaftungsanspruch.⁹²⁸ Auch etwaige Schadensersatzansprüche gegen die übrigen Gesellschafter, den Geschäftsführer, die GmbH und/oder den Rechtspfleger finden ihre Rechtsgrundlage in dem tatsächlichen Verlust der formalen Gesellschafterstellung. Hingegen müssen entsprechende anderweitige Ersatzmöglichkeiten nicht auf demselben rechtswidrigen Verhalten beruhen.⁹²⁹ Dabei muss dem Geschädigten die Verfolgung anderweitiger Ersatzmöglichkeiten aus Sicht *ex-ante* zumutbar sein.⁹³⁰ Der Geschädigte kann nicht auf Ersatzmöglichkeiten verwiesen werden, die weitläufig, unsicher oder im Ergebnis zweifelhaft sind oder die er nicht oder jedenfalls nicht in absehbarer oder angemessener Zeit durchsetzen kann.⁹³¹ Der Einwand der subsidiären Haftung⁹³² ist unzulässig, soweit der andere Ersatzpflichtige ebenfalls subsidiär haftet.⁹³²

Zwar ist die Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Einreichungspflicht neben dem Notar ausgeschlossen, da der mitwirkende Notar nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG „*anstelle*“ des Geschäftsführers tätig wird. Eine Unterschrift durch den Geschäftsführer und Notar bei Unklarheiten über die Zuständigkeit ist aufgrund der klaren Zuständigkeitsverteilung abzulehnen.⁹³³ Jedoch erscheint im Einzelfall denkbar, dass die übrigen Gesellschafter oder der zuständige Rechtspfleger neben dem Notar haften. So kann die Haftung des Notars nach § 19 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BNotO beispielsweise dann ausgeschlossen sein, wenn die übrigen Gesellschafter den lediglich fahrlässig handelnden Notar entgegen ihrer Treuepflicht nicht auf einen Unwirksamkeitsgrund hinweisen oder ihn in dessen positiver Kenntnis gar auffordern, eine neue Gesellschafterliste einzureichen.⁹³⁴

ff) Haftungsausschluss, § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB

Nach § 19 Abs. 1 S. 3 BNotO i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Der Begriff des Rechtsmittels ist dabei sehr weit auszulegen und umfasst alle geeigneten, rechtlich zulässigen, förmlichen und formlosen Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen die Amtspflichtverletzung richten und nach gesetzlicher Ordnung deren Beseitigung bezwecken und

⁹²⁸ Der BGH verneinte einen entsprechenden Tatsachenzusammenhang für die Möglichkeit eines Energieversorgungsunternehmens als Kläger, die im vorliegenden Rechtsstreit als Schadensersatz geltend gemachten Investitionskosten durch entsprechende Gestaltung ihres Stromtarifs auf die Endabnehmer abzuwälzen, BGH, Urt. v. 16.01.1997 - III ZR 117/95 = NVwZ 1997, 714, 725.

⁹²⁹ Exemplarisch zu anderweitigen Ersatzmöglichkeiten BeckOGK/Dörr § 839 BGB Rn. 637 ff.

⁹³⁰ Ständige Rechtsprechung vgl. nur BGH, Urt. v. 7.9.2017 - III ZR 618/16, BGHZ 215, 334 = NJOZ 2018, 1334 Rn. 20 m. w. N.; speziell zu § 19 BNotO: BeckOK BNotO/Schramm § 19 Rn. 129 f.

⁹³¹ BGH, Beschl. v. 26.3.1997 - III ZR 295/96 = NJW 1997, 2109.

⁹³² BGH, Urt. v. 3.6.1993 - III ZR 104/92 = NJW 1993, 3061, 3063.

⁹³³ Ebenso BeckOK GmbHG/Heilmeyer § 40 Rn. 152 f.; Berninger, DSStR 2010, 1292, 1293 f.; ebenfalls kritisch Ulrich, GmbHR 2010, R133, R134.

⁹³⁴ Zu den weiteren Voraussetzungen BeckOK BNotO/Schramm § 19 Rn. 124.

ermöglichen.⁹³⁵ Weiterhin muss sich das Rechtsmittel gegen eine bereits begangene Amtspflichtverletzung richten und deren Beseitigung bezwecken.⁹³⁶ Denn gegen eine noch nicht begangene Amtspflichtverletzung kann kein Rechtsmittel eingelegt werden.⁹³⁷ Das unterlassene Rechtsmittel muss geeignet gewesen sein, den Schaden abzuwenden oder jedenfalls zu mindern.⁹³⁸

Soweit der Notar schon vor Einreichung einer neuen Gesellschafterliste seine Amtspflichten verletzt hat (z. B. während der Beurkundung des Zwangseinziehungsbeschlusses), muss der von der potentiellen Streichung betroffene Gesellschafter alle förmlichen und formlosen Rechtsbehelfe gegen die Amtspflichtverletzung ergreifen.⁹³⁹ Soweit er einen geeigneten Rechtsbehelf nicht ergriffen hat und dieser den Schaden durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung abwenden oder jedenfalls hätte mindern können, entfällt der Ersatzanspruch nach § 839 Abs. 3 BGB gänzlich oder jedenfalls zu einem entsprechenden Teil.

Verletzt der mitwirkende Notar seine Amtspflichten erst bei der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, muss der von der Streichung betroffene Gesellschafter alle Rechtsmittel ergreifen, um die Korrektur der Gesellschafterliste durch den Notar zu herbeizuführen. Denn dieser bleibt neben dem Geschäftsführer zur Korrektur befugt.⁹⁴⁰ Dafür steht dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter insbesondere die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO zur Verfügung, da der Notar durch die Einreichung einer inhaltlich falschen Liste seine Amtspflichten nicht erfüllt hat.⁹⁴¹ Zwar erscheinen entsprechende Rechtsmittel nicht geeignet, den Schaden wegen des zwischenzeitlichen Verlusts der formalen Gesellschafterstellung gänzlich abzuwenden. Jedoch wirkt sich der unterlassene Rechtsbehelf anspruchsmindernd aus.

2. Weitere Schadensersatzansprüche

Vertragliche Schadensersatzansprüche scheiden mangels vertraglicher Bindung zwischen dem Notar und dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter aus. Der mitwirkende Notar macht sich nach Maßgabe des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. dem Schutzgesetz und/oder § 826 BGB

⁹³⁵ BeckOGK/Dörr § 839 Rn. 675.

⁹³⁶ BGH, Urt. v. 8.1.2004 - III ZR 39/03 = DNotZ 2004, 362; Urt. v. 16.10.2008 - III ZR 15/08 = NJW 2009, 71 Rn. 14.

⁹³⁷ BGH, Urt. v. 8.1.2004 - III ZR 39/03 = DNotZ 2004, 362.

⁹³⁸ Insbesondere zu letzterem BGH, Urt. v. 16.1.1986 - III ZR 77/84 = NJW 1986, 1924 f.; Urt. v. 17.1.2002 - IX ZR 434/00 = DNotZ 2002, 539, 543; Urt. v. 11.3.2010 - III ZR 124/09 = NJW-RR 2010, 1465 Rn. 17.

⁹³⁹ Zu den Rechtsbehelfen gegen notarielles Handeln BeckOK BNotO/Schramm § 19 Rn. 148 f.

⁹⁴⁰ Dazu unter § 8 I. 2.

⁹⁴¹ Dazu unter § 8 I. 2. A. A. LG Düsseldorf, Beschl. v. 17.5.2018 - 19 T 50/18 = NZG 2018, 782, 783, das eine Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gerichtet auf die Korrektur der Gesellschafterliste als unzulässig erachtet. Denn das Verfahren des § 15 BNotO sei nicht zur Beseitigung der Vollzugsfolgen nach abgeschlossener Beurkundung und Erledigung des Verfahrens vor dem Notar vorgesehen. Zudem sei die Gesellschafterliste nicht „revisibel“ und § 40 Abs. 2 GmbHG stelle keine Rechtsgrundlage zur Listenkorrektur durch den Notar dar. Dabei erkennt das LG Düsseldorf, dass die Befugnis zur Listenkorrektur weder aus § 40 Abs. 1 GmbHG noch aus § 40 Abs. 2 GmbHG folgt. Vielmehr handelt es sich um eine ungeschriebene Kompetenz, vgl. BGH, Beschl. v. 17.12.2013 - II ZR 21/12 = GmbHR 2014, 198 Rn. 33 f. m. Anm. Bayer unter Verweis auf BT-Drs. 16/6140 S. 44.

schadensersatzpflichtig, soweit er ein Schutzgesetz verletzt bzw. ihm vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten zur Last fällt und dem betroffenen Gesellschafter aus diesem Verhalten ein Schaden entstanden ist.

IV. Haftung der Gesellschaft

Neben der persönlichen Haftung der übrigen Gesellschafter, des Geschäftsführers und des mitwirkenden Notars kommt eine Haftung der GmbH als juristische Person gegenüber dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter in Betracht.

1. § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. dem Mitgliedschaftsverhältnis

a) Schuldverhältnis

Zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern besteht eine mitgliedschaftliche Sonderverbindung (Mitgliedschaftsverhältnis), deren Verletzung Schadensersatzansprüche nach Maßgabe des § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann.⁹⁴²

b) Pflichtverletzung

Schon nach dem Willen des historischen Gesetzgebers stand dem eintretenden und dem ausscheidenden Gesellschafter ein Anspruch gegen die GmbH auf unverzügliche Aktualisierung der Gesellschafterliste zu.⁹⁴³ Insofern haftet die GmbH wie der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 3 GmbHG für die verspätete oder unterbliebene Einreichung sowie die Einreichung einer inhaltlich falschen Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer.⁹⁴⁴ Denn das pflichtverletzende Verhalten ihrer verfassungsmäßigen Vertreter wird der GmbH analog § 31 BGB zugerechnet.⁹⁴⁵ Da die Einreichungspflicht objektiv zum Pflichtenkreis des Geschäftsführers zählt, handelt er bei der Einreichung einer Gesellschafterliste auch innerhalb der ihm zustehenden Verrichtungen i. S. d. § 31 BGB.⁹⁴⁶ Unerheblich ist, ob sich der Geschäftsführer vorsätzlich über die ihm zustehenden Befugnisse hinwegsetzt.⁹⁴⁷ Hingegen kommt eine Zurechnung einer notariellen Pflichtverletzung mangels Repräsentanteneigenschaft des Notars nicht in Betracht.⁹⁴⁸

Zwar gilt auch im Verhältnis der GmbH zu ihren Gesellschaftern die gesellschaftsrechtliche Treue-

⁹⁴² Henssler/Strohn/*Verse* § 14 GmbHG Rn. 49; in diesem Sinne auch BT-Drs. 16/6140, S. 38, wonach speziell durch den Anteilserwerb ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der GmbH entsteht, das dem eintretenden und dem ausscheidenden Gesellschafter einen Anspruch auf Listenkorrektur gewährt.

⁹⁴³ BT-Drs. 16/6140, S. 38. Dazu unter § 8 I. 2.

⁹⁴⁴ Ebenso BeckOK GmbHG/*Heilmeyer* § 40 Rn. 225.

⁹⁴⁵ Baumbach/Hueck/*Beurskens* § 35 Rn. 69 f.; vgl. auch BeckOGK/*Offenloch* § 31 BGB Rn. 8; MüKoBGB/*Leuschner* § 31 Rn. 3; Palandt/*Ellenberger* § 31 Rn. 2; Staudinger/*Schwennicke* (2019) § 31 Rn. 101.

⁹⁴⁶ Baumbach/Hueck/*Beurskens* § 35 Rn. 69.

⁹⁴⁷ Vgl. hierzu MüKoBGB/*Leuschner* § 31 Rn. 22 m. w. N.

⁹⁴⁸ Zur „nichtorganschaftlichen Repräsentantenhaftung“ MüKoBGB/*Leuschner* § 31 Rn. 14 ff.

pflicht.⁹⁴⁹ Hingegen kann aus dieser keine generelle Pflicht der GmbH gegenüber dem materiell berechtigten Gesellschafter folgen, für die inhaltliche Richtigkeit der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste zu sorgen. Diese Sichtweise entspricht auch der des Gesetzgebers, nach dessen Intention die Beteiligungstransparenz durch die Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 GmbHG erhöht werden sollte.⁹⁵⁰ Da die Rechtswirkungen aber alleine die Gesellschafter treffen, liegt es grundsätzlich in ihrem Interessen- und Pflichtenkreis, für die inhaltliche Richtigkeit der Gesellschafterliste zu sorgen. Zudem wird es der GmbH schon aus rein tatsächlichen Gründen auch gar nicht möglich sein, die inhaltliche Richtigkeit der Gesellschafterliste abschließend zu beurteilen. Hingegen ist eine andere Sichtweise geboten, wenn das zuständige Gericht eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt erlassen hat, die aufgenommene Gesellschafterliste zu korrigieren. Wenn der Geschäftsführer entgegen dieser einstweiligen Verfügung keine korrigierte Gesellschafterliste einreicht, wird man der GmbH analog § 31 BGB einen Treuepflichtverstoß gegenüber dem Gesellschafter zur Last legen können.

c) Vertretenmüssen

Auch das Verschulden des Geschäftsführers wird der GmbH in analoger Anwendung des § 31 BGB zugerechnet.⁹⁵¹ Wann den Geschäftsführer bei der Einreichung einer inhaltlich falschen Gesellschafterliste Verschulden zur Last fällt, wurde ausführlich untersucht.⁹⁵² Handelt der Geschäftsführer entgegen einer gerichtlichen Verfügung, wird man ihm stets vorsätzliches Verhalten vorwerfen können.

d) Haftungsbegründende Kausalität

Bzgl. der haftungsbegründenden Kausalität kann auf die Ausführungen im Rahmen der Haftung der übrigen Gesellschafter verwiesen werden.⁹⁵³ Auch wenn das Registergericht die Gesellschafterliste dem Handelsregister zuordnet, unterbricht dies den Kausalzusammenhang nicht. Ohne die Pflichtverletzung der Gesellschaft (Zurechnung analog § 31 BGB) wäre es nicht zur Aufnahme einer neuen, den betroffenen Gesellschafter nicht mehr ausweisenden Gesellschafterliste gekommen. Mithin wirkt eine durch die Gesellschaft geschaffene Gefahrenlage fort.

