

Betriebs Berater

BB

3 | 2024

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

15.1.2024 | 79. Jg.
Seiten 65–128

DIE ERSTE SEITE

Dr. Stephan Schäfer, RA/FAHaGesR

Die EU-Lieferketten-Richtlinie kommt! Eckpunkte der europäischen Einigung zur CSDDD

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Moritz Jenne, RA, und **Simon Schuler**, RA

Actio pro socio, Ausstattungszusagen und Aufgabe der Bedingungslösung –
Neues zur Ausschließungsklage in der GmbH | 67

Dr. Nadine Kramer, RAin/FAinArbR, und **Maximilian Luca Schunder**, RA

Business Human Rights Due Diligence nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz –
need to know für Unternehmen | 74

STEUERRECHT

Andreas Walter, RA, und **Malte J. Mehrgardt**, LL.M.

Geplante Änderung für (Spezial-)AIF durch Zukunftsfinanzierungsgesetz und
Wachstumschancengesetz – Verpasste Chance für die Energiewende? | 87

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Olaf Haegler, CPA, und **Stefan Deike**, M.Sc.

Enforcement-Prüfungsschwerpunkte 2024 | 107

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Matthias Jacobs

Der Gesetzesentwurf zur Neuregelung der Betriebsratsvergütung: eine Einladung zur
Betriebsratsbegünstigung? | 117

Dr. Moritz Jenne, RA, und Simon Schuler, RA

Actio pro socio, Ausstattungszusagen und Aufgabe der Bedingungslösung – Neues zur Ausschließungsklage in der GmbH

Zugleich Anmerkung zu BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21*

Verletzt ein Gesellschafter seine gesellschaftliche Treuepflicht schwerwiegend oder ist sein Verbleib im Gesellschafterkreis aus sonstigen, in seiner Person liegenden Gründen unzumutbar geworden, können ihn die übrigen Gesellschafter gegen seinen Willen aus der Gesellschaft ausschließen. Das ist auch dann möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag keine expliziten Regelungen zur zwangsweisen Einziehung von Geschäftsanteilen enthält. Der vorliegende Beitrag beleuchtet anhand einer aktuellen Entscheidung des BGH wichtige Aspekte der Ausschließungsklage gegen den Gesellschafter einer GmbH und gibt Gestaltungshinweise für die Praxis.

I. Einleitung

Auch wenn der Gesellschaftsvertrag einer GmbH keine Regelung zum zwangsweisen Ausscheiden von Gesellschaftern enthält, ist allgemein anerkannt, dass Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können.¹ Die Ausschließung erfolgt in diesen Fällen grundsätzlich in einem zweistufigen Verfahren:²

Sie erfordert zunächst einen Beschluss der Gesellschafterversammlung, gegen den Gesellschafter eine Ausschließungsklage zu erheben.³ Erforderlich ist dabei eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen.⁴ Der von der Ausschließung betroffene Gesellschafter hat hierbei regelmäßig – sofern der wichtige Grund zumindest substantiiert vorgebracht wird – kein Stimmrecht.⁵

In der zweiten Stufe ist von der GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, die Ausschließungsklage gegen den Gesellschafter zu erheben.⁶ Abweichend hiervon soll die Ausschließungsklage im Fall der Zwei-Personen-GmbH auch von dem die Ausschließung begehrnden Gesellschafter selbst erhoben werden können (dazu III.).⁷

Das Gericht prüft sodann, ob der für die Ausschließung erforderliche wichtige Grund vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn ein Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft die gedeihliche Fortführung des Unternehmens in Frage stellen würde oder wenn aus sonstigen Gründen die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit ihm für die übrigen Gesellschafter unzumutbar ist.⁸

Als Kompensation für sein zwangsweises Ausscheiden erhält der ausgeschlossene Gesellschafter eine Abfindung. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH war die Wirksamkeit der Ausschließung an die Bedingung geknüpft, dass der auszuschließende Gesellschafter diese Abfindung binnen einer im Urteil zu bestimmenden angemessenen Frist erhält.⁹ Diese sog. „Bedingungslösung“ hat der BGH nach nunmehr 70 Jahren in seinem Urteil vom 11.7.2023 (dazu II.) ausdrücklich aufgegeben (dazu IV.). Zudem enthält die Entscheidung des BGH für die anwaltliche Praxis bedeutsame Ausführungen zu Ausstattungszusagen von

Gesellschaftern (dazu V.) sowie zur Bestimmtheit der Antragstellung (dazu VI.). In jedem Falle sollten Gesellschafter einer GmbH in Erwägung ziehen, Regelungen zum zwangsweisen Ausscheiden von Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag zu verankern (dazu VII.).

II. Versäumnisurteil des BGH vom 11.7.2023 – II ZR 116/21

1. Sachverhalt

Kläger und Beklagter sind Gesellschafter einer GmbH und jeweils hälftig an dieser beteiligt. Der Kläger behauptete, der Verbleib des Beklagten in der Gesellschaft sei für ihn aus verschiedenen Gründen unzumutbar. Die Satzung der Gesellschaft enthielt keine Regelung zum Ausschluss eines Gesellschafters oder zur Einziehung von Geschäftsanteilen.

Abweichend vom vorstehend skizzierten Ablauf einer Ausschließung erhob der Kläger (und nicht die Gesellschaft aufgrund vorheriger Beschlussfassung) Klage und beantragte, den Beklagten aus der Gesellschaft auszuschließen und dessen Geschäftsanteil nach Wahl des Klägers entweder gegen Zahlung einer Abfindung einzuziehen oder den Kläger für befugt zu erklären, die Abtretung des Geschäftsanteils an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen. Zudem erklärte der Kläger im Prozess, er werde der Gesellschaft den zur Auszahlung der Abfindung ggf. notwendigen Betrag im Wege einer Einlage rechtzeitig zur Verfügung stellen.

* Abgedruckt in BB 2023, 2316 mit BB-Komm. Eßers.

- 1 St. Rspr., vgl. nur BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 780 f.; BGH, 23.2.1981 – II ZR 229/79, NJW 1981, 2302, 2303; BGH, 20.9.1999 – II ZR 345/97, BB 1999, 2262, NJW 1999, 3779; Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 114; Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 34, Rn. 2; Fleischer, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 34 GmbHG, Rn. 24; Ulmer/Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 9; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 34, Rn. 109; Lutz, Der Gesellschafterstreit, 7. Aufl. 2021, Rn. 269.
- 2 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 34, Rn. 120; Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 156.
- 3 Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 5; Ulmer/Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 23.
- 4 BGH, 13.1.2003 – II ZR 173/02, NZG 2003, 284, 286, BB 2003, 493 Ls.; Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 163; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 34, Rn. 121; Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 34, Rn. 9; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 5.
- 5 BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 784; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 34, Rn. 123; Lutz, Der Gesellschafterstreit, 7. Aufl. 2021, Rn. 270; Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 165.
- 6 Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 171.
- 7 Fischer, in: FS Walter Schmidt, 1959, S. 117, 133 f.; Sosnitza, in: Michalski u.a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, Anh. § 34, Rn. 28; Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 176.
- 8 Vgl. etwa BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 781; Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 134; Ulmer/Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 11.
- 9 BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 783.

Das Landgericht München I wies die Klage ab. Es könne dahinstehen, ob ein wichtiger Grund für den Ausschluss des Beklagten aus der Gesellschaft vorliegt. Denn eine Ausschließungsklage sei unbegründet, wenn bei Schluss der mündlichen Verhandlung feststehe, dass die Gesellschaft die Abfindung für den auszuschließenden Gesellschafter nicht zahlen könne. Dabei sei nicht auf die vorhandene Liquidität, sondern auf die bilanzielle Situation abzustellen. Ob die Gesellschafter willens und in der Lage seien, ausreichend Kapital zur Deckung des Abfindungsbetrags zur Verfügung zu stellen, sei solange nicht erheblich, als es in der Gesellschaft an dem für die Abfindung erforderlichen Kapital fehle.¹⁰

Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers und der Gesellschaft als Nebenintervenientin wies das OLG München zurück.¹¹ Zur Begründung führte es, wie die Vorinstanz, aus, zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Senat habe festgestellt, dass die Gesellschaft die dem Beklagten zustehende Abfindung nicht aus freiem Vermögen werde zahlen können.¹²

Dagegen richtete sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er seine Klageanträge weiterverfolgte.

