

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 445

Fehlerhafter Gesellschafter und fehlerhaftes Organ

Zugleich eine Besprechung des Urteils BGHZ 196, 195

Von

Daniel Doetsch



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL DOETSCH

Fehlerhafter Gesellschafter und fehlerhaftes Organ

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 445

Fehlerhafter Gesellschafter und fehlerhaftes Organ

Zugleich eine Besprechung des Urteils BGHZ 196, 195

Von

Daniel Doetsch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Wintersemester 2014/2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-14694-9 (Print)
ISBN 978-3-428-54694-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84694-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Januar 2015 berücksichtigt.

Ganz besonderer Dank gilt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald. Ihre Betreuung war in jeder Hinsicht bereichernd und bot den perfekten Ausgleich zwischen wissenschaftlicher Freiheit und Unterstützung. Sie gab den Anstoß für das Thema und war immer als Ansprechpartnerin für mich da.

Ebenso danke ich meinem Korreferenten Herrn Prof. Dr. Michael Schlitt für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei meinen Eltern, Beate und Wilhelm Doetsch, sowie meinem Bruder, Maximilian Doetsch. Sie förderten mich stetig bei all meinen Lebensplänen und boten mir ein vollkommen sorgenfreies Umfeld. Herausgehoben sei noch die Geduld meines Vaters, der sich freundlicherweise als Lektor bereitstellte.

Nicht in Worte zu fassen ist die Dankbarkeit für die wunderschöne Zeit mit meiner Partnerin, Anna Marie Meister. Sie hat mich in all den Jahren des Studiums und der Promotion begleitet, vielfältig und unermüdlich unterstützt und ermutigt. Mit ihr konnte ich Thesen diskutieren und sie auch neutral überprüfen lassen.

Essen, im Januar 2015

Daniel Doetsch

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	----

Erster Teil

Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft

	16
A. Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft i. e. S.	16
I. Einführung	16
II. Abgrenzung zur faktischen Gesellschaft und Scheingesellschaft	16
1. Die faktische Gesellschaft	17
2. Die Scheingesellschaft	17
III. Historische Entwicklung der Rechtsprechung	18
1. Entscheidung des Plenums des königlichen Geheimen Ober-Tribunals vom 23.01.1843	18
2. ROHG 20, 270	19
3. RGZ 2, 130	20
4. RGZ 57, 292	20
5. RGZ 123, 102	22
6. RGZ 148, 225	22
7. RGZ 165, 193	23
8. RG IV 243/42	24
9. BGHZ 55, 5	24
10. BGHZ 62, 20	24
11. BGH II ZR 212/90	26
12. Zusammenfassung der Entwicklung der Rechtsprechung	26
IV. Dogmatische Grundlagen	27
1. Begründung der Rechtsprechung	27
2. Die Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen	28
3. „Gesetzestreue“ Ansichten	29
4. Doppelnatur der Gesellschaft	30
5. Stellungnahme	31
V. Voraussetzungen	31
1. Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrags	31
2. Vollzug des Gesellschaftsvertrags	34

3.	Keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen	36
a)	Vorrangige Interessen Einzelner	37
b)	Vorrangiger Schutz öffentlicher Interessen	38
c)	Stellungnahme	39
VI.	Rechtsfolgen	40
1.	Grundsatz	40
2.	Arglisteinrede	41
VII.	Geltendmachung des Fehlers	41
1.	Grundsatz	41
2.	Frist	42
3.	Einschränkung der Geltendmachung durch die Treuepflicht	43
VIII.	Schadensersatzansprüche	43
B.	Die Lehre vom fehlerhaften Gesellschafterbeitritt	45
I.	Einführung	45
II.	Abgrenzung zum faktischen Gesellschafter und Scheingesellschafter	45
1.	Der faktische Gesellschafter	45
2.	Der Scheingesellschafter	46
III.	Voraussetzungen	46
1.	Fehlerhaftigkeit des Beitritts	46
2.	Vollzug des Beitritts	47
3.	Keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen	51
IV.	Rechtsfolge	51
1.	Grundsatz	51
2.	Ausnahme	52
a)	Arglisteinrede	52
b)	Treu und Glauben	52
V.	Geltendmachung des Fehlers	53
C.	Die Lehre vom fehlerhaften Gesellschafteraustritt	53
D.	Die Lehre von der fehlerhaften Anteilsübertragung	54
I.	Einleitung	54
II.	Anwendbarkeit	55
1.	Historische Entwicklung der Rechtsprechung	55
2.	Ansichten in der Literatur	57
a)	Bejahende Ansichten	58
b)	Verneinende Ansichten	58
c)	Differenzierende Ansicht	59
3.	Stellungnahme	59
III.	Anwendung der Grundsätze	61