⁹⁴⁹ MüKoGmbHG/Merkt § 13 Rn. 100; Scholz/Bitter § 13 Rn. 50.

⁹⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38: „Durch die Neuregelung wird der Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar sein, denn es entspricht nunmehr einem Eigeninteresse des Erwerbers, für die Eintragung in die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer Sorge zu tragen. Aber auch der Veräußerer kann ein Interesse daran haben, sein Ausscheiden wirksam werden zu lassen.“. Dazu ausführlich unter § 5 II.

⁹⁵¹ Schürnbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 22 ff.

⁹⁵² Dazu unter § 10 II. 1. c).

⁹⁵³ Dazu unter § 10 I. 1. d).

2. Deliktische Ansprüche

a) § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz und § 826 BGB

Verletzt der Geschäftsführer bei der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste ein Schutzgesetz oder schädigt er dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter in vorsätzlicher, sittenwidriger Weise, kann der GmbH dieses Verhalten analog § 31 BGB auch im Bereich der deliktischen Haftung zugerechnet werden.⁹⁵⁴

b) § 831 Abs. 1 BGB

Hingegen scheidet eine Haftung der GmbH nach § 831 Abs. 1 BGB für ein widerrechtliches Handeln des Geschäftsführers oder Notars bei der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste mangels Verrichtungsgehilfeneigenschaft aus. Denn nach ständiger Rechtsprechung ist Verrichtungsgehilfe i. S. d. § 831 BGB, wem von einer anderen Person, in deren Einflussbereich er sich im Allgemeinen oder im konkreten Fall befindet und von dessen Weisungen er abhängig ist, eine Tätigkeit übertragen worden sein.⁹⁵⁵ Weder der Geschäftsführer⁹⁵⁶ noch der mitwirkende Notar⁹⁵⁷ sind an Weisungen der GmbH gebunden.

V. Amtshaftung, § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG

Neben der Haftung der übrigen Gesellschafter, des Geschäftsführers, des mitwirkenden Notars und der GmbH kommt ein Anspruch aus Amtshaftung nach Maßgabe des § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG in Betracht, soweit der zuständige Rechtspfleger bei der Aufnahme der Gesellschafterliste eine ihm dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat.

1. Beamter im haftungsrechtlichen Sinne

In der Abkehr zum statusrechtlichen Beamtenbegriff reicht es nunmehr aus, dass „*jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes*“ (Art. 34 S. 1 GG) handelt.⁹⁵⁸ Ein Rechtspfleger handelt in Wahrnehmung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes und ist somit als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren.⁹⁵⁹

⁹⁵⁴ Staudinger/Schwennicke (2019) § 31 Rn. 42: „§ 31 BGB unterscheidet nicht zwischen rechtsgeschäftlich begründeten und gesetzlichen Verpflichtungen.“

⁹⁵⁵ Vgl. nur BGH, Urt. v. 30.6.1966 - VII ZR 23/65, BGHZ 45, 311, 313 = NJW 1966, 1807, 1808; Urt. v. 10.3.2009 - VI ZR 39/08 = NJW 2009, 1740 Rn. 11; Urt. v. 6.11.2012 - VI ZR 174/11 = NZG 2013, 279 Rn. 15.

⁹⁵⁶ BeckOGK BGB/Spindler § 831 Rn. 25; MüKoBGB/Wagner § 831 Rn. 20; Staudinger/Bernau (2018) § 831 Rn. 103.

⁹⁵⁷ OLG Köln, Beschl. v. 7.5.2010 - 2 Wx 20/10 = FGPrax 2010, 202.

⁹⁵⁸ Zur Abkehr vom staatsrechtlichen Beamtenbegriff: BeckOGK/Dörr § 839 Rn. 40 ff.

⁹⁵⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 5.10.2006 - III ZR 283/05 = NJW 2007, 224 Rn. 15, der die Qualifikation des Rechtspflegers als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne wegen seiner Eindeutigkeit nicht mal thematisiert.

2. Verletzung einer Amtspflicht

Amtspflichten sind persönliche Verhaltenspflichten des Beamten, die ihn in Bezug auf seine Amtsführung treffen.⁹⁶⁰ Dabei trifft den Amtsträger insbesondere die Pflicht, seine hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse im Einklang mit dem geltenden Recht auszuüben, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG.⁹⁶¹ Im Rahmen dessen hat er die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten.⁹⁶²

Nach hier vertretener Ansicht trifft den zuständigen Rechtspfleger die Pflicht, vor Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister alles zu überprüfen, was dem äußeren Bild der Gesellschafterliste zugeordnet werden kann.⁹⁶³ Dabei hat er auch die Rechtsprechung des BGH zu beachten. Weiterhin hat das Registergericht analog § 16 Abs. 2 HGB die Aufnahme der Gesellschafterliste auszusetzen, wenn der GmbH die Einreichung der Gesellschafterliste im einstweiligen Verfahren untersagt wurde. Diese Pflichten treffen den Rechtspfleger in Bezug auf seine Amtsführung und sind somit Amtspflichten.

3. Drittbezogenheit der Amtspflicht

Die verletzte Amtspflicht des Rechtspflegers muss gegenüber dem Dritten als Geschädigtem bestehen.⁹⁶⁴ Neben der Erfüllung allgemeiner Interessen und öffentlicher Zwecke muss die Amtspflicht also zumindest auch den Interessen des von der Streichung betroffenen Gesellschafters dienen.⁹⁶⁵ Die Drittbezogenheit der Amtspflicht ist dabei aus den sie „*begründenden und sie umreißenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts*“⁹⁶⁶ zu ermitteln. Weiterhin muss der Geschädigte einem Kreis Dritter angehören, auf dessen schutzwürdige Interessen „*in qualifizierter und zugleich individualisierbarer Weise*“⁹⁶⁷ Rücksicht zu nehmen ist.

Die Pflicht zur eingeschränkten Prüfung der eingereichten Gesellschafterliste dient gerade den Interessen der Gesellschafter, die in der alten und neuen Gesellschafterliste aufgeführt sind. Denn nur den aufgeführten Gesellschaftern stehen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten zu, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Weiterhin hat der materiell berechtigte, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste aufgeführte Gesellschafter den gutgläubigen Erwerb seines Geschäftsanteils zu befürchten, vgl. § 16 Abs.

⁹⁶⁰ MüKoBGB/Papier/Shirvani § 839 Rn. 244.

⁹⁶¹ BGH, Urt. v. 14.12.1978 - III ZR 37/77 = NJW 1979, 642, 643; Urt. v. 22.11.1979 - III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 29 f. = NJW 1980, 826, 828; Urt. v. 24.6.1982 - III ZR 19/81, BGHZ 84, 285, 287 = NJW 1983, 222; Urt. v. 10.11.1983 - III ZR 166/82 = NJW 1984, 2946.

⁹⁶² BGH, Urt. v. 24.6.1982 - III ZR 19/81, BGHZ 84, 285, 287 = NJW 1983, 222, 223.

⁹⁶³ Siehe § 7 I.

⁹⁶⁴ Vgl. nur BGH, Urt. v. 12.4.1951 - III ZR 99/50, BGHZ 1, 388, 394; Urt. v. 21.12.1959 - III ZR 138/58, 31, 388 (390) = NJW 1960, 671; Urt. v. 24.4.1961 - III ZR 40/60, BGHZ 35, 44 (46) = NJW 1961, 1347; Urt. v. 28.10.1982 - III ZR 89/81, BGHZ 85, 230, 233 = NJW 1983, 1668; Urt. v. 8.11.2012 - III ZR 151/12, BGHZ 195, 276 = NJW 2013, 604 Rn. 15.

⁹⁶⁵ BGH, Urt. v. 8.11.2012 - III ZR 151/12, BGHZ 195, 276 = NJW 2013, 604 Rn. 15.

⁹⁶⁶ BGH, Urt. v. 8.11.2012 - III ZR 151/12, BGHZ 195, 276 = NJW 2013, 604 Rn. 15.

⁹⁶⁷ BGH, Urt. v. 8.11.2012 - III ZR 151/12, BGHZ 195, 276 = NJW 2013, 604 Rn. 15.

3 GmbHG. Mithin gehört der von der Streichung betroffene Gesellschafter einem Personenkreis an, dessen Interessen durch die Verletzung der eingeschränkten registergerichtlichen Prüfpflicht in qualifizierter und individualisierter Weise verletzt werden.

Die Pflicht, die Aufnahme der Gesellschafterliste in analoger Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB auszusetzen, obliegt dem Rechtspfleger gerade gegenüber demjenigen, „*welcher die Entscheidung erwirkt hat*“, § 16 Abs. 2 HGB a. E.⁹⁶⁸ Denn nur dieser kann die Aufnahme der Gesellschafterliste durch seinen Widerspruch verhindern. Somit gehört der die einstweilige Untersagungsverfügung erwirkende Gesellschafter einem Personenkreis an, dessen Interessen durch die Missachtung der Aussetzungspflicht des § 16 Abs. 2 HGB in qualifizierter und individualisierter Weise verletzt werden.

4. Verschulden

Nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB muss der Beamte seine Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzen. Nach der Rechtsprechung des BGH handelt ein Beamter vorsätzlich, wenn er seine Amtspflicht bewusst verletzt.⁹⁶⁹ Der Amtsträger müsse mit der Möglichkeit eines solchen Verstoßes rechnen und diesen zumindest billigend in Kauf nehmen. Fahrlässig handelt der Amtsträger nach § 276 Abs. 2 BGB, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.⁹⁷⁰ Bei der Ermittlung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wird objektiviert auf den pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten abgestellt.⁹⁷¹

Bei der Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs eines Rechtspflegers bei der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung ist dessen besondere Stellung innerhalb der Judikative hinreichend zu berücksichtigen: Nach § 9 RPfLG ist er in gleicher Weise wie ein Richter sachlich unabhängig und bei seiner Amtsausübung nur an Recht und Gesetz gebunden.⁹⁷² Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Verschulden des Rechtspflegers nur dann anzunehmen, wenn seine Entscheidung oder sein Verfahren objektiv nicht mehr vertretbar erscheint.⁹⁷³ Der BGH bejahte eine objektiv nicht mehr vertretbare Rechtsansicht für den Fall, dass der Rechtspfleger entgegen einer „*offensichtlich unzureichende Negativerklärung des Vorstands*“ nach §§ 16 Abs. 2 S. 1, 198 Abs. 3 UmwG die Eintra-

⁹⁶⁸ Anders ist dies im Fall der Registersperre des § 16 Abs. 2 UmwG zu beurteilen. Nach dem BGH obliegt die Pflicht des Rechtspflegers, die Eintragung einer formwechselnden Umwandlung nicht vor Ablauf der Registersperre des § 16 Absatz 2 UmwG zu verfügen, ihm gegenüber allen Anteilseignern, BGH, Urt. v. 5.10.2006 - III ZR 283/05 = NJW 2007, 224 Rn. 18.

⁹⁶⁹ BGH, Urt. v. 8.4.1988 - V ZR 34/87 = NJW 1988, 2037, 2038; Urt. v. 19.3.1992 - III ZR 117/90 = NVwZ 1992, 911 f.; Urt. v. 12.11.1992 - III ZR 19/92 = NJW 1993, 1529, 1530.

⁹⁷⁰ BGH, Urt. v. 20.2.1992 - III ZR 188/90 = NJW 1992, 3229, 3231 f.

⁹⁷¹ BGH, Urt. v. 11.12.1997 - III ZR 52-97 = NJW 1998, 1307, 1308.

⁹⁷² BeckOGK/Dörr § 839 Rn. 471.

⁹⁷³ BGH, Urt. v. 5.10.2006 - III ZR 283/05 = NJW 2007, 224 Rn. 20; Urt. v. 22.1.2009 - III ZR 172/08 = NJW-RR 2009, 601 Rn. 13.

gung der Umwandlung entgegen § 16 Abs. 2 S. 2 UmwG vornahm.

Sowohl im Zusammenhang mit der registergerichtlichen Prüfung vor Aufnahme der Gesellschafterliste als auch mit der Aussetzung des Aufnahmeverfahrens analog § 16 Abs. 2 HGB besteht Uneinigkeit über die Reichweite der Sorgfaltspflichten des Rechtspflegers.⁹⁷⁴ Jüngst sprach der Gesetzgeber dem Registergericht im Gesetzgebungsverfahren zur Gesellschafterlistenverordnung (GesLV) mit Ausnahme offensichtlicher materieller Mängel eine rein formale Prüfpflicht der Gesellschafterliste zu.⁹⁷⁵ Diese Maßstäbe wird man zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs jedenfalls solange heranziehen müssen als sie gesetzlich oder durch Rechtsprechung des BGH konkretisiert oder abgeändert werden.⁹⁷⁶ Insofern wird man dem zuständigen Rechtspfleger mindestens Fahrlässigkeit zur Last legen können, wenn er die Gesellschafterliste entgegen offensichtlicher formaler oder materieller Mängel im Handelsregister aufnimmt. Gleiches gilt, wenn er die höchstrichterliche Rechtsprechung missachtet, die ihm als pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter bekannt sein muss.⁹⁷⁷

Mangels gesetzlicher Bestimmung oder höchstrichterlicher Rechtsprechung wird man dem Rechtspfleger kein Verschulden vorwerfen können, wenn er die Gesellschafterliste entgegen einer gerichtlichen Untersagungsverfügung im Handelsregister aufnimmt. Denn solange § 16 Abs. 2 HGB nicht durch den Gesetzgeber modifiziert wird oder der BGH zu dieser Problematik Stellung bezieht, erscheint die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister objektiv zumindest nicht unvertretbar.⁹⁷⁸

5. Haftungsbegründende Kausalität

Ohne Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister hätte der betroffene Gesellschafter seine formale Gesellschafterstellung nicht verloren (Äquivalenz). Ein pflichtwidriges Handeln des Registergerichts erscheint im Allgemeinen geeignet, den Verlust der formalen Gesellschafterstellung herbeizuführen (Adäquanz). Zudem stellt die Aufnahme einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste kein allgemeines Lebensrisiko dar (Schutzzweck der Norm).⁹⁷⁹

6. Subsidiaritätsprivileg, § 839 Abs. 1 S. 2 BGB

Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, kann er nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nur in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

⁹⁷⁴ Meinungsstand zur Reichweite der registergerichtlichen Prüfpflicht unter § 7 I. 3. - 4.; Meinungsstand zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 HGB unter § 8 II. 3. c) ee).