2. Entscheidungsgründe

Der BGH hob das Urteil auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück. Die Entscheidung erging durch Versäumnisurteil, beruhte inhaltlich aber ausdrücklich auf einer Sachprüfung.¹³

Zunächst führte der II. Zivilsenat aus, dass der Kläger für die im eigenen und nicht im Namen der GmbH erhobene Ausschließungsklage prozessführungsbefugt sei.¹⁴ Die Ausschließungsklage sei grundsätzlich zwar von der GmbH selbst zu erheben. In einer Zwei-Personen-GmbH könne ein Gesellschafter aber unter den Voraussetzungen der actio pro socio, die in diesem Fall vorlägen, die Ausschließungsklage im eigenen Namen erheben.¹⁵

Sodann gab der BGH seine vor 70 Jahren¹⁶ eingeführte sog. Bedingungslösung auf und entschied, dass die Ausschließung eines Gesellschafters im Wege der Ausschließungsklage bereits mit Rechtskraft des Urteils wirksam werde und nicht durch die Leistung der Abfindung an den auszuschließenden Gesellschafter bedingt sei.¹⁷ Damit schloss sich der Senat der Vorinstanz¹⁸ an und übertrug seine Rechtsprechung zur zwangsweisen Einziehung von Geschäftsanteilen¹⁹ auf die Ausschließung eines Gesellschafters durch Gestaltungsurteil.

Nach Ansicht des BGH trugen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht die Annahme, die Abfindung des Beklagten könne nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden.²⁰ Das Berufungsgericht habe keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Ausstattungszusage des Klägers eine in der Bilanz der Nebenintervenientin im Zeitpunkt der Zahlung der Abfindung aktivierbare Forderung begründe. Es fehle an Feststellungen zum Rechtsbindungswillen und Vertragsabschluss nach §§ 145 ff. BGB. Aus diesem Grund hat der BGH das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit dieses ergänzende Feststellungen zur Aktivierbarkeit einer Forderung aus der Ausstattungszusage des Klägers in der Handelsbilanz der Gesellschaft treffen kann.²¹

III. Prozessführungsbefugnis im Rahmen der Ausschließungsklage

1. Meinungsstand zur Zwei-Personen-GmbH

Ob die Ausschließungsklage in einer Zwei-Personen-GmbH von den Gesellschaftern im eigenen Namen gegen den jeweils anderen erhoben

werden kann, hatte der BGH bislang offengelassen.²² In der Literatur ist diese Frage umstritten. Die überwiegende Ansicht spricht sich dafür aus.²³ Begründet wird dies teils mit nicht näher erläuterten „Praktikabilitätsgründen“,²⁴ teils mit einer Vergleichbarkeit zu den Grundsätzen der actio pro socio.²⁵ Zudem werden Gründe der Prozessökonomie angeführt: In der Zwei-Personen-GmbH komme es bei tiefgreifenden Meinungsverschiedenheiten regelmäßig zu wechselseitig erhobenen Ausschließungsklagen, die dann im Wege der Klage und der Widerklage einheitlich verhandelt und entschieden werden könnten.²⁶ Ließe man dagegen nur eine Klage der Gesellschaft zu, müssten zunächst beide Gesellschafter die Geschäftsführer zur Erhebung zweier separater Ausschließungsklagen bewegen, die dann noch gem. § 147 ZPO verbunden werden müssten.²⁷

Die Gegenauffassung hält eine Klagebefugnis des Gesellschafters, der die Ausschließung seines Kompagnons begehrt, nicht für erforderlich.²⁸ Ein praktisches Bedürfnis für eine unmittelbare Klagebefugnis des ausschließungswilligen Gesellschafters bestehe allenfalls dann, wenn der auszuschließende Gesellschafter zugleich der einzige Geschäftsführer der GmbH sei.²⁹

2. Entscheidung des BGH

Der II. Zivilsenat des BGH schloss sich in seinem Urteil der überwiegenden Meinung an und entschied, dass Gesellschafter einer Zwei-Personen-GmbH unter den Voraussetzungen der actio pro socio die

10 LG München I, 28.2.2019 – 16 HK O 10218/18, BeckRS 2019, 55438, Rn. 50f.

11 OLG München, 16.6.2021 – 7 U 1407/19, NZG 2021, 1213.

12 OLG München, 16.6.2021 – 7 U 1407/19, NZG 2021, 1213, 1216, Rn. 73 ff.

13 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 4.

14 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 9 ff.; vgl. auch das erstinstanzliche LG München I, 28.2.2019 – 16 HK O 10218/18, BeckRS 2019, 55438, Rn. 32 ff.

15 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 14 ff.

16 BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 783.

17 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 20 ff.

18 OLG München, 16.6.2021 – 7 U 1407/19, NZG 2021, 1213, 1215, Rn. 65 ff.; anders das erstinstanzliche LG München I, das sich gegen die Übertragung der Rechtsprechung des BGH zur Einziehung auf die Ausschließungsklage ausgesprochen hatte, LG München I, 28.2.2019 – 16 HK O 10218/18, BeckRS 2019, 55438, Rn. 40 ff.

19 BGH, 24.1.2012 – II ZR 109/11, BB 2012, 664, Rn. 8 ff.

20 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 34 ff.

21 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 40.

22 So ausdrücklich BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 783.

23 Befürwortend *Fleischer*, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 34 GmbHG, Rn. 31; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, Anh. § 34, Rn. 38; *Ulmer/Habersack*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 33; *Fischer*, in: FS Walter Schmidt, 1959, S. 117, 133 f., wonach die Ausschließungsklage in einer Zwei-Personen-Gesellschaft in jedem Fall von dem Gesellschafter selbst erhoben werden müsse und die Gesellschaft selbst nicht als Klägerin auftreten könne; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 34, Rn. 124; *Sosnitzer*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, Anh. § 34, Rn. 28; *Strohn*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 176; *Kersting*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 34, Rn. 8a; *Eser*, DStR 1991, 747, 749; *Joost*, ZGR 1984, 71, 97 ff.; *Oppenländer*, DStR 1996, 922, 927 f.; *Taetzner/Maul*, Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Aufl. 2021, § 14, Rn. 100; *Battke*, GmbHR 2008, 850, 854.

24 *Klingsch*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 16; *Kersting*, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 34, Rn. 8a; *Battke*, GmbHR 2008, 850, 854.

25 *Ulmer/Habersack*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 33; *Sosnitzer*, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, Anh. § 34, Rn. 28; *Strohn*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 176; vgl. allg. zur actio pro socio: BGH, 22.1.2019 – II ZR 143/17, BB 2019, 1682, NZG 2019, 702; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 46, Rn. 161 f.; *Schäfer*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 715b, Rn. 2 ff.; *Fleischer/Harzmeier*, ZGR 2017, 239; *Kumkar*, NZG 2020, 1012.

26 *Strohn*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 177.

27 *Strohn*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 177; diese Möglichkeit verkennt *Fischer*, in: FS Walter Schmidt, 1959, S. 117, 133 f.

28 OLG Nürnberg, 21.4.1970 – 7 U 130/69, BB 1970, 1371; *Balz*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH, 1984, S. 47, der auf die Möglichkeit der Verbindung zweier von der GmbH gegen die Gesellschafter erhobenen Ausschließungsklagen hinweist; *Gaßmüller*, GmbHR 1956, 145, 148, der zudem betont, dass es in der GmbH „niemals“ Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses und „insbesondere keine actio pro socio“ gebe; *Seydel*, GmbHR 1953, 149, 150; *Goette/Goette*, Die GmbH, 3. Aufl. 2019, § 6, Rn. 12.