E.	Die Lehre vom fehlerhaften Geschäftsführer	62
I.	Fehlerhafte Einräumung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis	62
II.	Fehlerhafte Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis	63
	1. Meinungsstand	63
	a) Verneinende Ansicht	63
	b) Bejahende Ansicht	63
	2. Stellungnahme	64
III.	Voraussetzungen	65
	1. Fehlerhaftigkeit	65
	2. Vollzug	66
IV.	Rechtsfolge	66
V.	Geltendmachung des Fehlers	66

Zweiter Teil

Die Lehre vom fehlerhaften Organ

67

A.	Grundlagen	67
I.	Abgrenzung zum faktischen Organ und Organ kraft Rechtsscheins	67
	1. Das faktische Organ	67
	2. Das Organ kraft Rechtsscheins	68
II.	Historische Entwicklung der Rechtsprechung	68
	1. Allgemeine Rechtsprechung	68
	a) ROHG 20, 207	68
	b) RG II 630/08	69
	c) RG I 74/10	69
	d) RGZ 144, 384	70
	e) RG II 187/35	70
	f) RG II 206/38	71
	g) BGHZ 41, 282	71
	2. Anwendung auf fehlerhaft bestellte Aufsichtsratsmitglieder	72
	3. Anwendung auf den besonderen Vertreter nach § 147 Abs. 2 AktG ..	73
III.	Dogmatische Grundlagen	74
B.	Konkrete Anwendung	74
I.	Voraussetzungen der Lehre vom fehlerhaften Organ	74
	1. Fehlerhafter Bestellsakt	75
	2. Vollzug der Bestellung	76
	3. Keine entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen	77
	a) Vorrangige Interessen Einzelner	77

b) Vorrangiger Schutz öffentlicher Interessen	78
c) Stellungnahme	79
II. Rechtsfolgen	80
III. Geltendmachung des Fehlers	80
IV. Anwendbarkeit auf die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern	81
1. Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat	81
2. Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	84
V. Fehlerhafte Abberufung des Organs	85

Dritter Teil

Das Urteil BGHZ 196, 195 88

A. Sachverhalt	88
B. Urteil des BGH	88
C. Kritik in der Literatur	92
I. Die Ansicht von Cziupka	92
II. Die Ansicht von Priester	93
III. Die Ansicht von Rieckers	94
IV. Die Ansicht von Schürnbrand	95
V. Die Ansicht von Kocher	96
VI. Die Ansicht von Kiefner/Seibel	97
VII. Die Ansicht von Arnold/Gayk	98
D. Stellungnahme	101
I. Terminologie	101
II. Ursächliche Mitwirkung durch Handeln vor Beschlussfassung	101
III. Asymmetrie der Rechte und Pflichten	103
IV. Zwingende Beibehaltung der ex tunc Wirkung	103
V. Verhältnis der Nichtigkeit der Stimmabgabe zur Nichtigkeit des Beschlusses	104
VI. Schutz über Rechtsschein	105
1. Vertrauensschutz	106
a) Schutz des Vertrauens außenstehender Dritter	106
b) Schutz des Vertrauens von Organmitgliedern	107
2. Kennen oder kennen müssen	108
a) Kennen oder kennen müssen der Fehlerhaftigkeit der Wahl	109
b) Kennen oder kennen müssen der „Ursächlichkeit“ der Mitwirkung	110
VII. Bestellung und Abberufung des Vorstands	111
VIII. Vorschläge zur Beschlussfassung der Hauptversammlung	112