⁹⁷⁵ BR-Drs.105/18, S. 9.

⁹⁷⁶ Nach hier vertretener Ansicht erscheint die Unterscheidung zwischen formalen und materiellen Mängeln unzutreffend; siehe § 7 I. 5.

⁹⁷⁷ Dazu unter § 7 I. 3. b).

⁹⁷⁸ Zum Meinungsstand zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 HGB siehe § 8 II. 3. c) ee).

⁹⁷⁹ Ausführlich zur haftungsbegründenden Kausalität unter § 10 I. 1. d).

In Bezug auf die Voraussetzungen kann auf die Ausführungen zu § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO verwiesen werden.⁹⁸⁰

7. Haftungsausschluss, § 839 Abs. 3 BGB

Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.⁹⁸¹ Ein präventives Vorgehen gegen eine mögliche Verletzung der eingeschränkten Prüfpflicht des Registergerichts oder Missachtung des § 16 Abs. 2 HGB richten sich dabei unabhängig von ihrer Statthaftigkeit nicht gegen eine bereits begangene Amtspflichtverletzung. Unmittelbar gegen die begangenen Amtspflichtverletzungen des Rechtspflegers stehen dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter keine Rechtsmittel zur Verfügung. Vielmehr kann er deren nachträgliche Beseitigung alleine durch die Korrektur der aufgenommenen Gesellschafterliste erreichen. Der Korrekturanspruch besteht dabei gegen die GmbH bzw. mitwirkenden Notar und nicht gegen das Registergericht bzw. den zuständigen Rechtspfleger persönlich. Mithin kann dessen unterbliebene gerichtliche Geltendmachung nicht zum Anspruchsausschluss nach Maßgabe des § 839 Abs. 3 BGB führen. Dennoch muss der von der Streichung betroffenen Gesellschafter versuchen, die Korrektur der Gesellschafterliste zu erreichen, um ein Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB auszuschließen.⁹⁸²

8. Haftungsüberleitung, Art. 34 S. 1 GG

Nach Art. 34 S. 1 GG trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist maßgebend, welche Körperschaft dem Amtsträger das Amt anvertraut hat, bei dessen Ausübung er seine Amtspflichten verletzt hat. Dem Rechtspfleger sein Amt anvertrauende Körperschaft ist das jeweilige Land als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts. Bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten bleibt dem Land nach Art. 34 S. 2 GG der Rückgriff vorbehalten.

§ 11 Haftungsausfüllender Tatbestand

Im Rahmen des haftungsausfüllenden Tatbestands muss zunächst untersucht werden, ob die Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen ist (I.), um in einem zweiten Schritt einen ersatzfähigen, kausalen Schaden zu ermitteln (II.)

⁹⁸⁰ Dazu unter § 10 III. 1. b) dd).

⁹⁸¹ Zum Begriff des Rechtsmittels unter § 10 III. 1. b) ee).

⁹⁸² Vgl. exemplarisch BGH, Urt. v. 16.10.2008 - III ZR 15/08 = NJW 2009, 71, 73 (unterlassene Beschwerde gegen Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten); Urt. v. 17.1.1991 - IX ZR 77/90 = NJW 1991, 1172, 1174; Urt. v. 22.6.1982 - VI ZR 268/80 = DNotZ 1983, 129, 131 (unterbliebene Erinnerung gegen noch nicht begangene Amtspflichtverletzung).

I. Anspruchsausschluss

1. Kein bloßer Reflexschaden

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist nicht ohne weiteres durch vorrangige Schadensersatzansprüche der GmbH ausgeschlossen.⁹⁸³ Auch wenn der GmbH im Zusammenhang mit der Zwangseinziehung Schäden entstanden sein sollten, die Schadensersatzansprüche gegen ihre Gesellschafter begründen, entstehen bei dem betroffenen Gesellschafter durch die Streichung aus der Gesellschafterliste über bloße Reflexschäden hinausgehende eigene, unmittelbare Schäden. Denn durch die Streichung ist es ihm nicht mehr möglich, seine Gesellschafterrechte wahrzunehmen.

2. Wahrung der Anfechtungsfrist

Der Großteil des Schrifttums hält die fristgerechte Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den Gesellschafterversammlungsbeschluss vor Erhebung einer Schadensersatzklage für zwingend erforderlich.⁹⁸⁴ Denn dem Ablauf der Anfechtungsfrist komme rechtsbefriedende Wirkung zu, die ebenfalls zur Abweisung einer auf demselben Verstoß beruhenden Schadensersatzklage führe.⁹⁸⁵ Die Rechtsprechung hat bisher über die Notwendigkeit einer fristgerechten Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den Gesellschafterversammlungsbeschluss vor Erhebung einer Schadensersatzklage noch nicht entschieden.⁹⁸⁶ Ein Gesellschafterversammlungsbeschluss wird mit Ablauf der Anfechtungsfrist lediglich bestandskräftig.⁹⁸⁷ Die Bestandskraft eines Beschlusses geht nicht zwingend mit der Rechtmäßigkeit seines Zustandekommens und Beschlussinhalts einher. Soweit dem betroffenen Gesellschafter ein Schaden entsteht, der durch die rechtzeitige Anfechtung des Beschlusses nicht entfallen wäre, steht dem betroffenen Gesellschafter bzgl. dieses Schadens trotz der abgelaufenen Frist Schadensersatz zu.⁹⁸⁸

Zwar würden durch die erfolgreiche Anfechtung des Zwangseinziehungsbeschlusses die Schäden im Zusammenhang mit der fehlenden formalen Gesellschafterstellung gerade nicht entfallen. Denn wie ausführlich untersucht ist unabhängig von einer rückwirkenden Anfechtung des Zwangseinziehungsbeschlusses alleine die formale Gesellschafterstellung für die Wahrnehmung der Gesellschaf-

⁹⁸³ Hierzu Michalski/Habersack/Löbbecke/J. Schmidt/Lieder § 13 Rn. 202; MüKoGmbHG/Merkt § 13 Rn. 203; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 84.

⁹⁸⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 Rn. 109; Michalski/Habersack/Löbbecke/J. Schmidt/Lieder § 13 Rn. 203; Münch. HdB GesR III/Böhm § 32 Rn. 41; MüKoGmbHG/Merkt § 13 Rn. 209; Scholz/Seibt § 14 Rn. 62; Berger, ZHR 149 (1985), 599, 610; Hölters, BB 1977, 105, 112.

⁹⁸⁵ MüKoGmbHG/Merkt § 13 Rn. 209.

⁹⁸⁶ Offengelassen für die AG: BGH, Urt. v. 20.3.1995 - II ZR 205/94, BGHZ 129, 136, 160 f. = NJW 1995, 1739, 1745 m. Anm. Altmeyden – Girmes.

⁹⁸⁷ Hierzu und zum Folgenden Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 197.

⁹⁸⁸ MüKoGmbHG/Drescher § 47 Rn. 221; Scholz/K. Schmidt § 47 Rn. 33; ders., GmbHR 1979 121, 128; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand § 47 Rn. 197; Habersack, Die Mitgliedschaft, S. 234 f.

terrechte maßgebend, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.⁹⁸⁹ Diese ist erst wieder gewährleistet, wenn der Gesellschafter wieder in die Liste eingetragen ist. Jedoch kommt es mit dem Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist zur materiellen Präklusion der Anfechtungsgründe. Mithin entsprach die Gesellschafterliste durchgehend der materiellen Rechtslage und der betroffene Gesellschafter hätte auch gar nicht beteiligt werden müssen. In der Folge wird dem betroffenen Gesellschafter durch den Verlust der formalen Gesellschafterstellung kein ersatzfähiger, kausaler Schaden entstehen. Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter muss zwingend fristgerecht den Zwangseinziehungsbeschluss anfechten, um überhaupt Schadensersatzansprüche wegen zwischenzeitlich unterbliebener Beteiligung geltend machen zu können.

II. Ersatzfähiger, kausaler Schaden

Nach der Differenzhypothese liegt der Schaden in der *„Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde“*⁹⁹⁰.

1. Ersatzfähiger Schaden

a) Mitgliedschaftsrechte

Infolge der Löschung aus der Gesellschafterliste kann der betroffene Gesellschafter seine Vermögensrechte (Gewinnrecht, Bezugsrecht, Recht auf den Liquidationserlös) und Verwaltungsrechte (Stimmrecht, Rederecht, Anfechtungsrecht) nicht mehr wahrnehmen. Bei Erhalt seiner formalen Gesellschafterstellung hätten ihm diese weiterhin zugestanden. Auch die erfolgreiche Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage führt wegen der umfassenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG), die keine Rückabwicklung zulässt, zu keinem anderen Ergebnis.⁹⁹¹ Insofern wird der betroffene Gesellschafter als Mindestschaden einen Vermögensschaden in Höhe der Gewinnansprüche zwischen der Streichung und seiner Wiedereintragung in die Gesellschafterliste geltend machen können. Diese stellen einen Vermögensvorteil dar, der dem Geschädigten ohne das schädigende Ereignis zukünftig zugeflossen wäre.⁹⁹² Somit sind sie als entgangener Gewinn i. S. d. § 252 S. 1 BGB ersatzfähig.

Hingegen entstehen dem betroffenen Gesellschafter durch die Nichtwahrnehmung seiner Mitverwaltungs- und Kontrollrechte regelmäßig keine unmittelbaren Vermögensschäden. Nichtvermö-

⁹⁸⁹ Dazu unter § 8 I. 3.

⁹⁹⁰ *Mommson*, Zur Lehre von dem Interesse, S. 3.

⁹⁹¹ Ausführlich unter § 8 I. 9.

⁹⁹² Zum Begriff des entgangenen Gewinns BGH, Urt. v. 11.5.1989 - VII ZR 39/88 = NJW-RR 1989, 980, 981.

genschäden sind nur nach Maßgabe der §§ 249 Abs. 1, 253 BGB ersatzfähig.⁹⁹³ Eine Wiederherstellung des *status quo ante* nach § 249 Abs. 1 BGB ist wegen der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG unmöglich. Ein durch Gesetz bestimmter Fall i. S. d. § 253 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Weiterhin stellt das durch Art. 14 GG geschützte Anteilseigentum kein Rechtsgut i. S. d. § 253 Abs. 2 BGB dar. Auch wenn ausnahmsweise ein unmittelbarer Vermögensschaden entstanden ist, wird es dem betroffenen Gesellschafter aufgrund seines fehlenden Einblickes in die Geschehnisse der GmbH schwerfallen, entsprechende Schäden zu beziffern.⁹⁹⁴

b) Folgeschäden

Neben unmittelbaren Vermögensschäden können dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter durch die unterbliebene Beteiligung mittelbare Vermögensschäden an seinen weiteren Rechtsgütern entstehen. So kam es im Berliner Fall⁹⁹⁵ infolge der unterbliebenen Beteiligung des Mehrheitsgesellschafters zu weitreichenden Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die darauf abzielten, dem Mehrheitsgesellschaftler die Ausübung seiner Mehrheitsrechte auch bei etwaiger Unwirksamkeit der Zwangseinziehung zu verwehren und die mithin den Wert des Geschäftsanteils schmälerten. Weiterhin wurde der exklusive Vertriebsvertrag mit der süddeutschen Vertriebsgesellschaft der Unternehmensgruppe gekündigt, die sich im alleinigen Familienbesitz befand und in der Folge insolvent wurde. Grundsätzlich sind auch mittelbare Vermögensschäden nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB ersatzfähig.⁹⁹⁶ Soweit die Wiederherstellung des *status quo ante* nach § 249 Abs. 1 BGB durch erneute Satzungsänderungen nicht möglich ist, sind entsprechende Vermögensschäden nach Maßgabe der §§ 251, 252 BGB ersatzfähig.

c) Verlust des Geschäftsanteils

Der Schaden des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters könnte auch darin liegen, dass er seinen Geschäftsanteil an einen gutgläubigen Dritten nach § 16 Abs. 3 GmbHG verliert.⁹⁹⁷ Einen gutgläubigen Erwerb seines Geschäftsanteils hat der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter nur zu befürchten, soweit die (1.) Geschäftsanteile der übrigen Gesellschafter aufgestockt werden und (2.) ein nicht-so-existenter Geschäftsanteil gutgläubig erworben werden kann.⁹⁹⁸ Zudem wird die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs im Rahmen der Zwangseinziehung aufgrund der Drei-Jahres-Frist des § 16 Abs. 3 S. 2 GmbHG als gering einzustufen sein. Jedenfalls wird man dem

⁹⁹³ Ausführlich zur Ersatzfähigkeit von Nichtvermögensschäden BeckOK BGB/*Flume* § 249 Rn. 75 ff.

⁹⁹⁴ Ebenso *Römermann*, GmbHR 2015, 1216, 1218.

⁹⁹⁵ Ausführliche Darstellung des Sachverhalts in § 2.