29 *Goette*, DStR 2001, 533, 534.

Ausschließungsklage erheben können.³⁰ Nach den Grundsätzen der actio pro socio könne ein Gesellschafter einer GmbH berechtigt sein, einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, wenn dieser seine zwischen den Gesellschaftern bestehende Treuepflicht verletzt und durch eine damit verbundene Schädigung des Vermögens der Gesellschaft mittelbar auch dasjenige des klagenden Gesellschafters geschmälert wurde.³¹

Die heute ganz herrschende Meinung ordnet die actio pro socio dem Wortlaut entsprechend („Klage als Gesellschafter“³²) überwiegend als Klage eines einzelnen Gesellschafters ein, mit der dieser Ansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen im Wege einer Prozessstandschaft geltend macht.³³ Nach anderer Ansicht macht der Gesellschafter bei der actio pro socio ein eigenes, aus seiner Mitgliedschaft abgeleitetes Recht geltend.³⁴ Da diese dogmatische Unterscheidung keine praktische Relevanz hat,³⁵ konnte der BGH diese Streitfrage bislang offenlassen.³⁶

Bei der Ausschließung eines Gesellschafters geht es zwar nicht um die Geltendmachung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter. Der BGH sieht die Übertragung der Grundsätze der actio pro socio auf die Ausschließungsklage dennoch als gerechtfertigt an, da das Recht auf Ausschließung eines Gesellschafters seinen materiellen Grund ebenfalls in der gesellschaftlichen Treuepflicht habe.³⁷

In einem zweiten Schritt stellte der BGH sodann fest, dass der actio pro socio durch den Kläger nicht der gegenüber der Gesellschafterklage grundsätzlich bestehende Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft entgegenstehe.³⁸ Denn dieser Vorrang entfalle, wenn eine Klage der Gesellschaft undurchführbar, durch den Schädiger selbst vereitelt worden oder infolge der Machtverhältnisse der Gesellschaft so erschwert sei, dass es für den betroffenen Gesellschafter ein unzumutbarer Umweg wäre, müsste er die Gesellschaft erst zu einer Klage zwingen.³⁹ Diese Voraussetzung sah der BGH als gegeben an. Die beiden Gesellschafter hatten sich nicht auf einen neuen Geschäftsführer einigen können, weshalb bereits ein Notgeschäftsführer mit erheblich beschränktem Aufgabenkreis gerichtlich bestellt worden war, wogegen wiederum beide Gesellschafter im Wege einer Beschwerde vorgehen.⁴⁰

3. Übertragbarkeit der Entscheidung auf mehrgliedrige Gesellschaften

Der BGH musste sich in seinem Urteil nicht dazu äußern, ob die Erhebung einer Ausschließungsklage durch einzelne Gesellschafter im Wege der actio pro socio auch bei Gesellschaften mit mehr als zwei Gesellschaftern in Betracht kommt. Es sind aber durchaus auch in mehrgliedrigen Gesellschaften Konstellationen denkbar, die mit dem vom BGH entschiedenen Fall vergleichbar sind. Man denke etwa an eine dreigliedrige GmbH, in der zwei Gesellschafter, die jeweils 25 % der Anteile halten, die Ausschließung des dritten Gesellschafters, der 50 % der Anteile hält, aus wichtigem Grund begehren. Ist die Erhebung einer Ausschließungsklage durch die Gesellschaft selbst erschwert, etwa weil der betreffende Gesellschafter, der 50 % der Anteile hält, alleiniger Geschäftsführer ist oder, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, weil ein nur eingeschränkt handlungsfähiger Notgeschäftsführer bestellt ist, stellt sich die Frage, ob einer der beiden anderen Gesellschafter die Klage im eigenen Namen erheben kann. Teilweise wird die Erhebung der Ausschließungsklage durch einzelne Gesellschafter in der mehrgliedrigen Gesellschaft ausnahmslos abgelehnt.⁴¹ Zwar treffen manche Argumente, die für die Erhebung der Ausschließungsklage durch einen Gesellschafter sprechen, in der Tat

nur für die Zwei-Personen-GmbH zu. So etwa das prozessökonomische Argument, dass in der Zwei-Personen-GmbH regelmäßig mit wechselseitigen Ausschließungsklagen zu rechnen sei und die actio pro socio die Erhebung einer Ausschließungswiderklage und damit eine einheitliche Entscheidung ermögliche. Führt man aber die Argumentation des BGH weiter, der die Klage des Gesellschafters unter Verweis auf die Übertragbarkeit der Grundsätze der actio pro socio auf die Ausschließungsklage zulässt, so spricht a priori nichts dagegen, diese auch in einer mehrgliedrigen Gesellschaft zuzulassen. Denn die Interessenlage ist jedenfalls in einer personalistisch strukturierten mehrgliedrigen GmbH die gleiche wie die in einer Zwei-Personen-GmbH.⁴² Die Beteiligung der Gesellschaft selbst kann prozessual ohne Weiteres im Wege der Nebenintervention gem. § 66 ZPO erreicht werden.⁴³

Freilich ist auch im Falle einer mehrgliedrigen Gesellschaft der grundsätzliche Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft zu beachten. Die Klageerhebung eines Gesellschafters kommt deshalb nur unter den vom BGH formulierten besonderen zusätzlichen Voraussetzungen infrage, also wenn eine Klage der Gesellschaft selbst undurchführbar, durch den betreffenden Gesellschafter selbst vereitelt worden oder infolge der Machtverhältnisse der Gesellschaft so erheblich erschwert ist, dass es für den betroffenen Gesellschafter ein unzumutbarer Umweg wäre, müsste er die Gesellschaft erst zu einer Klage zwingen.

Zusätzlich müssen sich auch die Mehrheitsverhältnisse so darstellen, dass der grundsätzlich erforderliche Beschluss zur Ausschließung des Gesellschafters entbehrlich ist. Anderenfalls wäre die Ausschließungsklage eines Gesellschafters schon mangels Ausschließungsbeschlusses abzuweisen. In der Zwei-Personen-GmbH ist der Ausschließungsbeschluss stets entbehrlich, da der auszuschließende Gesellschafter bei einer Beschlussfassung gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GmbHG kein Stimmrecht hat und damit ohnehin nur die Stimmen des anderen Gesellschafters gezählt werden.⁴⁴ In diesen Fällen genügt der durch

30 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 14 ff.

31 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 15.

32 Schäfer, ZHR 187 (2023), 78, 79.

33 OLG München, 20.6.2012 – 7 U 3557/11, BeckRS 2012, 19388; OLG Düsseldorf, 28.10.1993 – 6 U 160/92, GmbHR 1994, 172, 173; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 13, Rn. 54; Schäfer, ZHR 187 (2023), 78, 79; Merkt, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 13, Rn. 331; Hüffer/Schäfer, in: Habersack/Caspar/Löbke, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, § 46, Rn. 113; Fastrich, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 46, Rn. 37; in Bezug auf Personengesellschaften auch Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239, 266.

34 Altmeyden, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 13, Rn. 17; Pentz, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 13, Rn. 131; Raiser, in: Habersack/Caspar/Löbke, GmbHG GK, 3. Aufl. 2019, § 14, Rn. 58.

35 Jeglichen relevanten Erkenntnisgewinn grundlegend in Zweifel ziehend Kumkar, NZG 2020, 1012, 1014 f.

36 So ausdrücklich BGH, 26.4.2010 – II ZR 69/09, ZIP 2010, 1232, 1233, BB-Entscheidungsreport Zirnigbl/Kupsch, BB 2010, 1690; BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 9 ff., formuliert offen, dass der Kläger „prozessführungsbefugt“ sei.

37 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 16.

38 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 17.

39 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 18.

40 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 19.

41 Ohne nähere Begründung Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 34, Rn. 8a; Kort, in: MHD GesR III, 6. Aufl. 2023, § 29, Rn. 52.