IX.	Zuständigkeit in Anknüpfung an die aktuelle Funktion des Aufsichtsratsmitglieds	114
X.	Feststellung des Jahresabschlusses	116
XI.	Anwendung der Lehre auf den besonderen Vertreter nach § 147 AktG ...	118
XII.	Offene Anwendungsfälle	120
	1. Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, §§ 114, 115 AktG	120
	2. Zustimmungsbefürdigte Geschäfte	120
	3. Einberufung der Hauptversammlung, § 111 Abs. 3 S. 1 AktG	122
	4. Bericht des Aufsichtsrats, § 171 Abs. 2 AktG	123
	5. Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern, § 112 AktG	124
	a) Gerichtliche Vertretung	124
	b) Außergerichtliche Vertretung	125
	6. Kreditverträge mit Vorstandsmitgliedern, § 89 AktG	126
	7. Antrag auf Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds	126
	8. Einstimmigkeitserfordernis	127
	9. Aufsichtsratsausschüsse	128
	10. Anerkennung von Ausnahmefällen	129
XIII.	Lösungswege für die Praxis	129
	1. § 104 AktG während des Klageverfahrens	129
	a) Direkte Anwendung und unbedingte Bestellung	129
	b) Analoge Anwendung	130
	c) Aufschiebend bedingte Bestellung	132
	d) Zwischenergebnis	136
	2. Sonstige Erwägungen	137
XIV.	Fazit	139

Vierter Teil

Übertragung der Grundsätze auf andere Gesellschaftsformen 141

A.	Übertragung auf die GmbH	141
I.	Aufsichtsrat	141
	1. Obligatorischer Aufsichtsrat	141
	a) Anwendbare Normen	141
	b) Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern	142
	c) Übertragung der Grundsätze im Einzelfall	142
	d) Lösungswege für die Praxis	144
	e) Zwischenergebnis	145
	2. Fakultativer Aufsichtsrat	145
	a) Anwendbare Normen	145

b)	Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern	145
c)	Übertragung der Grundsätze im Einzelfall	146
d)	Lösungswege für die Praxis	147
e)	Zwischenergebnis	148
II.	GmbH-Gesellschafter	148
1.	Anwendbarkeit der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft auf fehlerhafte GmbH-Gesellschafter	149
2.	Zwischenergebnis	152
B.	Übertragung auf Personengesellschaften	152
I.	Vergleichbarkeit der Rechtsinstitute	152
1.	Vergleichbarer Ursprung	152
2.	Vergleichbare dogmatische Grundlage	154
3.	Vergleichbarkeit der Interessen	154
4.	Vergleichbarkeit der Anwendungsvoraussetzungen	156
5.	Kritik	156
6.	Stellungnahme	157
7.	Zwischenergebnis	158
II.	Übertragung der Grundsätze	158
Beschlüsse in Personengesellschaften	159	
1.	Fehlerhafte Beschlüsse in einer Personengesellschaft	159
2.	Mitwirkung von Dritten bei Beschlussfassungen	161
a)	Einberufung und Teilnahme an der Gesellschafterversammlung ..	162
b)	Stimmabgabe bei der Beschlussfassung	164
aa)	Einstimmigkeitserfordernis	165
bb)	Mehrheitserfordernis	165
c)	Feststellung und Protokollierung des Ergebnisses zur Beschlussfassung	166
d)	Zwischenergebnis	166
3.	Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit von Beschlüssen	167
4.	Vergleichbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen mit Aufsichtsratsbeschlüssen	167
a)	Vorstandsbestellung	168
Einschub: Erweiterung des Begriffs der Fehlerhaftigkeit	169	
b)	Feststellung des Jahresabschlusses	170
5.	Zwischenergebnis	171
III.	Konsequenzen der Übertragung der Grundsätze	171
1.	Auswirkungen auf andere Gesellschafterbeschlüsse	172
a)	Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, § 113 Abs. 2 HGB	172
b)	Zustimmungsbedürftige Handlungen, § 116 Abs. 2 HGB	173

Inhaltsverzeichnis 13

c) Beschlüsse gegen einen Gesellschafter	173
d) Eintritt eines neuen Gesellschafters	174
e) Ausschluss eines Gesellschafters, § 737 BGB/§ 140 HGB	175
f) Auflösungsbeschluss, § 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB	176
g) Abberufung von Liquidatoren, § 147 HGB	178
h) Anderweitige Änderungen des Gesellschaftsvertrags	178
i) Zwischenergebnis	179
2. Lösungswege für die Praxis	179