⁹⁹⁶ Ausführlich zur Terminologie unmittelbarer und mittelbarer Vermögensschaden MüKoBGB/*Oetker* § 249 Rn. 99 ff.

⁹⁹⁷ So für den Schadensersatzanspruch aus § 40 Abs. 3 GmbHG Scholz/*Seibt* § 40 Rn. 119 m. w. N.

⁹⁹⁸ Von der Erläuterung dieses Problems wird abgesehen; zum Meinungsbild mit entsprechenden Nachweisen siehe BeckOK GmbHG/*Wilhelmi* § 16 Rn. 85 f.

von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter ein Mitverschulden nach § 254 BGB zur Last legen können, wenn er es versäumt hat, im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes die Zuordnung eines Widerspruchs nach § 16 Abs. 3 S. 3, 4 GmbHG zu erreichen.

2. Haftungsausfüllende Kausalität

Der Verletzungserfolg (= Verlust der formalen Gesellschafterstellung) muss kausal für den eingetretenen Schaden sein (sog. haftungsausfüllende Kausalität).⁹⁹⁹

a) Äquivalenztheorie

Hätte der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter seine formale Gesellschafterstellung nicht verloren, wäre ihm dadurch kein Schaden entstanden. Ebenfalls hätte ein gutgläubiger Dritter mangels Rechtsscheinsträgers i. S. d. § 16 Abs. 3 S. 1 GmbHG den Geschäftsanteil nicht gutgläubig erwerben können. Für mittelbare Vermögensschäden an weiteren Rechtsgütern ist der Verlust der formalen Gesellschafterstellung nach der *conditio sine qua non*-Formel nur dann kausal, wenn der betroffene Gesellschafter diese Schäden bei Erhalt der formalen Gesellschafterstellung hätte verhindern können. Das wird man regelmäßig nur bei einer Mehrheitsbeteiligung des betroffenen Gesellschafters annehmen können.

b) Adäquanztheorie

Der Verlust der formalen Gesellschafterstellung erscheint im Allgemeinen geeignet, Schäden bei dem betroffenen Gesellschafter hervorzurufen. Auch der Verlust des Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG und Schäden an weiteren Rechtsgütern des betroffenen Gesellschafters liegen nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit.

c) Schutzzweck der Norm

Da der Verlust der formalen Gesellschafterstellung nicht dem Gefahrenbereich des Gesellschafters zuzurechnen ist, stellen daraus entstehende Schäden auch kein allgemeines Lebensrisiko des betroffenen Gesellschafters dar. Auch wenn beim gutgläubigen Erwerb des Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG ein Dritter dazwischentritt, wirkt eine durch die Gesellschafter, den Geschäftsführer, den Notar, die Gesellschaft oder den Rechtspfleger geschaffene Gefahrenlage fort, die den Kausalzusammenhang nicht durchbricht.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁹ BeckOK BGB/Flume § 249 Rn. 279.

¹⁰⁰⁰ Zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs i. R. d. Schutzzwecks der Norm beim Dazwischentreten Dritter unter § 10 I. 1. d) cc).

3. Mitverschulden, § 254 BGB

Soweit der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter nicht gegen die drohende Streichung aus der Gesellschafterliste vorgeht oder versucht, die Korrektur der Liste zu erreichen, wird man seinen Anspruch nach Maßgabe des § 254 BGB kürzen müssen.

III. Haftungskonkurrenz

Stehen dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter nach den obigen Ausführungen dem Grunde nach verschiedene Schadensersatzansprüche zu, besteht im Außenverhältnis eine Gesamtschuldnerschaft nach Maßgabe der §§ 421 ff. BGB.¹⁰⁰¹ Bei einer Gesamtschuld zwischen der GmbH und den übrigen Gesellschaftern haften im Innenverhältnis vorrangig letztere. Eine andere Sichtweise würde zu einer doppelten Benachteiligung des geschädigten Gesellschafters führen: Zunächst erleidet er einen Schaden durch die treuwidrige Zwangseinziehung bzw. den treuwidrigen Vollzug der Zwangseinziehung. Würde nunmehr die GmbH für den entsprechenden Schaden haften, vermindert sich das Gesellschaftsvermögen und der geschädigte Gesellschafter würde seinen Schaden mittelbar selbst begleichen.¹⁰⁰² Bei der Gesamtschuld zwischen der GmbH und dem handelnden Geschäftsführer kann die GmbH im Innenverhältnis aufgrund der Haftung für fremdes Verschulden bei dem Geschäftsführer nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB vollen Regress nehmen.¹⁰⁰³ Diesen Regressanspruch wird man bei einer Weisung des Geschäftsführers oder dem Einverständnis sämtlicher Gesellschafter ablehnen müssen.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹ RG, Urt. v. 24.4.1922 - VI 677/21 = JW 1924, 1155; BGH, Urt. v. 9.5.2005 - II ZR 287/02 = NJW 2005, 2450, 2451 f.; BeckOK BGB/Schöpflin § 31 Rn 27; MüKoBGB/Leuschner § 31 Rn 35; Palandt/Ellenberger § 31 Rn 13; Staudinger/Schwennicke (2019) § 31 Rn. 94; MüKoGmbHG/Merkt § 13 Rn. 206 zur Haftungskonkurrenz zwischen der GmbH und den Gesellschaftern; Derleder/Fauser, BB 2006, 949 zur Haftungskonkurrenz zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer und BeckOK BNotO/Schramm § 19 Rn. 131 zur Haftungskonkurrenz des mitwirkenden Notars zum anderen Ersatzpflichtigen; im deliktischen Bereich folgt dies schon aus § 840 Abs. 1 BGB.

¹⁰⁰² Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 13 Rn. 83.

¹⁰⁰³ MüKoBGB/Heinemeyer § 426 Rn. 22; im deliktischen Bereich folgt dies aus dem Rechtsgedanken des § 840 Abs. 2 BGB; jurisPK/Otto § 31 Rn. 52; MüKoBGB/Leuschner § 31 Rn 35.

¹⁰⁰⁴ Dazu ausführlich MüKoGmbHG/Fleischer § 43 Rn. 275 ff.

Rechtspolitische Überlegungen

Auch wenn der Großteil der zuvor aufgefundenen Ergebnisse schon aus dem geltenden Recht folgt (*de lege lata*), erscheinen in rechtspolitischer Hinsicht geringfügige Gesetzesänderungen notwendig, um Missbräuche der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der zwangsweisen Einziehung eines Geschäftsanteils einzudämmen.

§ 12 Gesetzgebungsvorschlag

I. § 40 Abs. 1 S. 4, 5 GmbHG

Zunächst erscheint es nach hier vertretener Ansicht erforderlich, Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 der Schriftform zu unterwerfen und die Pflicht zu statuieren, Mitteilung und Nachweis beim Registergericht mit einzureichen.¹⁰⁰⁵ Insofern ist eine Modifizierung und Ergänzung von § 40 Abs. 1 S. 4, 5 GmbHG erforderlich:

*„⁴Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf **schriftliche** Mitteilung und Nachweis. ⁵**Mitteilung und Nachweis sind beim Handelsregister mit einzureichen.**“*

Durch diese erhöhten Verfahrensanforderungen können missbräuchliche Einreichungen durch die nach § 40 Abs. 1 GmbHG zuständigen Geschäftsführer weitgehend eingedämmt werden.

II. 16 Abs. 2 HGB

Weiterhin erscheint eine Erweiterung des Wortlauts von § 16 Abs. 2 HGB um die Aufnahme von Dokumenten im Handelsregister zwingend erforderlich, um Rechtsunsicherheiten rund um die Frage der analogen Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 HGB auszuräumen:

*„Ist durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozeßgerichts die Vornahme einer Eintragung **oder Einreichung eines Dokuments zwecks Aufnahme im Handelsregister für unzulässig erklärt**, so darf die Eintragung **oder Aufnahme** nicht gegen den Widerspruch desjenigen erfolgen, welcher die Entscheidung erwirkt hat.“*

Muss das zuständige Registergericht schon von Gesetzes wegen die Aufnahme der Gesellschafterliste bei einer entsprechenden gerichtlichen Untersagungsverfügung und Widerspruch des von der drohenden Löschung betroffenen Gesellschafters aussetzen, besteht keine Gefahr mehr, dass eine einstweilige Verfügung durch ein missbräuchliches Verhalten der Geschäftsführer unterlaufen wird.

¹⁰⁰⁵ Dazu unter § 6 II. 1. c).

Zusammenfassung, Fazit und Ausblick

§ 13 Thesenhafte Zusammenfassung der Ergebnisse

Die wichtigsten Erkenntnisse der vorliegenden Bearbeitung lassen sich thesenhaft wie folgt zusammenfassen:

1. Die Einziehung stellt eine Veränderung in den Personen der Gesellschafter und/oder des Umfangs ihrer Beteiligung i. S. d. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG dar.¹⁰⁰⁶
2. Wer im Verhältnis zur GmbH als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils gilt, bestimmt sich nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG.¹⁰⁰⁷
3. Zwar müssen die formale und materielle Seite der Einziehung korrelieren, damit diese Wirksamkeit entfaltet. Jedoch kann die formale Gesellschafterstellung von der materiellen Rechtslage „*entkoppelt*“¹⁰⁰⁸ sein. Bei einer von der materiellen Rechtslage abweichenden Listenlage haben sowohl der zu Unrecht eingetragene Gesellschafter als auch der nicht eingetragene, materielle Gesellschafter einen Anspruch auf Berichtigung der Gesellschafterliste.¹⁰⁰⁹
4. Mit der Aufwertung der Gesellschafterliste im Rahmen des MoMiG im Jahr 2008 sollte primär die Beteiligungstransparenz in der GmbH erhöht werden. Mit der Aufwertung der Gesellschafterliste muss zwingend eine erhöhte Richtigkeitsgewähr derselben einhergehen, die durch die erhöhten Anforderungen an das Verfahren der Listeneinreichung nach § 40 GmbHG gewährleistet werden soll.¹⁰¹⁰
5. Grundsätzlich fällt die Pflicht zur Einreichung einer neuen Liste den Geschäftsführern nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG zu, die bei einer Mehrheit von Geschäftsführern von allen Geschäftsführern zu unterschreiben ist. Soweit ein Notar in seiner amtlichen Funktion bei der Zwangseinziehung mitwirkt, fällt ihm nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG die alleinige Kompetenz zur Einreichung einer neuen Liste zu.¹⁰¹¹
6. Während der Notar eigenmächtig tätig werden darf und muss, handeln die Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG auch bei Kenntnis der Einziehung von Amts wegen auf Mitteilung und Nachweis. Um die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste tatsächlich zu erhöhen, wird man fordern müssen, dass der Mitteilende formal legitimiert ist. Formal legiti-

¹⁰⁰⁶ Siehe § 5 III.

¹⁰⁰⁷ Siehe § 5 IV.

¹⁰⁰⁸ BGH, Urt. v. 10.11.2020 - II ZR 211/19 = NJW 2021, 622 Rn. 17; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Bayer § 16 Rn. 26; BT-Drs. 16/6140, S. 37.

¹⁰⁰⁹ Siehe § 5 IV und § 8.

¹⁰¹⁰ Siehe § 5 II und § 7 I.

¹⁰¹¹ Siehe § 6 I.

miert ist derjenige, der als Gesellschafter in die Gesellschafterliste eingetragen ist, vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Der Nachweis über die Veränderung durch zwangsweise Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils wird durch Vorlage der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift des Gesellschafterversammlungsbeschlusses und einem Nachweis über den Zugang der Einziehungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter geführt.¹⁰¹²

7. Man sollte den Geschäftsführern im Falle der Einreichung nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG gesetzlich zusätzlich die Pflicht auferlegen, Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG beim Registergericht mit einzureichen, um die Gefahr missbräuchlicher Einreichungen einzudämmen. Insofern müssten Mitteilung und Nachweis i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG gleichzeitig der Schriftform unterworfen werden.¹⁰¹³
8. Sowohl der nach § 40 Abs. 1 GmbHG zuständige Geschäftsführer als auch der nach § 40 Abs. 2 GmbHG mitwirkende Notar genügen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei Einreichung der Gesellschafterliste nur, wenn sie die Wirksamkeit der eingereichten Veränderung vollumfänglich überprüfen.
 - a) Sind die §§ 241 ff. AktG analog auf das Beschlussmängelrecht der GmbH anwendbar, muss nach einem zweistufigen Verfahren vorgegangen werden: (1.) wird geprüft, „ob“ der potentielle Verstoß überhaupt Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses hätte. Ist der Verstoß nach der gesetzgeberischen Entscheidung der §§ 241 ff. AktG analog unbeachtlich, ist der Zwangseinziehungsbeschluss wirksam und es muss eine aktualisierte Liste eingereicht werden, die damit auch der materiellen Rechtslage entspricht. Eine rechtliche Prüfung kann unterbleiben. Ist der Verstoß hingegen analog der §§ 241 ff. AktG beachtlich, muss (2.) danach unterschieden werden, „wie“ sich der potentielle Verstoß auswirkt. Nur wenn der Zwangseinziehungsbeschluss nichtig ist, widerspräche die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste der materiellen Rechtslage und muss unterbleiben. Es muss vollumfänglich überprüft werden, ob der Nichtigkeitsgrund tatsächlich vorliegt. Hingegen sind lediglich anfechtbare Zwangseinziehungsbeschlüsse zumindest vorübergehend wirksam und die Einreichung einer Gesellschafterliste, deren Veränderung auf einem anfechtbaren Zwangseinziehungsbeschluss beruht, entspricht der materiellen Rechtslage. Mithin muss nicht vollumfänglich überprüft werden, ob der Anfechtungsgrund tatsächlich vorliegt. Der Geschäftsführer bzw. mitwirkende Notar ist so-

¹⁰¹² Siehe § 6 II. 1.