42 Vgl. auch Joost, ZGR 1984, 71, 100, der zudem treffend feststellt, dass die richterrechtlich entwickelte Ausschließungsklage ohnehin an keine unmittelbaren gesetzlichen Vorgaben gebunden ist, weshalb insoweit ein entsprechender Freiraum besteht (Joost, ZGR 1984, 71, 98).

43 So auch Joost, ZGR 1984, 71, 100; auch bei BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, war die Gesellschaft als Nebeninterventantin am Verfahren beteiligt.

44 Strohn, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 160; Goette, DStR 2001, 533, 534; Ulmer/Habersack, in: Habersack/Caspar/Löbke, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 28; Sosnizza, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, Anh. § 34, Rn. 26; Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, Anh. § 34, Rn. 9; Fleischer, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 34 GmbHG, Rn. 30.

die Klageerhebung dokumentierte Ausschließungswille des anderen Gesellschafters.⁴⁵

Diese Argumentation ist auch auf mehrgliedrige Gesellschaften übertragbar: Ein Ausschließungsbeschluss ist dann entbehrlich, wenn der die Ausschließung begehrende Gesellschafter bei einer (fiktiven) Abstimmung über die Erhebung der Ausschließungsklage über eine Dreiviertelmehrheit verfügen würde, wobei die Stimmen des auszuschließenden Gesellschafters aufgrund seines Stimmverbots nicht mitzuzählen sind. Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Gesellschafter einer dreigliedrigen GmbH, der 60% der Anteile hält, die Ausschließung eines Gesellschafters anstrebt, der 25% der Anteile hält (der dritte Gesellschafter hält die übrigen 15% der Anteile). Da die Stimmen des auszuschließenden Gesellschafters wegen § 47 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GmbHG nicht berücksichtigt würden, hätte der die Ausschließung forzierende Gesellschafter mit 60% (aller Stimmen) innerhalb der insgesamt zu berücksichtigenden 75% aller Stimmen eine Mehrheit von 80% und damit die erforderliche Dreiviertelmehrheit. Auch in diesen Fällen ist nach der hier vertretenen Ansicht ein Ausschließungsbeschluss entbehrlich, da der durch die Klageerhebung dokumentierte Ausschließungswille des Gesellschafters insofern genügt.

Der Gesellschafter, der lediglich 25% der Anteile hält, könnte seinerseits dagegen keinen Beschluss zur Ausschließung des 60%-Gesellschafters erzwingen, da er mit 25% (aller Stimmen) innerhalb der dann insgesamt zu berücksichtigenden 40% aller Stimmen lediglich über eine Mehrheit von 62,5% verfügen würde. Ihm bleibt daher „nur“ der übliche zweistufige Weg über die Herbeiführung eines Ausschließungsbeschlusses mit einer Dreiviertelmehrheit und die anschließende Erhebung der Ausschließungsklage durch die Gesellschaft selbst.

Da sich der BGH in seinem Urteil lediglich mit der Ausschließungsklage in der Zwei-Personen-GmbH befassen musste und entsprechend nur diesbezüglich die actio pro socio ausdrücklich anerkannt hat, ist ungewiss, ob er diese auch bei mehrgliedrigen GmbHs anerkennen würde. Kann ein Ausschließungsbeschluss ohne Weiteres herbeigeführt werden und die Ausschließungsklage auch durch die Gesellschaft selbst erhoben werden, dürfte dies daher der vorzugswürdige Weg sein. Besteht diese Möglichkeit jedoch nicht, sollten auch Gesellschafter in mehrgliedrigen GmbHs eine Klageerhebung in eigenem Namen in Erwägung ziehen.

IV. Aufgabe der sog. „Bedingungslösung“

Der II. Zivilsenat hat mit seinem Urteil vom 11.7.2023 nicht nur die bis dato offengelassene Frage der Prozessführungsbefugnis entschieden, sondern darüber hinaus auch seine bereits 1953 entwickelte „Bedingungslösung“ ausdrücklich aufgegeben.⁴⁶ Danach war die Ausschließung eines Gesellschafters im Wege der Ausschließungsklage an die Bedingung geknüpft, dass der auszuschließende Gesellschafter binnen einer im Urteil festzusetzenden angemessenen Frist eine Abfindung für seinen Geschäftsanteil erhält, deren Höhe ebenfalls im Urteil festzusetzen ist.⁴⁷ Im Jahr 2012 hatte der Senat bereits zur Einziehung von Geschäftsanteilen gem. § 34 GmbHG entschieden, dass die Einziehung bereits mit der Mitteilung eines entsprechenden Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter wirksam ist, sofern der Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird.⁴⁸

1. Ausschließung bereits mit Rechtskraft des Ausschließungsurteils wirksam

Der Senat übertrug diese Rechtsprechung zur Einziehung nun auf die Ausschließung eines Gesellschafters ohne statutarische Regelung⁴⁹ und schloss sich damit dem Großteil des Schrifttums⁵⁰ an. Zur Begründung führte er aus, dass die bei der Bedingungslösung nach Rechtskraft des Urteils entstehende Schwebelage den übrigen Gesellschaftern in besonderem Maße unzumutbar sei und ein Festhalten an der Bedingungslösung die erhöhte Gefahr bürge, dass der Gesellschafter seine ihm bei einer lediglich aufschiebend bedingten Ausschließung verbleibenden Gesellschafterrechte nutzen könnte, um die gestaltende Wirkung des Urteils zu verzögern oder zu vereiteln.⁵¹

2. Abfindungsanspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters ausreichend geschützt

Der Abfindungsanspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters werde auch dann ausreichend geschützt, wenn sein Ausscheiden bereits mit Rechtskraft des Ausschließungsurteils wirksam werde.⁵² Dieser Schutz werde zum einen durch das Gebot der Kapitalerhaltung erreicht. Stehe zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung fest, dass die Abfindung nicht ohne Verletzung des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG gezahlt werden könne, könne auch kein Ausschließungsurteil ergehen.⁵³ Zum anderen werde der Abfindungsanspruch dadurch geschützt, dass die verbleibenden Gesellschafter dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig – also pro rata, nicht als Gesamtschuldner⁵⁴ – auf Zahlung der Abfindung haften.⁵⁵ Für diese sog. „Haftungslösung“ sprach sich der BGH im Jahr 2012 hinsichtlich der Abfindung aus, die nach einer Einziehung an den ausgeschiedenen Gesellschafter zu zahlen ist.⁵⁶ Sie vermeidet, dass dem ausscheidenden Gesellschafter seine mitgliederschäftlichen Rechte bis zur Zahlung der Abfindung erhalten bleiben, obwohl es zumindest dann, wenn ein wichtiger Grund in seiner Person zur Einziehung geführt hat, der Gesellschaft und den verbleibenden Gesellschaftern gerade unzumutbar ist, dass er weiter in der Gesellschaft verbleibt.⁵⁷ Im Jahr 2016 konkretisierte der BGH seine Rechtsprechung dahingehend, dass die persönliche Haftung der Gesellschafter für den Abfindungsanspruch erst in dem Zeitpunkt ent-

45 Ulmer/Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 28; Fleischer, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 34 GmbHG, Rn. 30.

46 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 20 ff.

47 BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, NJW 1953, 780, 783.

48 BGH, 24.1.2012 – II ZR 109/11, BB 2012, 664, Rn. 13; BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 21, greift diese Rechtsprechung auf.

49 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 22.

50 Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 34, Rn. 132; Fleischer, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, § 34 GmbHG, Rn. 31; Klingsch, in: Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 18; Görner, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 34, Rn. 92; Sosnitzer, in: Michalski u. a., GmbHG, 4. Aufl. 2023, Anh. § 34, Rn. 31; Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 60, Rn. 99, mit der Einschränkung, dass er die Erhebung einer Ausschließungsklage gar nicht erst für erforderlich hält, sondern einen Ausschließungsbeschluss genügen lassen will, dessen Wirksamkeit dann in einem Anfechtungsprozess zu klären sei (Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 60, Rn. 86); a. A. Ulmer/Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, Anh. § 34, Rn. 37, die für ein auflösend bedingtes Gestaltungsurteil plädieren, wobei die auflösende Bedingung eintreten soll, wenn die im Tenor bezifferte Abfindung nicht innerhalb der festgesetzten Frist gezahlt wird.