Fünfter Teil

Reform 180

A. Reformbedarf	180
I. Reformbedarf bei der AG	180
II. Reformbedarf bei der GmbH	182
III. Reformbedarf bei Personengesellschaften	182
B. Reformvorschlag	182

Sechster Teil

Zusammenfassung 185

Literaturverzeichnis	187
Sachwortverzeichnis	202

Einleitung

Die rückwirkende Nichtigkeit, wie sie das Gesetz an mehreren Stellen vorsieht, kann in vielen Konstellationen unbillige und schwer zu handhabende Probleme hervorrufen. Dies gilt insbesondere im Bereich des Gesellschaftsrechts. Die Existenz einer Gesellschaft, der Beitritt eines Gesellschafters oder auch das Tätigwerden eines Organs können nur unter Bewältigung erheblicher Schwierigkeiten als nicht geschehen behandelt werden. Dritte verlassen sich auf die Existenz der Gesellschaft, die Stellung als Gesellschafter und auch auf die Wirksamkeit der nach außen gerichteten Rechtshandlungen. Im Innenverhältnis der Gesellschaft führt häufig nur die Anwendung der speziellen gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu billigen Ergebnissen. Sie ermöglichen etwa eine gerechte Vermögensaufteilung unter den Gesellschaftern, was bereicherungsrechtliche Vorschriften häufig nicht zu leisten vermögen. Ähnliche Probleme können sich in den Fällen ergeben, in denen die Bestellung eines Organmitglieds unwirksam ist. Wird es tatsächlich tätig, so sollte nach außen hin nicht nur der bloße Rechtsschein zu einer Haftung führen. Vielmehr sollte das fehlerhafte Organ ebenso den maßgeblichen Pflichten, insbesondere der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft unterliegen. Deshalb ist es im Grundsatz allgemein anerkannt, dass man bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Rückwirkung der Nichtigkeit ausschaltet und nur eine Geltendmachung für die Zukunft zulässt. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und die Lehre vom fehlerhaften Organ haben gemein, dass man danach fehlerhafte Maßnahmen „wenn auch nicht „zu Recht“, so doch „vor dem Recht“¹ als wirksam behandelt.

In der vorliegenden Arbeit werden die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft im Hinblick auf Personengesellschaften und die Lehre vom fehlerhaften Organ näher untersucht. Es folgt eine Besprechung des Urteils BGHZ 196, 195 vom 19. Februar 2013. In dieser Entscheidung macht der BGH eine erhebliche Einschränkung für die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Organ auf den Aufsichtsrat. Diese Rechtsprechung wird dann als Ausgangspunkt genutzt, um die Frage zu stellen, ob sie auch auf die GmbH oder auch Personengesellschaften angewendet werden kann. Partiiell würde dies voraussetzen, dass Aussagen, die zur Lehre vom fehlerhaften Organ getroffen wurden, auf die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft übertragen werden können. Zuletzt wird diskutiert, ob das Urteil des BGH die Notwendigkeit einer Gesetzesreform zur Folge hat.

¹ RGZ 148, 225 (232).

Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft

Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft dient dazu, die als unangemessen angesehene ex tunc Wirkung als Folge der Nichtigkeit eines Vorgangs durch die Fiktion der Wirksamkeit desselben zu beheben. Die Geltendmachung des Fehlers kann lediglich mit Wirkung für die Zukunft geschehen.

Es handelt sich dabei um ein Konstrukt richterlicher Rechtsfortbildung. Aus diesem Grund ist es notwendig, zunächst den Verlauf der Rechtsprechungsentwicklung darzustellen. Durch die Kenntnis der Hintergründe kann die Kritik der Literatur nachvollzogen und auch eine etwaige Fortentwicklung dieser Rechtsprechung betrieben werden. Auch wenn die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft als Gewohnheitsrecht bezeichnet wird,¹ so kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Vielzahl von Fragen offen ist oder nicht einheitlich beantwortet wird.

A. Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft i. e. S.

I. Einführung

Mit der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft im engeren Sinn ist in dieser Arbeit der Fall gemeint, dass eine Gesellschaft fehlerhaft gegründet worden ist und deshalb die Gesellschaft selbst an einem Mangel leidet.