¹⁰¹³ Siehe § 6 II. 1. c).

gar verpflichtet, eine Gesellschafterliste einzureichen, die auf einem potentiell anfechtbaren Beschluss beruht.¹⁰¹⁴

- b) Sind die §§ 241 ff. AktG nicht analog auf den Zwangseinziehungsbeschluss anwendbar, führt jeder Verstoß gegen das Gesetz oder zwingende gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen zur Rechtswidrigkeit und damit zur Unwirksamkeit des betreffenden Beschlusses. Der Geschäftsführer bzw. mitwirkende Notar muss mithin vollumfänglich überprüfen, ob die Zwangseinziehung wirksam ist.¹⁰¹⁵
9. Hingegen trifft das zuständige Registergericht keine vollumfängliche Prüfpflicht vor Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister. Dem Registergericht ist nur insoweit eine Prüfpflicht zuzusprechen als es keine Prüfung der Wirksamkeit der mitgeteilten Veränderung vornehmen muss. Auf diese Weise können Verzögerungen bei der Aufnahme der Gesellschafterliste vermieden und die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste gleichzeitig erhöht werden.¹⁰¹⁶
10. Zugunsten der Beteiligungstransparenz und der damit verbundenen Rechtssicherheit sind gesetzesimmanente Grenzen der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG vollumfänglich abzulehnen.¹⁰¹⁷
11. Wird infolge des obsiegenden Hauptsacheverfahrens die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung festgestellt, hat der von der vermeintlichen Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter analog des Rechtsgedankens des § 67 Abs. 2 AktG einen Anspruch auf Einreichung einer neuen, ihn wieder aufführenden Gesellschafterliste gegen die Gesellschaft. Der Zwangseinziehungsbeschluss kann entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch von dem nicht mehr in der Liste aufgeführten Gesellschafter angegriffen werden, wenn der Verlust der formalen Gesellschafterstellung auf der Zwangseinziehung beruht.¹⁰¹⁸
12. Den Parteien droht trotz des obsiegenden Hauptsacheverfahrens aufgrund der umfassenden Legitimationswirkung der Gesellschafterliste aus § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG keine Rückabwicklung. Eine analoge Anwendung der Lehre über die fehlerhafte Gesellschaft ist mangels vergleichbarer Interessenlage und planwidriger Regelungslücke abzulehnen.¹⁰¹⁹
13. Der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter kann sich präventiv im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes dem drohenden Verlust seiner formalen Gesellschafterstellung erwehren. Zwar sind Anträge im Vorfeld der Gesellschafterversammlung auf Untersagung der Gesellschafterversammlung, Beschlussfassung oder Einziehungserklärung statt-

¹⁰¹⁴ Siehe § 6 II. 3. a) aa).

¹⁰¹⁵ Siehe § 6 II. 3. a) bb).

¹⁰¹⁶ Siehe § 7 I.

¹⁰¹⁷ Siehe § 7 II und § 8 II. 3. c) ff).

¹⁰¹⁸ Siehe § 8 I. 2.

¹⁰¹⁹ Siehe § 8 I. 9.

- haft. Weiterhin sind vielgestaltige materielle Anspruchsgrundlagen für die Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs denkbar. Jedoch wird es dem von der potentiellen Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter nicht gelingen, einen Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. So wird den Interessen des Gesellschafters unter Beachtung des Gebots des geringstmöglichen Eingriffs durch Untersagung der Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste hinreichend Rechnung getragen.¹⁰²⁰
14. Von besonderer praktischer Relevanz ist der Antrag auf Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste gegen die GmbH vor und nach Beschlussfassung über die Zwangseinziehung. Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus dem aufgrund der materiellen Berechtigung am Geschäftsanteil bestehenden Mitgliedschaftsverhältnis. Dabei trifft die GmbH die Glaubhaftmachungslast bzgl. der inhaltlichen Rechtfertigung der Zwangseinziehung. Der von der Streichung aus der Liste betroffene Gesellschafter wird einen Verfügungsgrund nur glaubhaft machen können, wenn die Rechtslage in der Hauptsache eindeutig zu seinen Gunsten ausfällt oder er die Mehrheit der Geschäftsanteile innehat. Den Interessen eines Minderheitsgesellschafters kann ggf. durch Untersagung satzungs- und strukturändernder Beschlüsse Rechnung getragen werden.¹⁰²¹
 15. Das Registergericht ist analog § 16 Abs. 2 HGB an eine gerichtliche Untersagungsverfügung gebunden.¹⁰²²
 16. Die Rechtsprechung des BGH zur begrenzten Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 242 BGB bei Handeln entgegen der gerichtlichen Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste ist aus dogmatischen Gründen abzulehnen. Weiterhin besteht auch kein Bedürfnis nach einer Begrenzung der Legitimationswirkung, wenn alle Beteiligten die ihnen obliegenden Pflichten erfüllen und § 16 Abs. 2 HGB analog angewendet wird.¹⁰²³
 17. Nach Einreichung einer neuen Gesellschafterliste kann der von der Streichung betroffene Gesellschafter seine Wiedereintragung im Wege eines Korrekturanspruchs gegen die GmbH unter denselben Voraussetzungen wie die präventive Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste einstweilig geltend machen.¹⁰²⁴
 18. Für die Zeit bis zur Korrektur der Gesellschafterliste können die Gesellschafterrechte durch eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt, bis zur Aufnahme der korrigierten Gesellschaf-

¹⁰²⁰ Siehe § 8 II. 3. a) und b).

¹⁰²¹ Siehe § 8 II. 3. c) und § 8 II. 4.

¹⁰²² Siehe § 8 II. 3. c) ee).

¹⁰²³ Siehe § 8 II. 3. c) ff).

¹⁰²⁴ Siehe § 8 II. 5. c).

- terliste über die alltägliche Geschäftsführung hinausgehende Maßnahmen zu unterlassen, gesichert werden.¹⁰²⁵
19. Um die Zwangseinziehung gänzlich zu verhindern, könnte der (Mehrheits-)Gesellschafter auf die Statuierung einer selektiven Zwangseinziehungsklausel hinwirken, der er nicht unterfällt. Hingegen sind statutarische Abfindungs- oder Fälligkeitsvereinbarungen nicht geeignet, die Zwangseinziehung gänzlich zu verhindern. Dennoch hemmen sie die Wirksamkeit der Zwangseinziehung, sodass es dem Gesellschafter im einstweiligen Verfahren leichter gelingen wird, einen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen.¹⁰²⁶
 20. Alternativ sollte der (Mehrheits-)Gesellschafter zur Vermeidung der Zwangseinziehung seines Geschäftsanteils darauf hinwirken, dass (1.) nur ein Geschäftsführer im Amt ist und (2.) dieser in seinem Lager steht. Hingegen erscheint eine Weisung an den Geschäftsführer, keine neue Gesellschafterliste einzureichen, wegen der rechtlichen Unklarheiten über die Zulässigkeit dieser Weisung nicht geeignet, seine formale Gesellschafterstellung zu sichern.¹⁰²⁷
 21. Soweit die übrigen Gesellschafter nicht mit nur einem Geschäftsführer einverstanden sind, der auf Seiten des (Mehrheits-)Gesellschafters steht, sollte sich letzterer frühzeitig um die Errichtung eines Aufsichtsrats bemühen, der mit Personalhoheit ausgestattet ist und auf dessen Besetzung er maßgeblichen Einfluss nimmt. Denn dieser kann einen missbräuchlich handelnden Geschäftsführer kurzfristig abberufen.¹⁰²⁸
 22. Sollte es trotz der materiellen Unwirksamkeit der Zwangseinziehung zu einem vorübergehenden Verlust der formalen Gesellschafterstellung gekommen sein, kann die zwischenzeitlich unterbliebene Beteiligung des betroffenen Gesellschafters zu irreversiblen Schäden führen. Dem Grunde nach können dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter verschiedene Schadensersatzansprüche gegen die an der Zwangseinziehung und Einreichung einer neuen Gesellschafterliste Beteiligten – die übrigen Gesellschafter, der Geschäftsführer bzw. mitwirkende Notar, die GmbH und der Rechtspfleger – zustehen.¹⁰²⁹
 23. Als Mindestschaden wird der betroffene Gesellschafter einen Vermögensschaden in Höhe der Gewinnansprüche für den Zeitraum zwischen der Streichung und seiner Wiedereintragung in die Gesellschafterliste geltend machen können. Neben unmittelbaren Vermögensschäden können dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter durch die unterbliebene Beteiligung mittelbare Vermögensschäden an seinen weiteren Rechtsgütern entstehen. Einen Verlust seines Geschäftsanteils infolge gutgläubigen Erwerbs hat der von der Zwangseinzie-

¹⁰²⁵ Siehe § 8 II. 6.

¹⁰²⁶ Siehe § 9 I., II. und III.

¹⁰²⁷ Siehe § 9 IV. und V.

¹⁰²⁸ Siehe § 9 VI.

¹⁰²⁹ Siehe § 10.

hung betroffene Gesellschafter nur zu befürchten, soweit die (1.) Geschäftsanteile der übrigen Gesellschafter aufgestockt werden und (2.) man die Möglichkeit des Erwerbs eines nicht-so-existenten Geschäftsanteils anerkennt.¹⁰³⁰

24. Auch wenn der Großteil der aufgefundenen Ergebnisse schon aus dem geltenden Recht folgt, erscheinen in rechtspolitischer Hinsicht geringfügige Gesetzesänderungen von § 40 Abs. 1 GmbHG und § 16 Abs. 2 HGB notwendig, um Missbräuche der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der zwangsweisen Einziehung eines Geschäftsanteils einzudämmen.¹⁰³¹

§ 14 Fazit und Ausblick

Die zwangsweise Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen ist ein effektives Rechtsinstitut, um einen unliebsam gewordenen Gesellschafter durch Gesellschafterversammlungsbeschluss und Einziehungserklärung kurzfristig auszuschließen. Gerade diese Kurzfristigkeit birgt zugleich Missbrauchsrisiken. Denn unabhängig von der materiellen Wirksamkeit der Zwangseinziehung kann der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter formal durch die Einreichung einer neuen, ihn nicht mehr ausweisenden Gesellschafterliste bis zu seiner Wiedereintragung in die Gesellschafterliste mit Abschluss des Hauptsacheverfahrens aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Denn nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist.

Während in der Vergangenheit noch dogmatische Fragen über den Wirksamkeitszeitpunkt der Zwangseinziehung im Fokus standen, stieg in jüngster Zeit die Diskussion rund um die Bedeutung der Gesellschafterliste für den Vollzug der Zwangseinziehung rasant an.¹⁰³² Im Fokus stehen die Möglichkeiten zur Sicherung oder Wiederherstellung der Listenstellung des von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafters. Im Rahmen dessen sollte der anlassgebende Berliner Zwangseinziehungsfall als Negativbeispiel Lehren für die Zukunft liefern: Nachdem der Geschäftsführer eine präventiv erwirkte einstweilige Verfügung missachtete, die ihm die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste untersagte, wurde dem von der Zwangseinziehung betroffenen Gesellschafter der nachgelagerte einstweilige Rechtsschutz gerichtet auf die vorläufige Korrektur der Gesellschafter-

¹⁰³⁰ Siehe § 11.

¹⁰³¹ Siehe § 12.

¹⁰³² Vgl. nur *Bayer*, FS Marsch-Barner, S. 35 ff.; *Pentz*, FS Marsch-Barner, S. 431 ff.; *Dittert*, NZG 2015, 221; *Lieder*, GmbHR 2016, 189; *ders.*, GmbHR 2016, 271; *Fluck*, GmbHR 2017, 67; *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815; *Otto*, GmbHR 2018, 123; *Wachter*, GmbHR 2018, 1129; *Bayer/Selentin*, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, S. 391 ff.; *Strohn*, FS Krieger, S. 967 ff.

liste faktisch durch die Gerichte versagt. Nachdem das Gericht in der Hauptsache die Nichtigkeit des Zwangseinziehungsbeschlusses festgestellt und die GmbH verpflichtet hat, eine neue Gesellschafterliste einzureichen, wurde der Zwangseinziehungsbeschluss stattdessen wiederholt. Auch die Nichtigkeit dieses zweiten Zwangseinziehungsbeschlusses wurde im Nachhinein festgestellt. So steht nach ca. sechs Jahren die Unwirksamkeit der Zwangseinziehung fest. Tatsächlich hatte der Mehrheitsgesellschafter seine materielle Gesellschafterstellung also nie verloren. Für die Zwischenzeit bleibt dem Mehrheitsgesellschafter nur die Möglichkeit, seine Verluste durch Schadensersatzansprüche zu kompensieren.

Wenn die in der vorliegenden Bearbeitung aufgefundenen Pflichtenmaßstäbe durch den Geschäftsführer bzw. mitwirkenden Notar und durch das Registergericht beachtet werden, wird das Risiko der Aufnahme fehlerhafter Gesellschafterlisten weitgehend minimiert und gleichzeitig die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zugunsten der Beteiligungstransparenz erhöht. Zugunsten der Rechtssicherheit erscheint es dennoch zwingend notwendig, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung den Prüfungsmaßstab des einreichenden Geschäftsführers bzw. Notars und des Rechtspflegers im Zusammenhang mit der Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste im Handelsregister konkretisiert. Sollte dennoch die Aufnahme einer materiell fehlerhaften Gesellschafterliste drohen, steht dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter der einstweilige Rechtsschutz zur Verfügung, um seine Listenstellung zu sichern. Abzuwarten bleibt, ob und wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung und/oder der Gesetzgeber zur Frage der analogen Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 HGB positioniert. Soweit dessen analoge Anwendbarkeit anerkannt wird, ist die formale Gesellschafterstellung bei einer gerichtlichen Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zumindest gesichert bis eine gegenteilige einstweilige Verfügung ergeht oder das Hauptsacheverfahren abgeschlossen ist. Denn bei einer Aufnahme entgegen des § 16 Abs. 2 HGB liefe der Rechtspfleger Gefahr, dem von der Streichung betroffenen Gesellschafter wegen Verletzung seiner Amtspflichten auf Schadensersatz zu haften. Wurde die einstweilige Untersagungsverfügung hingegen missachtet oder zu spät erlassen, kann der von der Streichung betroffene Gesellschafter auch im Nachhinein die Korrektur der Gesellschafterliste im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes erreichen. Um Kürzungen etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die Beteiligten auszuschließen, sollte der von der Zwangseinziehung betroffene Gesellschafter alle ihm zur Verfügung stehenden förmlichen und formlosen Rechtsbehelfe ergreifen, um seine formale Gesellschafterstellung zu sichern.