51 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 23.

52 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 24.

53 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 27.

54 Vgl. auch BGH, 24.1.2012 – II ZR 109/11, BB 2012, 664, Rn. 12 f.

55 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 21.

56 BGH, 24.1.2012 – II ZR 109/11, BB 2012, 664; Rn. 13; vgl. zuvor bereits Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 34, Rn. 21 ff.; Strohn, in: MüKo GmbHG, 2010, § 34, Rn. 76 f.; Goette, in: FS Lutter, 2000, S. 399, 410; Heckschen, GmbHR 2006, 1254, 1256; Kolb, NZG 2007, 815, 816 f.; Heidinger/Blath, GmbHR 2007, 1184, 1187.

57 BGH, 24.1.2012 – II ZR 109/11, BB 2012, 664, Rn. 15.

stehe, ab dem die Fortsetzung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters als treuwidrig anzusehen ist.⁵⁸ Das soll dann der Fall sein, wenn die übrigen Gesellschafter einerseits eine Abfindung unter der berechtigten Berufung auf die Kapitalbindung der Gesellschaft verweigern, andererseits aber nicht anderweitig dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann.⁵⁹ Auch soll es treuwidrig sein, die Gesellschaft fortsetzen, anstatt sie aufzulösen, weil die Gesellschafter darin einen wirtschaftlichen Vorteil und einen Mehrwert für ihren Anteil erblicken.⁶⁰

Die Übertragung der Haftungslösung auf die Ausschließungsklage ist konsequent, schafft einen begrüßenswerten Gleichlauf zur Einziehung,⁶¹ gewährleistet einen angemessenen Schutz des Abfindungsanspruchs des ausgeschlossenen Gesellschafters und bringt die Interessen des Ausgeschlossenen und der beteiligten Gesellschafter angemessen in Ausgleich.

3. Gleichrangige subsidiäre Haftung aller verbleibenden Gesellschafter

Der BGH statuiert mit der Haftungslösung eine gleichrangige persönliche Haftung aller übrigen Gesellschafter, also auch derer, die in der Gesellschafterversammlung gegen die Ausschließung gestimmt haben. Das überzeugt. Es ist nicht angezeigt, die übrigen Gesellschafter in zwei Kategorien zu teilen. Schließlich kommen die mit der Ausschließung eines Gesellschafters einhergehenden „Vorteile“ allen verbleibenden Gesellschaftern gleichermaßen zugute. Dies gilt jedenfalls im Falle der regelmäßig im Anschluss an die Ausschließung erfolgenden Einziehung der Geschäftsanteile des Ausgeschlossenen und entsprechenden Erhöhung der Beteiligungen der übrigen Gesellschafter an der Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht gerechtfertigt, dass sie den im Falle einer Leistungsunfähigkeit der Gesellschaft drohenden Nachteil der persönlichen Haftung nicht zu tragen brauchen.⁶²

Dennoch kann die im Falle des Eintritts des Haftungsfalls entstehende Zahlungspflicht für den einzelnen Gesellschafter große Probleme aufwerfen,⁶³ namentlich hinsichtlich des kurzfristigen Aufbringens der für die Zahlung der Abfindung erforderlichen Mittel.⁶⁴ Unabhängig von der Möglichkeit, die finanziellen Mittel aufzubringen, kann deren Abfluss den persönlichen Interessen einzelner Gesellschafter zuwiderlaufen. Den dissentierenden Gesellschaftern wird durch eine mit einer Einziehung nach der Ausschließung einhergehenden Erhöhung ihrer Beteiligung unter Umständen schlicht etwas aufgedrängt, das sie gar nicht wollen, wofür sie aber dennoch zahlen müssten.⁶⁵ Zudem können die verbleibenden, überstimmten Gesellschafter grundsätzlich geltend machen, ein Haftungsrisiko jenseits ihrer Einlage nicht übernommen zu haben, auch nicht gegenüber ausscheidenden Gesellschaftern.⁶⁶ Den Interessen von Gesellschaftern, die die Ausschließung nicht befürwortet haben und die trotz einer etwaigen Erhöhung ihrer Beteiligung nicht bereit sind, für die Abfindung des Ausgeschlossenen pro rata aufzukommen, kann letztlich nur dadurch Rechnung getragen werden, dass ihnen im Falle des Eintritts der persönlichen Haftung für den Abfindungsanspruch ein Austrittsrecht zugestanden wird.⁶⁷ Durch den Austritt aus der Gesellschaft können sie sich der persönlichen Haftung für den Abfindungsanspruch entziehen;⁶⁸ die Haftungssumme für die verbleibenden Gesellschafter erhöht sich entsprechend. Zwar kann dieses Ergebnis im Einzelfall

höchst unbefriedigend sein,⁶⁹ weil sich auf der einen Seite ein (Minderheits-)Gesellschafter hierdurch aufgrund eines Zerwürfnisses zweier anderer Gesellschafter mittelbar zum Austritt aus der Gesellschaft gezwungen sehen kann, wenn er die anteilige Haftungssumme nicht zahlen kann oder will. Auf der anderen Seite ist dies jedoch mit Blick auf das Interesse des die Ausschließung begehrenden Gesellschafters bzw. der Gesellschaftermehrheit, für die der Verbleib des Ausgeschlossenen – auch aus Sicht des urteilenden Gerichts – unzumutbar geworden ist, in der Gesamtschau hinzunehmen.

V. Ausstattungszusagen von Gesellschaftern

Besondere Beachtung verdienen ferner die Ausführungen des BGH zu einer „Ausstattungszusage“ des Klägers.

1. Ausstattungszusagen als Teil des zu berücksichtigenden freien Vermögens der Gesellschaft

Nachdem das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die landgerichtliche Entscheidung⁷⁰ die Zusage des Klägers, die Gesellschaft mit dem zur Auszahlung der Abfindung notwendigen Betrag auszustatten, als nicht entscheidungserheblich einstuft, solange es in der Gesellschaft an dem für die Abfindung erforderlichen Kapital fehle, ist der BGH dem in erfreulicher Klarheit entgegengetreten.⁷¹ Denn für das im Gläubigerinteresse bestehende Auszahlungsverbot nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt eine bilanzielle Betrachtungsweise.⁷² Auszahlungen an einen ausgeschiedenen Gesellschafter dürfen nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen. Eine Vereinbarung eines Gesellschafters mit der Gesellschaft, sie in der Weise auszustat-

58 BGH, 10.5.2016 – II ZR 342/14, BB 2016, 1426, Rn. 23; s. zu dieser Entscheidung des BGH auch *Wicke*, DNotZ 2017, 133, *Hamberger*, MittBayNot 2017, 609; *Wachter*, NZG 2016, 961; *Schaefer*, DStR 2016, 2116; *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 34, Rn. 23 ff.

59 BGH, 10.5.2016 – II ZR 342/14, BB 2016, 1426, Rn. 23.

60 BGH, 10.5.2016 – II ZR 342/14, BB 2016, 1426, Rn. 23; *Gehrlein*, WuB 2023, 408, 411 f., bezeichnet diese Einschränkung der Haftung unter dem Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit als „Wermutstropfen“, da dadurch Unsicherheit in die Rechtsanwendung getragen werde; zudem solle das Risiko einer Verschlechterung der Vermögenslage der GmbH von den verbleibenden und nicht vom ausgeschlossenen Gesellschafter getragen werden.