II. Abgrenzung zur faktischen Gesellschaft und Scheingesellschaft

Von der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft sind zunächst die Lehre der faktischen Gesellschaft sowie die Lehre der Scheingesellschaft abzugrenzen.

Zum Verständnis sei bereits folgende Feststellung zur fehlerhaften Gesellschaft vorweggenommen: Die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft verlangt, dass die Gesellschafter bewusst und gewollt einen – wenn auch fehlerhaften – Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Gesellschaft abgeschlossen haben.

¹ Siehe dazu: RGZ 123, 102 (104), *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 Rn. 325; *Habermeier*, in: Staudinger, BGB, § 705 Rn. 63.

1. Die faktische Gesellschaft

Die Lehre der faktischen Gesellschaft beschreibt den Fall, dass überhaupt kein Gesellschaftsvertrag, d. h. auch kein fehlerhafter, vorliegt. Es genüge letztlich ein rein tatsächliches Zusammenwirken dafür, dass eine Gesellschaft entsteht.² Die Rechtsfigur des faktischen Vertragsverhältnisses hat teilweise in der Rechtsprechung³ Anklang gefunden, auch wenn sie nicht so benannt wurde. Eine echte faktische Gesellschaft kam in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nur ein einziges Mal vor.⁴ In mehreren Urteilen zu Gesellschaften wurde der Begriff zwar zeitweise genutzt, doch war damit nicht die Lehre der faktischen Gesellschaft, sondern die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft gemeint.⁵ Es wurde immer ein, wenn auch fehlerhafter, Gesellschaftsvertrag vorausgesetzt.⁶ Der Grund dafür war, dass man ein bloß tatsächliches Zusammenwirken nicht einem rechtsgeschäftlichen Handeln gleichstellen wollte.⁷

2. Die Scheingesellschaft

Bei der Scheingesellschaft fehlt es an einem Gesellschaftsvertrag. Die Scheingesellschafter wollen einen solchen nicht abschließen.⁸ Darin liegt gerade der Unterschied zur fehlerhaften Gesellschaft,⁹ bei der das Entstehen einer Gesellschaft bezweckt werden soll. Im Rechtsverkehr erscheint die Scheingesellschaft jedoch wie eine tatsächlich bestehende Gesellschaft. Es sind Rechtsscheingesichtspunkte, die dazu führen, dass die Scheingesellschaft wie eine tatsächlich existente Gesellschaft behandelt wird.¹⁰ Dies hat dann zur Folge, dass die Scheingesellschafter nach § 15 HGB oder § 128 HGB persönlich haften.¹¹ Nach den allgemein zum Rechtsschein entwickelten Grundsätzen kommt die Lehre

² *Miras*, in: Münchener Hdb. GesR, § 100 Rn. 31; *Lehmann* kritisierte diese Ansicht als „Atombombe zur Zerstörung gesetzestreu juristischen Denkens“, in: NJW 1958, 1 (5); *K. Schmidt*, in: MünchKomm. HGB, § 105 Rn. 230.

³ BGH NJW 1956, 1475 (1476); OLG Frankfurt, NJW-RR 1989, 249 (250).

⁴ BGH WM 1955, 1119 („Aus dem Rechtsverhältnis, das durch die Fortführung des Unternehmens zwischen den Parteien bestand“); siehe auch: *Fischer*, in: Großkomm. HGB, § 105 Anm. 73.

⁵ BGH NJW 1954, 231; *Goette*, DSStR 1996, 266 (267).

⁶ BGH NJW 1954, 231.

⁷ *Miras*, in: Münchener Hdb. GesR, § 100 Rn. 33.

⁸ *Fischer*, in: Großkomm. HGB, § 105 Anm. 107; *Kübler/Assmann*, GesR, § 26 II 1, S. 392; *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 Rn. 378; *Weitemeyer*, in: Oetker, HGB, § 105 Rn. 96.

⁹ Dazu auch eingehend: BGH NJW 2011, 66 (68).

¹⁰ *K. Schmidt*, in: MünchKomm. HGB, § 105 Rn. 258; *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm. BGB, § 705 Rn. 378; *Weitemeyer*, in: Oetker, HGB, § 105 Rn. 97.

¹¹ BGH NJW 1980, 784 (785); *Weitemeyer*, in: Oetker, HGB § 105 Rn. 97.