Literaturverzeichnis

- Alvermann, Jörg/*
Bahns, Jochen/
Beckert, Mauela
Altmeyden, Holger
ders.
ders.
ders.
Bacher, Philipp/
von Blumenthal, Wolfram
Bachmann, Gregor/
Eidenmüller, Horst/
Engert, Andreas/
Fleischer, Holger/
Schön, Wolfgang
Baumann, Peter
Baumbach, Adolf/
Hueck, Alfred
Baumbach, Klaus J./
Hopt, Adolf
- Formularbuch Recht und Steuern, 9. Aufl., München 2018
(zit. Formularbuch Recht und Steuern/*Bearbeiter*)
- Die Dogmatik des Abfindungsanspruchs und die offenen Fragen zum Ausscheiden aus der GmbH, in: ZIP 2012, 1685-1695
- Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011
(zit. *Bearbeiter*, FS Roth)
- Die Bindung des Schuldners an Unterlassungsurteile in ihrer Abhängigkeit von der Sicherheitsleistung und der Veranlasserhaftung des Gläubigers, in: WM 1989, 1157-1164
- Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 10. Aufl., München 2021
(zit. Altmeyden/*Bearbeiter*)
- Die Verwertung von GmbH-Geschäftsanteilen bei Ausscheiden eines Gesellschafters, in: NZG 2008, 406-410
- Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, in: ZGR Sonderheft Band 18, Berlin 2012
- Die Ausschließung von GmbH-Gesellschaftern - Möglichkeiten der Satzungsgestaltung, in: MittRhNotK 1991, 271-283
- Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019
(zit. Baumbach/Hueck/*Bearbeiter*)
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 40. Aufl., München 2021
(zit. Baumbach/Hopt/*Bearbeiter*)

- Baur, Fritz* Zur Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des Registerrichters durch einstweilige Verfügung, in: ZGR 1972, 421-426
- Bayer, Walter* Gesellschafterliste: Einreichungspflichtige Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse, in: GmbHR 2012, 1-7
- ders.* Die Geltendmachung von Sozialansprüchen der GmbH durch den ausgeschiedenen Gesellschafter, in: GmbHR 2016, 505-514
- Bayer, Walter/
Hoffmann, Thomas* Gesellschafterstrukturen deutscher GmbH, in: GmbHR 2014, 12-17
- Bednarz, Liane* Die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, in: BB 2008, 1854-1862
- Berger, Christian* Die actio pro socio im GmbH-Recht, in: ZHR 149 (1985), 599-613
- ders.* Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht, Berlin 2006
(zit. Berger/*Bearbeiter*)
- Berninger, Axel* Zuständigkeit des Notars zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bei sog. "mittelbarer Mitwirkung"?, in: DStR 2010, 1292-1297
- Beyer, Thomas C. W.* Vorbeugender Rechtsschutz gegen die Beschlußfassung der GmbH-Gesellschafterversammlung, in: GmbHR 2001, 467-471
- Blasche, Sebastian* Aktuelle Praxisfragen zur Gesellschafterliste, in: RNotZ 2014, 34-39
- Blath, Simon* Das Mehrheitsprinzip im GmbH-Recht – Grundlegendes und Gestaltungsfragen, in: RNotZ 2017, 218-230
- ders.* Der Vollzug des Ausscheidens aus der GmbH - dogmatische und praktische Fragen, in: GmbHR 2012, 657-664
- Bochmann, Christian/
Cziupka, Johannes* Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschl. v. 23.11.2017 - 12 W 1866/17, in: GmbHR 2018, 88-90

- Bokelmann, Gunther* Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils - Aufstockungsbeschluß hinsichtlich verbliebener Geschäftsanteile bedarf nicht der Form der Satzungsänderung, keine Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister, in: EWiR 1992, 165-166
- Bork, Reinhard/
Schäfer, Carsten* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., Köln 2019
(zit. Bork/Schäfer/Bearbeiter)
- Böttcher, Lars* Die Einziehung von Geschäftsanteilen auf Grund eines tiefgreifenden Zerwürfnisses der GmbH-Gesellschafter, in: NZG 2014, 177-179
- Buchta, Jens* Einstweiliger Rechtsschutz gegen Fassung und Ausführung von Gesellschafterbeschlüssen, in: DB 2008, 913-917
- Bussian, Wolf R./
Achenbach, Matthias* Haftung des GmbH-Geschäftsführers für die Gesellschafterliste trotz Mitwirkung des Notars?, in: BB 2010, 778-781
- Clevinghaus, Tobias* Voraussetzungen und Folgen der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, in: RNotZ 2011, 449-469
- Cramer, Carsten* Das Prüfungsrecht des Registergerichts bei fehlenden oder fehlerhaften Prozentangaben in der GmbH-Gesellschafterliste, in: NZG 2018, 721-726
- Crezelius, Georg* Unternehmenserbrecht: Erbrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 2. Aufl., München 2009
- Damm, Matthias* Die GmbH-Gesellschafterliste acht Jahre nach dem MoMiG, in: BWNotZ 2017, 2-14
- Damm, Reinhard* Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, in: ZHR 154 (1990), 413-442
- Damrau-Schröter, Heike* Der Ausschluß eines (mißliebigen) GmbH-Gesellschafters, in: NJW 1991, 1927-1936
- Däubler, Wolfgang* Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, Köln 1965

- Derleder, Peter/
Fauser, Florian N.* Der Regress bei gesamtschuldnerischer Haftung juristischer Personen und ihrer Organe und seine Auswirkungen auf die Organtätigkeit - Praxisfolgen des Kirch-Urteils, in: BB 2006, 949-955
- Dittert, Christian* Einstweiliger Rechtsschutz gegen falsche GmbH-Gesellschafterliste, in: NZG 2015, 221-223
- Ebbing, Frank* Anmerkung zu OLG Celle, Urt. v. 31. 7. 1998 - 9 U 1/98, in: NZG 1999, 168-169
- Epping, Volker/
Hillgruber, Christian* Beck'scher Online Kommentar zum Grundgesetz, 47. Edition, München 2020
(zit. BeckOK GG/Bearbeiter)
- Grunewald, Barbara/
Maier-Reimer, Georg/
Westermann, Harm Peter* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 16. Aufl., Köln 2020
(zit. Erman/Bearbeiter)
- Fischer, Sebastian* Die Gesellschafterliste der GmbH im einstweiligen Rechtsschutz, in: GmbHR 2018, 1257-1263
- ders.* Der Rechtsstreit über die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, in: BB 2013, 2819-2827
- Fleischer, Holger* Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, in: WM 2003, 1045-1058
- ders.* Das Beschlussmängelrecht in der GmbH, in: GmbHR 2013, 1289-1302
- Fleischer, Holger/
Goette, Wulf* Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
- Band 1: §§ 1-34 GmbHG, 3. Aufl., München 2018
- Band 2: §§ 35-52 GmbHG, 3. Aufl., München 2019
- Band 3: §§ 53-88 GmbHG, 3. Aufl., München 2018
(zit. MüKoGmbHG/Bearbeiter)
- Flesner, Patrick* Die GmbH-Reform (MoMiG) aus Sicht der Akquisitions- und Restrukturierungspraxis, in: NZG 2006, 641-648
- Fluck, Bernd* (Kein) vorläufiger Rechtsschutz bei Einziehung aller Geschäftsanteile des Mehrheitsgesellschafters, in: GmbHR 2017, 67-73

- ders.* Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse: Beschlussmängelfolgen und deren Geltendmachung, Tübingen 2017
- Frank, Katharina/
Schaub, Peter* Standardisierung der GmbH-Gesellschafterliste – Die Vorgaben der Gesellschafterlistenverordnung, in: DStR 2018, 1822-1827
- Fritz, Benjamin* Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen: eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von BGHZ 192, 236, Köln 2012
- Garbe, Sebastian* Trotz sofortiger Wirksamkeit der Einziehung bleibt der betroffene Gesellschafter anfechtungsbefugt, in: GWR 2019, 106
- Gehrlein, Markus* Anmerkung zu BGH, Urt. V. 20.9.1999 - II ZR 345/97, in: DB 1999, 2255-2556
- ders.* Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen als Mittel zum Ausschluß eines Gesellschafters, in: ZIP 1996, 1157-1160
- ders.* Zum Gewinnbezugsrecht eines GmbH-Gesellschafters nach Einziehung seines Geschäftsanteils, in: DB 1998, 2355-2356
- ders.* Schadensersatz aus § 945 ZPO in Wettbewerbssachen - Erleichterungen und Schwierigkeiten bei der Verfolgung des Anspruchs, in: MDR 2000, 687-689
- Gehrlein, Markus/
Born, Manfred/
Simon, Stefan* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Aufl., Köln 2021
(zit. Gehrlein/Born/Simon/*Bearbeiter*)
- Gerhardt, Walter* Festschrift für Franz Merz : zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, Köln 1992
(zit. *Bearbeiter*, FS Merz)
- Giedinghagen, Jan Christian* Kurzkomentar zur Einziehung des Geschäftsanteils unter Verstoß gegen § 5 Abs 3 S 2 GmbHG, in: EWiR 2010, 711-712
- Goerdeler, Reinhard* Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, Berlin 1991
(zit. *Bearbeiter*, FS Kellermann)

- Goette, Wulf* Kaduzierung und Einziehung eines Gesellschaftsanteils, in: DStR 1997, 1257-1259
- ders.* Zu den Folgen einer Kündigung der Gesellschafterstellung oder eines Austritts für die davon betroffene GmbH, in: DStR 1997, 1336-1883
- ders.* Stimmverbot bei nur mittelbarer Besserstellung der Lage des Gesellschafters, in: DStR 2001, 1260-1262
- Goette, Wulf/
Habersack, Mathias* Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, Köln 2009
(zit. Goette/Habersack/Bearbeiter, MoMiG)
- Goette, Wulf/
Habersack, Mathias* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
- Band 1: §§ 1-75, 5. Aufl., München 2019
- Band 2: §§ 76-117, 5. Aufl., München 2019
- Band 4: §§ 179-277 AktG, 5. Aufl., München 2021
(zit. MüKoAktG/Bearbeiter)
- Görk, Stefan* Beck'scher Online Kommentar zur Bundesnotarordnung, 4. Edition, München 2021
(zit. BeckOK BNotO/Bearbeiter)
- Gottschalk, Eckart* Neue Regelungen für die Gesellschafterliste und die Geschäftsanteile sowie der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, in: DZWIR 2009, 45-52
- Götze, Cornelius/
Bressler, Stefan* Praxisfragen der Gesellschafterliste und des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen nach dem MoMiG, in: NZG 2007, 894-899
- Grigoleit, Hans Christoph* Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., München 2020
(zit. Grigoleit/Bearbeiter)
- Grunewald, Barbara* Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, Köln 1987
- Grunewald; Barbara/
Gehling, Christian/
Rodewig, Desiree* Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, in: ZIP 2006, 685-692

- Gsell, Beate/* beck-online. Großkommentar zum Zivilrecht, München 2021
Krüger, Wolfgang / (zit. BeckOGK/Bearbeiter)
Lorenz, Stephan /
Reymann, Christoph
- Gutfried, Michael* Gesellschafterversammlungen bei problematischer Gesellschafterliste, in: notar 2018, 228-233
- Habersack, Mathias* Die Mitgliedschaft - subjektives und "sonstiges" Recht, Tübingen 1996
- Haberstroh, Roland* Nichtigkeit des Beschlusses zur Einziehung von Geschäftsanteilen wegen Verstoßes gegen § 5 III 2 GmbHG, in: NZG 2010, 1094-1096
- Harst, Jürgen* Zur Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen, in: GmbHR 1987, 183-186
- Hasselmann, Cord-Georg* Die Gesellschafterliste nach dem MoMiG, in: NZG 2009, 409-415
- ders.* Anmerkungen aus der Praxis zur Gesellschafterliste, in: KSzW 2013, 46-54
- ders.* Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG: Erstellung und Einreichung durch Geschäftsführer und Notare, in: NZG 2009, 486-493
- ders.* Die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG: Inhalt und Zuständigkeit, in: NZG 2009, 449-456
- Hau, Wolfgang/* Beck'scher Online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 58. Edition, München 2021
Poseck, Roman (zit. BeckOK BGB/Bearbeiter)
- Heckschen, Heribert* Auswirkungen des MoMiG auf die Übertragung von GmbH-Anteilen von Todes wegen und im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, in: ZErB 2008, 246-253
- ders.* Die GmbH-Reform - Wege und Irrwege, in: DStR 2007, 1442-1451