61 So auch *Heckschen*, GWR 2023, 341; *Bochmann*, EWIR 2023, 679, 680; *Frese*, RFamU 2023, 464, 469 f.; *Gehrlein*, WuB 2023, 408, 411, stimmt „in der Sache“ zu und bezeichnet die Übertragung der Haftungslösung auf die Ausschließungsklage als „folgerichtig“; *Lüttenberg/Fischer*, NJW 2023, 3164, 3169, erkennen in dem Urteil des BGH ein „Bekanntnis zu einem interessengerechten, schnellstmöglich für gesellschaftsrechtliche Klarheit sorgenden Ausschlussverfahren“; *Schirmmacher*, GmbHR 2023, 1149, 1156; *Eßers*, BB 2023, 2321, konstatiert einen „merklichen Gewinn an Rechtssicherheit“.

62 Ebenso *Fischer*, in: FS Walter Schmidt, 1959, S. 117, 133; unter dem Verweis auf das Anwachsprinzip in der GmbH auch *Altmeppen*, NJW 2013, 1025, 1029; gegen eine Haftung dissentierender Gesellschafter sprechen sich *Gubitz/Nikoleyczik*, NZG 2013, 727, 731 und *Thiessen*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 5. Aufl. 2022, § 34, Rn. 38 aus.

63 *Strohn*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 83.

64 *Zinger*, ZGR 2017, 196, 205.

65 So spricht *Zinger*, ZGR 2017, 196, 205, auch von einem „Zwangserwerb“ des Geschäftsanteils des ausscheidenden Gesellschafters.

66 *Altmeppen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 34, Rn. 30.

67 *Strohn*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 83; *Altmeppen*, NJW 2013, 1025, 1029; *Zinger*, ZGR 2017, 196, 205; auch *Fischer*, in: FS Walter Schmidt, 1959, S. 117, 133, zog ein Austrittsrecht bereits in Erwägung.

68 Nach BGH, 24.1.2012 – II ZR 109/11, BB 2012, 664, Rn. 22, sollen die übrigen Gesellschafter „ihre persönliche Inanspruchnahme durch Ausgleich der Unterdeckung oder durch die Auflösung der Gesellschaft vermeiden“ können. Da diese Ausführungen des BGH jedoch lediglich zur Begründung der Haftungslösung erfolgten, darf bezweifelt werden, ob es sich dabei um eine abschließende Nennung der Optionen der verbleibenden Gesellschafter handelt, sich der persönlichen Haftung zu entziehen.

69 Vgl. auch *Zinger*, ZGR 2017, 196, 205, der das Austrittsrecht als „frustrierende Notlösung“ bezeichnet.

70 LG München I, 28.2.2019 – 16 HK O 10218/18, BeckRS 2019, 55438, Rn. 51.

71 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 36 ff.

72 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 37; *Ekkenga*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30, Rn. 83; *Pentz*, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 30, Rn. 9; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 30, Rn. 52 ff.; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 30, Rn. 10 ff.; *Fronhöfer/Bernauer*, in: MünchHdB GesR, Bd. 3: GmbH, § 51, Rn. 28.

ten, dass sie die Abfindungsforderung eines ausscheidenden Gesellschafters ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG zahlen kann, könne, so der Senat, nach allgemeinen Grundsätzen jedoch eine in der Bilanz der Gesellschaft aktivierbare Forderung der Gesellschaft begründen.⁷³ Ein solche Ausstattungszusage könne zudem auch erst im Rahmen des Ausschließungsprozesses abgegeben werden.⁷⁴

Die Klarstellungen des Senats sind sehr zu begrüßen. Von fehlendem freiem Kapital der Gesellschaft auf die mangelnde Berücksichtigungsfähigkeit einer Ausstattungszusage zu schließen, ist ein wenig überzeugender Zirkelschluss. Denn die Ausstattungszusage dient gerade dazu, dass der Gesellschaft im relevanten Zeitpunkt, dem der Fälligkeit des Anspruchs auf Zahlung der Abfindung, ausreichend Kapital zur Verfügung steht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausstattungszusage verbindlich und belastbar ist (siehe hierzu nachstehend Ziff. V. 2.).

2. Anforderungen an Ausstattungszusagen

Der BGH führte nicht näher aus, welche Anforderungen eine Ausstattungszusage erfüllen muss, um die Klageabweisung aufgrund ungenügenden freien Vermögens der Gesellschaft zu verhindern, sondern beließ es bei dem Hinweis, es fehle an „Feststellungen des Berufungsgerichts zum Rechtsbindungswillen und Vertragsabschluss nach §§ 145 ff. BGB“ und verwies im Übrigen auf die „allgemeinen Grundsätze“ nach § 42 GmbHG, §§ 242 ff. HGB.⁷⁵

Fest steht – erstens –, dass die Ausstattungszusage verbindlichen Charakter haben muss. Der Gesellschafter darf sich bei nahender Inanspruchnahme hiervon nicht einseitig wieder lösen können.

Die allgemeine Rechtsgeschäftslehre gebietet darüber hinaus – zweitens – auch bei einseitig verpflichtenden Verträgen wie diesen die Erfüllung der Anforderungen für das Zustandekommen vertraglicher Einigungen.⁷⁶ Das ruft auch der explizite Hinweis des BGH auf die unter dem Titel „Vertrag“ gelisteten §§ 145 ff. BGB bezüglich der vom Berufungsgericht noch vorzunehmenden Feststellungen zum Rechtsbindungswillen und Vertragsabschluss in Erinnerung.⁷⁷ Auch die Ausstattungszusage eines Gesellschafters bedarf mithin der Annahme durch die Gesellschaft.

Diese Annahmepflichtigkeit kann in der Praxis, bei der die Ausschließung eines Gesellschafters häufig mit Streitigkeiten hinsichtlich der Geschäftsführerposition einhergeht, leicht übersehen werden. So ist der Zugang der Annahmeerklärung der Gesellschaft zwar in aller Regel gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich, da grundsätzlich kein vernünftiger Grund ersichtlich ist, warum die Gesellschaft eine Ausstattungszusage, die auf ihrer Seite keinerlei Pflichten begründet, ablehnen sollte.⁷⁸ Die Erforderlichkeit einer Annahmeerklärung wirft jedoch die Frage auf, wie damit umzugehen ist, wenn der Geschäftsführer der Gesellschaft die Ausstattungszusage eines Gesellschafters ausdrücklich ablehnt.⁷⁹ Das ist insbesondere dann denkbar, wenn der auszuschließende Gesellschafter selbst Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft ist. In diesen Fällen hilft auch § 151 S. 1 BGB nicht weiter, da im Falle der ausdrücklichen Ablehnung eines Angebots kein Raum für eine Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden ist. Aufgrund der zwingenden Zivilrechtsdogmatik kann jedoch auch in diesen Fällen die unwiderrufliche einseitige Zusage des Gesellschafters ohne Annahme der Gesellschaft nicht genügen.⁸⁰ Teilweise wird daher vorgeschlagen, in diesen Fällen der (treuwidrigen) Vereitelung der erforderlichen Ausstattung der Gesellschaft der Ausschließungsklage trotz unzureichenden freien Vermögens stattzugeben.⁸¹ Dem so ausgeschlossenen Gesellschafter soll seine Abfindung in diesem Fall jedoch erst dann zu-

stehen, wenn die Gesellschaft über ausreichend freies Vermögen verfügt.⁸² Die verbleibenden Gesellschafter sollen in diesem Fall aufgrund ihrer eigenen Treuepflicht wiederum verpflichtet sein, alsbald nach der Ausschließung des betroffenen Gesellschafters Zuzahlungen in das Gesellschaftsvermögen zu leisten, um die Zahlung der Abfindung zu ermöglichen.⁸³ Diese Lösung steht mit dem vom BGH aufgestellten Grundsatz, wonach in erster Linie die Gesellschaft selbst für die Abfindung aufkommen muss und die – subsidiäre – Haftung der verbleibenden Gesellschafter nur dann greifen soll, wenn sich die Vermögenslage der Gesellschaft nach Rechtskraft des Ausschließungsurteils verschlechtert,⁸⁴ nicht im Einklang. Denn wenn bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zweifelsfrei feststeht, dass die freien Mittel der Gesellschaft für die Zahlung der Abfindung nicht ausreichen werden, käme eine Stattgabe der Ausschließungsklage der Begründung einer primären Haftung der verbleibenden Gesellschafter gleich. So ist beispielsweise der Fall denkbar, dass der Gesellschaft überhaupt kein freies Vermögen zur Verfügung steht. In diesem Fall stünde von vornherein fest, dass die verbleibenden Gesellschafter bei Ablehnung der Ausstattungszusage für die gesamte Abfindung anteilig haften müssten. Eine solche faktische primäre Haftung der Gesellschafter wäre auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass zumindest der Gesellschafter, der sich zur Ausstattung der Gesellschaft bereit erklärt hat, mit seiner persönlichen Haftung einverstanden war. Dieses Argument gilt eben lediglich für diesen, nicht jedoch für alle anderen verbleibenden Gesellschafter, die möglicherweise sogar gegen die Ausschließung gestimmt haben.