- ders.* Einziehung, Zwangsabtretung und Ausschluss in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, in: NZG 2010, 521-526
- Heckschen, Heribert/
Herrler, Sebastian/
Münch, Christof* Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., München 2019
(zit. BeckNotar-HdB/*Bearbeiter*)
- Heidenhain, Martin* Münchener Vertragshandbuch
- Band 1: Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., München 2018
(zit. Münch. Vertragshdb. I/*Bearbeiter*)
- Henssler, Martin/
Strohn, Lutz* Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2021
(zit. Henssler/Strohn/*Bearbeiter*)
- Herlinghaus, Andreas/
Hirte, Heribert/
Hüttemann, Rainer/
Heidel, Thomas* Festschrift für Wienand Meilicke, Baden-Baden 2010
(zit. *Bearbeiter*, FS Meilicke)
- Herrler, Sebastian* Offene Fragen rund um die Gesellschafterliste: Einreichungszuständigkeit, registergerichtliches Prüfungsrecht und Publizitätswirkungen, in: GmbHR 2013, 617-630
- ders.* Neues aus Karlsruhe zur Gesellschafterliste, in: NZG 2011, 536-539
- Hoffmann-Becking, Michael/
Hommelhoff, Peter* Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020
(zit. *Bearbeiter*, FS Krieger)
- Hölters, Wolfgang* Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2017
(zit. Hölters/*Bearbeiter*)
- ders.* Der Beirat in der GmbH - Verantwortlichkeit, Haftung und Rechtsschutz, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes, in: BB 1977, 105-112
- Hopt, Klaus J.* Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, 3. Aufl., München 2007
- Hopt, Klaus J./
Wiedemann, Heribert* Großkommentar zum Aktiengesetz
- Band 7/1: §§ 221-240 AktG, 4. Aufl., Berlin 2012

- Horn, Norbert* Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1982
(zit. *Bearbeiter*, FS Coing)
- Hueck, Alfred* Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947
- ders.* Die Bedeutung der Zwangsamortisation von Geschäftsanteilen für die Sanierung der Finanzierungs-GmbH, in: DB 1957, 37-40
- Hüffer, Uwe/
Koch, Jens* Kommentar zum Aktiengesetz, 15. Aufl., München 2021
(zit. Hüffer/Koch/*Bearbeiter*)
- Immenga, Ulrich* Die personalistische Kapitalgesellschaft: eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in der Vereinigten Staaten, Bad Homburg 1970
- Ising, Peter* Gesellschafterliste nach Umwandlungen: Probleme in der Praxis, in: NZG 2010, 812-816
- Jagenburg, Walter* Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München 1985
(zit. *Bearbeiter*, FS Oppenhoff)
- Käppler, Renate* Die Steuerung der Gesellschaftsnachfolge in der Satzung einer GmbH, in: ZGR 1978, 542-577
- Kesselmeier, Barbara* Ausschließungs- und Nachfolgeregelung in der GmbH-Satzung, Köln 1989
- Kindler, Peter/
Koch, Jens/
Ulmer, Peter/
Winter, Martin* Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010
(zit. *Bearbeiter*, FS Hüffer)
- Kleindiek, Detlef* Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, Legitimationswirkung der Gesellschafterliste und einstweiliger Rechtsschutz, in: GmbHR 2017, 815-825
- Koberg, Peter* Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich, Köln 1992

- Kort, Michael* Offene Fragen zu Gesellschafterliste, Gesellschafterstellung und gutgläubigem Anteilswerb (§§ 40 und 16 GmbHG n.F.), in: *GmbHR* 2009, 169-176
- Küperkoch, Edgar* Das zwangsweise Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters mittels Einziehung, Köln 2004
- Lange, Knut Werner* Vererbung von GmbH-Anteilen und Gesellschafterliste, in: *GmbHR* 2012, 986-991
- Langner, Olaf/
Heydel, Jens* Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen - Sicherstellung einer familieninternen Nachfolge, in: *GmbHR* 2005, 377-385
- Larenz, Karl* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995
- Liebscher, Thomas/
Alles, Matthias* Einstweiliger Rechtsschutz im GmbH-Recht, in: *ZIP* 2015, 1-10
- Lieder, Jan* Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste im Hauptsachverfahren, in: *GmbHR* 2016, 189-199
- ders.* Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste, in: *GmbHR* 2016, 271-279
- ders.* Anmerkung zu BGH, *Beschl. v. 7.2.2017 - II ZR 28/15*, in: *GmbHR* 2017, 520-523
- Lieder, Jan/
Becker, Marcus* Gesellschafterliste und Zwangseinziehung, in: *GmbHR* 2019, 441-449
- Lieder, Jan/
Becker, Marcus* Zwangseinziehung und einstweilige Verfügung, in: *GmbHR* 2019, 505-514
- Lieder, Jan/
Cziupka, Johannes* Berichtigung einer offenbar unrichtigen Gesellschafterliste im Anwendungsbereich des reformierten § 40 Abs. 1 GmbHG, in: *GmbHR* 2018, 231-240
- Limmer, Peter/
Hertel, Christian/
Herrler, Sebastian/
Weber, Johannes* *Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut*, München, 2018 (zit. *Bearbeiter*, *FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut*)

- Link, Jan* Gesellschaftlerliste und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen aus Sicht der Notarpraxis, in: RNotZ 2009, 193-221
- Löbbe, Marc* Zuständigkeit von Geschäftsführer und Notar für Inhalt und Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste, in: GmbHHR 2012, 7-17
- Loh, Ernesto* Durchsetzung der Stimmrechtsausübung durch eine einstweilige Verfügung, in: DStR 1991, 1022
- Lorenz, Stephan* Zivilprozessuale Probleme der Zwangseinziehung von GmbH-Anteilen, in: DStR 1996, 1774-1779
- Lorz, Rainer/
Pfisterer, Benedikt/
Gerber, Olaf* Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 1. Aufl., München 2010
- Lutter, Marcus* Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses, ZGR 1979, 401-418
- ders.* Theorie der Mitgliedschaft: Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), 84-159
- ders.* Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992
(zit. *Bearbeiter*, FS 100 Jahre GmbHG)
- ders.* Ausschluß von Gesellschaftern, Einziehung von Geschäftsanteilen und gesellschaftliche Treuepflicht, in: GmbHHR 1997, 1134-1135
- Lutter, Marcus/
Hommelhoff, Peter* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Aufl., Köln 2020
(zit. *Lutter/Hommelhoff/Bearbeiter*)
- Markowsky, Heinrich* Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, Jena 2013
- Martinek, Michael* Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag: vestigia iuris, Tübingen 1993
(zit. *Bearbeiter*, FS Jahr)
- Mayer, Dieter* Der Erwerb einer GmbH nach den Änderungen durch das MoMiG, in: DNotZ 2008, 403-433

- ders.* Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG - Fluch oder Segen?, in: ZIP 2009, 1037-1051
- ders.* Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil I), in: MittBayNot 2014, 24-35
- ders.* Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil II), in: MittBayNot 2014, 114-128
- Melchior, Robin* Die GmbH-Gesellschafterliste – ein Zwischenstand, in: GmbHR 2010, 418-421
- Menkel, Andreas* Die Funktion der Gesellschafterliste nach Einziehung eines Geschäftsanteils mit nachfolgender Kapitalerhöhung, in: NZG 2018, 891-893
- Meyer, Andreas H.* Die Einziehung von GmbH-Anteilen im Lichte des MoMiG, in: NZG 2009, 1201-1204
- Michalski, Lutz* Verbot der Stimmabgabe bei Stimmverboten und nicht nach § 16 Abs 1 GmbHG legitimierten Nichtgesellschaftern mittels einstweiliger Verfügung, in: GmbHR 1991, 12-15
- Michalski, Lutz/
Heidinger, Andreas/
Leible, Stefan/
Schmidt, Jessica* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
- Band 1: §§ 1-34 GmbHG, 3. Aufl., München 2017
- Band 2: §§ 35-88 GmbHG, EGGmbHG, 3. Aufl., München 2017
(zit. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Bearbeiter)
- Miller, Matthias* Gesellschafterlistenverordnung – Sinn und Unsinn gegenwärtiger Rechtsetzung, in: NJW 2018, 2518-2523
- Mommsen, Friedrich* Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855
- Müller, Klaus J.* Folgen der Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils, in: DB 1999, 2045-2048
- Mülsch, Hanns-William/
Penzel, Claudia* Optionen auf Beteiligungen an Personenhandelsgesellschaften und GmbH, in: ZIP 2004, 1987-1996

- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* - Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, herausgegeben von Hans Gummert/Lutz Weipert, 5. Aufl., München 2019
- Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, herausgegeben von Hans-Joachim Priester/Dieter Mayer/Hartmut Wicke, 5. Aufl., München 2018
- Band 7: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation), herausgegeben von Manfred Born/ Nima Ghassemi-Tabar/Burkhard Gehle, 6. Aufl., München 2020
(zit. Münch. HdB GesR II/III/VII/Bearbeiter)
- Musielak, Hans-Joachim/
Voit, Wolfgang* Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl., München 2021
(zit. Musielak/Voit/Bearbeiter)
- Niemeier, Wilhelm Günther* Rechtsschutz und Bestandsschutz bei fehlerhafter Einziehung von GmbH-Anteilen, in: ZGR 1990, 314-356
- ders.* Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen, Heidelberg 1982
- Nietsch, Michael* Einstweiliger Rechtsschutz bei Beschlussfassung in der GmbH-Gesellschafterversammlung, in: GmbHR 2006, 393-399
- Noack, Ulrich* Der Versammlungsleiter im GmbH-Recht, in: GmbHR 2017, 792-800
- ders.* Der Widerspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung, in: AG 1989, 78-87
- ders.* Zur vorläufigen Wirksamkeit angefochtener Gesellschafterbeschlüsse – Handlungen während der Schwebezeit, in: DB 2014, 1851-1857
- Omlor, Sebastian* Anmerkung zu OLG München, Beschl. v. 27.5.2009 - 31 Wx 38/09, in: MittBayNot 2010, 64-68
- Omlor, Sebastian/
Spies, Melanie* Grundfragen der Gesellschafterliste, in: MittBayNot 2011, 353-366

- Otto, Hans-Jochen* Die "unfreundliche Übernahme" der GmbH mittels Zwangseinziehung der Mehrheitsbeteiligung, in: GmbHR 2018, 123-134
- ders.* Anmerkung zu KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 - 23 U 99/15, in: GmbHR 2016, 419-423
- Palandt, Otto* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 80. Aufl., München 2021
(zit. Palandt/Bearbeiter)
- Paulick, Alfred* Die Einziehungsklausel in der Satzung der GmbH, in: GmbHR 1978, 121-126
- Preuss, Nicola* Gesellschafterliste, Legitimation gegenüber der Gesellschaft und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, in: ZGR 2008, 676-701
- dies.* Kampf der Kulturen - Die Bedeutung der vorsorgenden Rechtspflege im reformierten GmbH-Recht, in: RNotZ 2009, 529-536
- Priester, Hans-Joachim* Einziehungsbeschluss trotz Zahlungssperre aus § 30 GmbHG!, in: ZIP 2012, 658-660
- Prütting, Hanns/
Gehrlein, Markus* Kommentar zur Zivilprozessordnung, 12. Aufl., Köln 2020
(zit. Prütting/Gehrlein/Bearbeiter)
- Rauscher, Thomas* Münchener Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
- Band 2: §§ 271-493 FamFG, IZVR, EuZVR, 3. Aufl., München 2019
(zit. MüKoFamFG/Bearbeiter)
- Rauscher, Thomas/
Krüger, Wolfgang* Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen
- Band 1: §§ 1-354 ZPO, 6. Aufl., München 2020
- Band 2: §§ 355-946b ZPO, 6. Aufl., München 2020
(zit. MüKoZPO/Bearbeiter)

- Reichert, Jochem/* Liber amicorum für Martin Winter, Köln 2011
- Hoffmann-Becking, Michael/* (zit. *Bearbeiter*, Liber amicorum Winter)
- Hüffer, Uwe*
- Ries, Peter* Never ending story, die Gesellschafterliste, in: NZG 2010, 135-136
- Rischbieter, Gerhard/* Gründung und Leben der GmbH nach dem MoMiG, München 2009
- Gröning, Maximilian* (zit. *Rischbieter/Gröning/Bearbeiter*)
- Rohleder, Michael* Zur Anfechtungsklage gegen einen fehlerhaften Gesellschafterbeschluß in der GmbH, in: GmbHR 1989, 236-242
- Römermann, Volker* Auflösung einer GmbH aufgrund der Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils?, in: DB 2010, 209-212
- ders.* Anm. zu OLG München, Beschl. v. 17.7.2015 - 14 W 1132/15, in: GmbHR 2015, 1216-1219
- ders.* Aktuelles Gesellschaftsrecht rund um die GmbH im Jahre 2016, in: GmbHR 2016, 1121-1129
- Rosenberg, Leo* Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965
- Rowedder, Heinz/* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., München 2017
- Schmidt-Leithoff, Christian* (zit. *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Bearbeiter*)
- Säcker, Franz Jürgen/* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Rixecker, Roland/* - Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240 BGB, AlggPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018
- Oetker, Hartmut/* - Band 2: §§ 241-310 BGB, 8. Aufl., München 2019
- Limperg, Bettina* - Band 3: §§ 311-432 BGB, 8. Aufl., München 2019
- Band 6: §§ 705-853, 8. Aufl., München 2020
- (zit. *MüKoBGB/Bearbeiter*)
- Saenger, Ingo* Nomos Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Aufl., Baden-Baden 2021
- (zit. *NK ZPO/Bearbeiter*)