Das geschilderte Dilemma kann nach der hier vertretenen Auffassung dadurch aufgelöst werden, dass der Gesellschafter, der zur Abgabe einer Ausstattungszusage bereit ist, die Gesellschaft im Fall der treuwidrigen Ablehnung durch den (Gesellschafter-)Geschäftsführer im Wege der einstweiligen Verfügung dazu verpflichten kann, die Ausstattungszusage anzunehmen. Zwar ist die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung durch einstweilige Verfügung nur in Ausnahmefällen zulässig.⁸⁵ Da die Gesellschaft durch die Annahme der Ausstattungszusage indes keinerlei Nachteile erleidet und die ursprüngliche Ablehnung ausschließlich bezweckte, die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters zu konterkarieren, bestehen gegen eine Ausnahme in diesem Fall keine Bedenken.

Schließlich ist – drittens – eine ausreichende Bonität des Gesellschafters, der die Ausstattungszusage erteilt, erforderlich, da ansonsten der Anspruch der Gesellschaft mangels Werthaltigkeit – jedenfalls nicht in der vollen Höhe – aktiviert werden kann.⁸⁶

73 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 38 f.; auf die Möglichkeit, die Zahlung der Abfindung ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch freiwillige Zuzahlungen der Gesellschafter sicherzustellen, wies bereits BGH, 1.4.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 783, hin; vgl. auch *Ekkenga*, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 30, Rn. 105.

74 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 39.

75 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 40.

76 Vgl. zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer einseitig verpflichtenden harten Patronatsklärung *Kessler*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 13, Rn. 286.

77 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 40 a. E.; vgl. auch Rn. 38: „Hat der Gesellschafter einer GmbH mit der Gesellschaft vereinbart, sie in der Weise auszustatten, dass die Zahlung der Abfindung an einen ausgeschiedenen Gesellschafter nicht zur Entstehung einer Unterbilanz führt ...“ (BB 2023, 2316, Rn. 38).

78 Vgl. *Kessler*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anhang zu § 13, Rn. 286.

79 Vgl. hierzu auch *Schirmacher*, GmbHR 2023, 1149, 1156.

80 So aber *Bochmann*, EWIR 2023, 679, 680.

81 *Schirmacher*, GmbHR 2023, 1149, 1156.

82 *Schirmacher*, GmbHR 2023, 1149, 1156.

83 *Schirmacher*, GmbHR 2023, 1149, 1156.

84 BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 28; BGH, 10.5.2016 – II ZR 342/14, BB 2016, 1426, Rn. 23; BGH, 24.1.2012 – II ZR 109/11, BB 2012, 664, Rn. 21 f.

85 Vgl. *Bruns*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2020, vor § 935, Rn. 46; *Drescher*, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, § 938, Rn. 43.

86 *Heckschen*, GWR 2023, 341.

3. Praxisempfehlung

Um zu vermeiden, dass die Ausschließungsklage mit Verweis auf unzureichendes freies Vermögen der Gesellschaft abgewiesen wird, ist dem die Ausschließung begehrenden Gesellschafter zu empfehlen, vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung eine entsprechende Ausstattungszusage abzugeben. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die übrigen Gesellschafter aufgrund der Haftungslösung ohnehin in Anspruch genommen werden können, soweit das freie Vermögen der Gesellschaft für die Zahlung der Abfindung an den ausscheidenden Gesellschafter (wider Erwarten) nicht ausreicht. Es ist dabei jedoch zu bedenken, dass die Haftung aufgrund der Ausstattungszusage keine am Geschäftsanteil zu messende anteilige, sondern eine volle Haftung ist.

VI. Antragstellung

In dem vom BGH entschiedenen Fall bemängelte der Beklagte eine nicht hinreichend bestimmte Antragstellung. Der Antrag des Klägers lautete:

„Der Beklagte wird aus der im Handelsregister des Amtsgerichts München unter HRB ... 28 eingetragenen ... Wohnbaugesellschaft M. mbH ausgeschlossen und sein Geschäftsanteil an dieser Gesellschaft (Nr. 2 der Gesellschafterliste) nach Wahl des Klägers gegen Zahlung einer der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Abfindung eingezogen oder der Kläger für befugt erklärt, die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten (Nr. 2 der Gesellschafterliste) an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen.“

Der Beklagte monierte, dass der Kläger hier zwei Satzteile mit dem Wort „oder“ verknüpft hatte, wodurch unklar geblieben sei, in welchem Verhältnis Ausschließung, Einziehung und Befugnis zur Abtretung des Geschäftsanteils zueinander stünden.⁸⁷ Der BGH erteilte diesen Bedenken eine Absage und stellte zutreffend⁸⁸ fest, dass dem Antrag im Wege gebotener Auslegung hinreichend zu entnehmen sei, dass der Kläger die Ausschließung des Beklagten aus der Gesellschaft beantrage und darüber hinaus die Rechtsmacht über die Verwertung des Geschäftsanteils erlangen wolle, die entweder durch Einziehung oder Abtretung erfolgen solle; auf die grammatikalische Möglichkeit eines anderen Verständnisses komme es dagegen nicht an.⁸⁹ Ebenso wenig bestünden Unklarheiten in Bezug auf das beanspruchte Wahlrecht des Klägers, das sich auf das Verhältnis von Einziehung zur Befugnis zur Abtretung des Geschäftsanteils beziehe und nicht, wie vom Beklagten erwogen, auf die Zahlung einer Abfindung oder die Einräumung der Befugnis.⁹⁰ Um entsprechende Diskussionen zu vermeiden, kann für den „Normalfall“, einer Klage durch die Gesellschaft selbst, etwa wie folgt formuliert werden:

„Der Beklagte wird aus der im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter HRB ... eingetragenen ... GmbH ausgeschlossen. Die Klägerin wird für befugt erklärt, den Geschäftsanteil/die Geschäftsanteile des Beklagten (Nr. ... der Gesellschafterliste) gegen Zahlung einer der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Abfindung nach ihrer Wahl entweder einzuziehen oder an sich, einen Gesellschafter oder einen Dritten abzutreten.“

VII. Satzungsregelung

Gesellschafter einer GmbH sollten nicht erst im Streitfall, sondern grundsätzlich in Erwägung ziehen, die Voraussetzungen und Folgen einer Einziehung oder eines Ausschlusses in der Satzung zu regeln. Ungeachtet des nun höchstrichterlich erfolgten Übergangs von der

Bedingungs- hin zur Haftungslösung ist die Ausschließungsklage kein optimales Mittel, um sich kurzfristig von einem Mitgesellschafter zu trennen, wenn in dessen Person ein wichtiger Grund vorliegt. Denn der auszuschließende Gesellschafter behält während des Prozesses grundsätzlich sämtliche mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte.⁹¹