- ders.* Minderheitenschutz und innergesellschaftliche Klagen bei der GmbH, in: *GmbHHR* 1997, 112-121
- Saenger, Ingo/
Inhester, Michael* Handkommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., Baden-Baden 2020
(zit. *Saenger/Inhester/Bearbeiter*)
- Schäfer, Carsten* Die Lehre vom fehlerhaften Verband: Grundlagen, Verhältnis zum allgemeinen Vertragsrecht und Anwendung auf Strukturveränderungen, Tübingen 2002
- Schmidt, Holger* Einzelfragen zur Gesellschafterliste i.S.v. § 40 GmbHG, in: *NotBZ* 2013, 13-17
- Schmidt, Jessica* Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, in: *GmbHHR* 2013, 953-963
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002
(zit. *K. Schmidt, GesR*)
- ders.* Zum Streitgegenstand von Anfechtungsklagen und Nichtigkeitsklagen im Gesellschaftsrecht, in: *JZ* 1977, 769-777
- ders.* Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
- Band 1: §§ 1-104a HGB, 5. Aufl., München 2021
(zit. *MüKoHGB/Bearbeiter*)
- Schmidt, Karsten/
Lutter, Marcus* Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., Köln 2020
(zit. *Schmidt/Lutter/Bearbeiter*)
- Schmidt-Diemitz, Rolf* Einstweiliger Rechtsschutz gegen rechtswidrige Gesellschafterbeschlüsse, Tübingen 1993
- Schneider, Stephan* Zur Ausfallhaftung der GmbH-Gesellschafter für Abfindungszahlungen bei Einziehungen, in: *ZIP* 2016, 2141-2147
- Schneider, Sven H./
Hoger, Andreas* Einziehung von Geschäftsanteilen und Gesellschafterhaftung, in: *NJW* 2013, 502-507
- Schneider, Uwe H.* Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer bei Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste, in: *GmbHHR* 2009, 393-396

- Schockenhoff, Martin* Rechtsfragen der Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, in: NZG 2012, 449-452
- Schockenhoff, Martin/
Höder, Andreas* Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach dem MoMiG - Nachbesserungsbedarf aus Sicht der M&A-Praxis, in: ZIP 2006, 1841-1847
- Scholz, Franz* Kommentar zum GmbH-Gesetz
- Band I: §§ 1-34 GmbHG, 12. Aufl., Köln 2018
- Band II: §§ 35-52 GmbHG, 12. Aufl., Köln 2018
(zit. Scholz/Bearbeiter)
- Schothöfer, Jörg* Die Folgewirkungen des fehlerhaften Ausscheidens eines GmbH-Gesellschafters, in: GmbHHR 2003, 1321-1327
- Schürnbrand, Jan* Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007
- Schwab, Martin* Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Tübingen 2005
- Semler, Franz-Jörg* Einstweilige Verfügungen bei Gesellschafterauseinandersetzungen, in: BB 1979, 1533-1536
- Sieger, Jürgen/
Mertens, Bernd* Die Rechtsfolgen der Einziehung von Geschäftsanteilen einer GmbH, in: ZIP 1996, 1493-1500
- Simitis, Spiros* Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a. M. 1957
- Soergel, Hans Theodor* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Band 9/1: §§ 705-758 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2011
(zit. Soergel/Bearbeiter)
- Soufleros, Ilias* Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters, Köln 1983
- Spindler, Gerald/
Wilsing, Hans-Ulrich/
Butzke, Volker* Festschrift für Reinhard Marsch-Barner zum 75. Geburtstag, München 2018
(zit. Bearbeiter, FS Marsch-Barner)

- bearbeitung 2017
 - Buch 2: §§ 830-838 (Haftung mehrerer Schädiger, Tierhalter-, Gebäudehaftung), Berlin Neubearbeitung 2018
 (zit. Staudinger/Bearbeiter)
- Vorwerk, Volkert/
 Wolf, Christian* Beck'scher Online Kommentar zur Zivilprozessordnung, 40. Edition, München 2021
 (zit. BeckOK ZPO/Bearbeiter)
- Vossius, Oliver* Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen nach MoMiG, in: DB 2007, 2299-2304
- Wachter, Thomas* GmbH-Reform - Auswirkungen auf die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, in: ZNotP 2008, 378-400
- ders.* Aktuelle Praxisprobleme mit der neuen Gesellschafterliste, in: NZG 2009, 1001-1005
- ders.* Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.6.2018 - II ZR 65/16, in: GmbHR 2018, 963-967
- ders.* GmbH-Gesellschafterliste: 10 Jahre nach MoMiG, in: GmbHR 2018, 1129-1141
- Wagner, Benjamin* Der Status des GmbH-Gesellschafters nach der Zwangseinziehung, Berlin 2015
- ders.* Einstweiliger Rechtsschutz gegen den Verlust der formalen Gesellschafterstellung nach der Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, in: GmbHR 2016, 463-469
- ders.* OLG Thüringen, Urt. v. 24.8.2016 - 2 U 168/16, in: GmbHR 2017, 417-419
- Wanne-Laufer, Ulrich* Die Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen nach § 34 GmbHG, in: NJW 2010, 1499-1503
- Wedemann, Frauke* Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, Tübingen 2013
- Weise, Stefan/
 Krauß, Frieder* Beck'sche Online Formulare Vertrag, 56. Edition, München 2021

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht/Auffassung
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abwM	abweichende Meinung
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
Endurt.	Endurteil
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
f., ff.	folgende Seite bzw. Seiten
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts+
GBI.	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHG-E	GmbHG-Entwurf
GmbHR	GmbH-Rundschau
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HdB	Handbuch

HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
i. H. v.	in Höhe von
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
insbes.	Insbesondere
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel, Kapital
KG	Kommanditgesellschaft
KG Berlin	Kammergericht Berlin
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
KSzW	Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht
Leg.	Legislaturperiode
LG	Landgericht
m. Anm.	mit Anmerkung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
mind.	mindestens
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

n. v.	nicht veröffentlicht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift: NJW-Rechtsprechungs-Report-Zivilrecht
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarschrift
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n), Satz
SE	Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea)
sog.	sogenannte(r)
st.	ständig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und, unter
u. a.	unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft
Urt.	Urteil
u. s. w	und so weiter
v.	vom, von
Var.	Variante
vgl.	vergleiche

VO Verordnung

WM Wertpapier-Mitteilungen

z. B. zum Beispiel

ZErB Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis

ZGR Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

zit. Zitiert

ZPO Zivilprozessordnung

Zwischenurt. Zwischenurteil

Stichwortverzeichnis

Abfindung

- Anspruch 22, 35, 40 f., 101 ff., 111 ff., 157 f.
- Ausschluss *siehe* Nichtigkeitsgründe
- Haftung der Mitgesellschafter *siehe* Ausfallhaftung
- Insolvenzverursachende Abfindungszahlung *siehe* Nichtigkeitsgründe
- Kapitalerhaltung *siehe* Nichtigkeitsgründe
- Statutarische Vereinbarungen 20, 157 f.
- Treuwidrige Einziehung *siehe* Anfechtungsgründe
- Wirksamkeitsvoraussetzung *siehe* Bedingungstheorie

Anfechtungsklage

- Aktivlegitimation 80 ff.
- Anfechtungsfrist 83 ff.
- Darlegungs- und Beweislast 86 f.
- Listenkorrekturanspruch 77 f.
- Passivlegitimation 82 f.
- Rechtsfolge 109

Anfechtungsgründe

- Billigung 79
- Formale Mängel 109 ff.
- Nichtvorliegen des Zwangseinziehungsgrunds 112
- Streben nach Sondervorteilen 115
- Verstoß gegen das Konvergenzgebot 114 f.
- Verstoß gegen den allgemeinen

Gleichbehandlungsgrundsatz 114

- Verstoß gegen die Treuepflicht 112 ff.

Ausfallhaftung 20, 24 f., 100, 104

Ausschlussklage 1, 26 ff.

Bedingungstheorie 19 f., 38 f., 101 ff., 157

Beschlussmängelrecht der GmbH 75 ff.

Darlegungs- und Beweis-

/Glaubhaftmachungslast

- Einstweiliges Verfahren 121 f.
- Hauptsacheverfahren 86 f.
- Umkehr der Darlegungs- und Beweislast 168

Einstweiliger Rechtsschutz

- Bindung analog § 16 Abs. 2 HGB 144 ff.
- Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast 121 f.
- Im Nachgang der Aufnahme einer neuen Gesellschafterliste 149 ff.
- Im Vorfeld der Beschlussfassung 122 ff.
- Im Vorfeld der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste 149
- Im Zeitraum bis zur Zuordnung einer neuen Gesellschafterliste 152 ff.
- Keine unzulässige Untersagung auf Vorrat 143 f.
- Keine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache 143

- Schadensersatzpflicht des erwirkenden Gesellschafters 154 ff.
- Schutzschrift 121

Einziehungsbeschluss

- Anfechtbarkeit *siehe* Anfechtungsklage und -gründe
- Form 35
- Nichtigkeit *siehe* Nichtigkeitsklage und -gründe
- Stimmrechtsverbot 30 ff.
- Zeitliche Grenzen 33 ff.
- Zuständigkeit 30

Einziehungserklärung

- Form 38
- Verfahren 37 f.
- Zuständigkeit 36 f.

Fehlerhafte Gesellschaft

- Anwendungsvoraussetzungen 117 f.
- Interessenabwägung 118 f.
- Umfassende Legitimationswirkung der Gesellschafterliste 119 f.

Feststellungsklage 76 f., 79 f., 98, 119

Geschäftsanteil

- Angleichung der Nennbeträge 41
- Inhaber *siehe* Legitimationswirkung
- Untergang 39 f.

Gesellschafterliste

- einstweiliger Rechtsschutz *siehe* Einstweiliger Rechtsschutz
- Formale Gesellschafterstellung 31 f., 48 f., 53, 79 ff.
- Historische Entwicklung 42 f.

- Legitimationswirkung der Gesellschafterliste *siehe* Legitimationswirkung

- Listenkorrekturanspruch 77 f., 151 f.

- Prüfpflicht 59 ff., 65 ff.

- Zwangseinziehung als Veränderung 44 ff.

Gesellschafterstellung

- Formal 31, 42 ff., 74, 79 f.
- Materiell 39 f.

Gesetzesmaterialien

- ADHGB 17
- GmbHG 14 ff., 42 ff., 146, 165, 169 f.
- HGB 144 ff., 176
- MoMiG 18 f., 42 ff., 56, 59, 65 ff., 77, 93 ff., 107, 146, 150

Gläubigerschutz 98 ff.

Hauptsacheverfahren *siehe* Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage sowie Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe

Kaduzierung 28, 99 ff., 157

Kapitalaufbringung 98 ff.

Kapitalerhaltung 101 ff.

Kapitalherabsetzung 18 ff., 90, 97, 104

Konvergenzgebot

- Angleichung 41
- Anwendungsbereich 93 ff.
- Rechtsfolge eines Verstoßes *siehe* Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe

Legitimationswirkung

- Grenzen 71 ff., 147 ff.

- Telos 43 f.
- Wirkungen 48 f.

Listeneinreichungsverfahren

- Anweisung 158 f.
- Form 63 f.
- Mitteilung und Nachweis 52 ff.
- Prüfpflicht 59 ff.
- Stellungnahme 58 f.
- Zuständigkeit 51 f.

Listenzuordnungsverfahren

- Prüfpflicht 65 ff.

Mitgliedschaftsrechte 39 f., 48 f., 115 ff., 181

Nichtigkeitsklage

- Aktivlegitimation 79 ff.
- Darlegungs- und Beweislast 86 f.
- Listenkorrekturanspruch 77 f.
- Passivlegitimation 82 f.
- Rechtsfolge 87

Nichtigkeitsgründe

- Beurkundungsmängel 89 f.
- Einberufungsmängel 88 f.
- Grundsatz der Kapitalerhaltung 101 ff.
- Grundsatz der realen Kapitalaufbringung 98 ff.
- Heilung 107 f.
- Insolvenzverursachende Abfindungszahlung 104 ff.
- Keine (ausreichende) gesellschaftsvertragliche Grundlage 91 f.
- Unzuständiges Organ 98
- Verstoß gegen das Konvergenzgebot 93 ff.

- Verstoß gegen die guten Sitten 106 f.
- Wechselseitige Einziehung bei zweigliedriger GmbH 92

Rechtsschutz

- einstweiliger *siehe* Einstweiliger Rechtsschutz sowie Verfügungsanspruch und -grund
- Hauptsacheverfahren *siehe* Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage sowie Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe

Schadensersatz

- Amtshaftung 175 ff.
- Ausschluss 179 f.
- Ersatzfähiger, kausaler Schaden 180 ff.
- Haftung der Gesellschaft 172 ff.
- Haftung der übrigen Gesellschafter 160 ff.
- Haftung des Geschäftsführers 165 ff.
- Haftung des Notars 168 ff.
- Haftungskonkurrenz 183 f.

Statutarische Zwangseinziehungsklausel

- Abfindungsvereinbarungen 157
- Fälligkeit der Einlage hinausschieben 157 f.
- Nachträgliche Festsetzung 22 ff.
- Selektive Einziehungsklausel 156 f.
- Voraussetzungen 25 ff.
- Zulässigkeit der Zwangseinziehung 22

Treuepflicht 85, 112 ff., 125, 131, 139 ff., 160 ff., 173 f.

Unterdeckung 20, 40 f., 102 ff.

Verfügungsanspruch

- Korrektur durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste 151 f.
- Löschung der Gesellschafterliste durch das Registergericht 150
- Rücknahme der Gesellschafterliste 150 f.
- Unterlassen von über die alltägliche Geschäftsführung hinausgehende Maßnahmen 152 ff.
- Untersagung der Beschlussfassung 125 f.
- Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste 131 ff., 149
- Untersagung der Einziehungserklärung 130
- Untersagung der Gesellschafterversammlung 125.

Verfügungsgrund

- Korrektur durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste 152
- Unterlassen von über die alltägliche Geschäftsführung hinausgehende

Maßnahmen 152 f.

- Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste 133 ff.
- Untersagung der Einziehungserklärung 130
- Untersagung der Gesellschafterversammlung oder Beschlussfassung 126 ff.

Wichtiger Grund 26 f.

Widerspruch 55, 135, 136 f., 142 f., 182

Zwangseinziehung

- fehlerhafte Zwangseinziehung *siehe* Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe
- Historische Entwicklung 15 ff.
- Rechtsfolgen 39 ff.
- Statutarische Zwangseinziehungsklausel 22 ff.
- Tatbestand 29 ff.
- Telos 20 ff.
- Wirksamwerden 38 f.

Zwangseinziehungsgrund

- Sachlicher Grund 26 f.
- *ultima ratio* 27 ff.