Es ist indes auch unabhängig hiervon zu empfehlen, im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit der Einziehung von Geschäftsanteilen aus wichtigem Grund vorzusehen. Hierbei sollten insbesondere die Voraussetzungen und das Verfahren der Einziehung, die Berechnung der Höhe und die Fälligkeit der Abfindung sowie ein Verfahren für den Fall geregelt werden, dass über die Höhe der Abfindung Streit besteht. Zudem können neben dem Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person bzw. dem Verhalten des Gesellschafters auch weitere Einziehungsgründe aufgeführt werden,⁹² beispielsweise die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters.⁹³

VIII. Zusammenfassung

1. Nach dem BGH kann in einer Zwei-Personen-GmbH ein Gesellschafter die Ausschließungsklage gegen den anderen Gesellschafter unter den Voraussetzungen der actio pro socio auch in eigenem Namen erheben, sofern der Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung entfällt. Das ist dann der Fall, wenn eine Klage der Gesellschaft selbst undurchführbar, durch den auszuschließenden Gesellschafter selbst vereitelt worden oder infolge der Machtverhältnisse der Gesellschaft so erschwert sei, dass es für den betroffenen Gesellschafter ein unzumutbarer Umweg wäre, müsste er die Gesellschaft erst zu einer Klage zwingen.
2. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Rechtsprechung auf mehrgliedrige GmbHs übertragbar, sofern sich die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft so darstellen, dass der im eigenen Namen klagende Gesellschafter den Beschluss zur Erhebung der Ausschließungsklage erzwingen könnte.
3. Die Ausschließung eines Gesellschafters im Wege der Ausschließungsklage ist nach der Entscheidung des BGH nunmehr nicht mehr an die Bedingung geknüpft, dass der auszuschließende Gesellschafter eine Abfindung für seinen Geschäftsanteil erhält, sondern wird bereits mit Rechtskraft des Ausschließungsurteils wirksam.
4. Der Abfindungsanspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters wird durch das Gebot der Kapitalerhaltung gem. § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG sowie durch eine subsidiäre anteilige Haftung aller verbleibenden Gesellschafter geschützt.
5. Um eine Klageabweisung wegen unzureichenden freien Vermögens der Gesellschaft zu vermeiden, können sich Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft verpflichten, diese in der Weise auszustatten, dass sie die Zahlung der Abfindung aus dem freien Vermögen leisten kann.

⁸⁷ BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 8.

⁸⁸ Zustimmung auch Gehrlein, WuB 2023, 408, 410f.

⁸⁹ BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 8.

⁹⁰ BGH, 11.7.2023 – II ZR 116/21, BB 2023, 2316, Rn. 8.

⁹¹ Darauf weist auch Schirrmacher, GmbHR 2023, 1149, 1157, hin.

⁹² Vgl. hierzu etwa Ulmer/Habersack, in: Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG GK, 3. Aufl. 2020, § 34, Rn. 40; Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 52 ff.

⁹³ Strohn, in: MünchKomm GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34, Rn. 55; Westermann/Seibt, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 34, Rn. 23.

6. Wird die Annahme einer solchen Ausstattungszusage durch den Geschäftsführer der Gesellschaft treuwidrig verhindert, kann der die Ausschließung betreibende Gesellschafter die Gesellschaft nach der hier vertretenen Auffassung im Wege einer einstweiligen Verfügung dazu verpflichten, die Ausstattungszusage anzunehmen.
7. Gesellschafter einer GmbH sollten stets in Erwägung ziehen, die Voraussetzungen und Folgen einer Einziehung oder eines Ausschlusses in der Satzung zu regeln. So können sie das zwangsweise Ausscheiden eines Gesellschafters nach ihren individuellen Bedürfnissen regeln. Wird keine Regelung getroffen, finden allein die vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Ausschließungsklage Anwendung.

Dr. Moritz Jenne, RA, ist Partner bei ADVANT Beiten. Er berät Unternehmen, Gesellschafter und Geschäftsleiter in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Prozessführung und Compliance und ist Autor zahlreicher einschlägiger Fachpublikationen.



Simon Schuler, RA, ist Associate bei ADVANT Beiten und im Bereich Gesellschaftsrecht und Prozessführung tätig.



Dr. Nadine Kramer, RAin/FAinArbR, und Maximilian Luca Schunder, RA

Business Human Rights Due Diligence nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – need to know für Unternehmen

Das LkSG ist inzwischen ein neuer Dauerbrenner bei jedem, der sich mit Compliance oder Environment Social Governance (ESG) auseinandersetzt. Unter den vielen etablierten ESG-Standards werden Menschenrechte oder auch Business Human Rights (BHR) immer mehr berücksichtigt. Die bisher aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) bekannten Verbote zur Ungleichbehandlung transformiert das LkSG zu Sorgfaltspflichten für Unternehmen, u.a. in Form einer durchzuführenden Due Diligence (DD). Dies gilt nicht nur im eigenen Wirkungsbereich, sondern auch in der Lieferkette. Wie die gegenwärtigen Maßnahmen zu Diversity Equity und Inclusion (DEI) vor diesem Hintergrund anzupassen sind und welche Chancen sich für den Wirtschaftsstandort Deutschland daraus ergeben, untersucht der folgende Beitrag.

I. Hintergrund

Seit dem 1.1.2023 gilt in Deutschland das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) für Unternehmen mit mehr als 3000 Arbeitnehmern in Deutschland. Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist seit dem 1.1.2024 auf Unternehmen mit mehr als 1000 Arbeitnehmern erweitert. Das LkSG verpflichtet die von seinem Anwendungsbereich erfassten Unternehmen – vereinfacht gesagt – u.a. zumindest darauf hinzuwirken, dass sowohl in ihrem eigenen Geschäftsbereich und bezogen auf ihre eigene Belegschaft als auch bei Zulieferern menschengerechte Arbeitsbedingungen, ein Mindestmaß an Arbeitsplatzsicherheit und ein angemessenes Arbeitsumfeld gewährleistet werden. Deshalb müssen Unternehmen in diversen Bereichen (z.B. Arbeitsschutz, Umwelt, Sklaverei, Kinderarbeit) Risikoanalysen durchführen. Ein wichtiger Bereich dieser DD sind die Business Human Rights. Erst-

mals müssen Unternehmen aktiv nach Ungleichbehandlungen aufgrund unzulässiger Merkmale im Unternehmen und in der Lieferkette suchen. Der von Shareholdern stärker geforderte Trend nach Diversität in den stets weitere Beliebtheit gewinnenden Environment Social Governance-Kriterien wird somit zur Pflicht. Welchen Hintergrund das Ganze hat, wie sich das zu bisher bestehender Compliance verhält, welche konkreten Pflichten umzusetzen sind, welche Haftungsrisiken drohen und ob Deutschland mit der Implementierung zum Vorreiter wird, beleuchtet der folgende Beitrag.

II. Rechtlicher Rahmen

Das Umfeld der Business Human Rights Due Diligence bietet nicht nur inhaltlich, sondern auch begrifflich neue Hürden.

1. Business Human Rights Due Diligence

Human Rights sollten sich insoweit noch jedem erschließen. Es handelt sich um einen aus dem deutschen Grundgesetz (Art. 1 Abs. 2 GG) und der europäischen Grundrechtscharta (Art. 51 GRCh) bekannten Begriff. Die wohl typischste Deutung meint Grundrechte/Menschenrechte, die unabhängig von personellen Eigenschaften sind, sondern eben jedem Menschen aufgrund des Menschseins zustehen.¹ Doch wie passt eine Prüfung durch Unternehmen als Rechtssubjekte des Privatrechts dazu? Grundrechtsverpflichtet ist schließlich grundsätzlich nur der Staat, etwas anderes gilt nach deutschem Verständnis nur für die unantastbare Menschenwürde. Im Übrigen sind die Grundrechte vom privaten Rechtsanwender nur in Generalklauseln zu berücksichtigen.

¹ Jarass, GrCh, 4. Aufl. 2021, EU-Grundrechte-Charta Art. 51, Rn. 49.