

Die actio pro socio im Personengesellschaftsrecht

– Traditionslinien, Entwicklungsverläufe, Zukunftsperspektiven –

Prof. Dr. Dr. h.c HOLGER FLEISCHER, LL.M., Hamburg*

und

LARS HARZMEIER, Hamburg**

Inhaltsübersicht

ZGR 2017, 239–272

I. Thema	240
II. Historische Entwicklungslinien	241
1. Klassisches römisches Recht	241
2. Justinianisches und gemeines Recht	243
3. Zwischenbefund	244
III. Diskussionsverläufe im deutschen Recht	246
1. Dogmatische Einordnung	247
2. Primärer Rechtsbehelf des Einzelgesellschafters oder subsidiäres Hilfsrecht?	249
3. Einzelklagebefugnis nur für Sozialansprüche oder auch für Drittansprüche?	250
4. Abdingbares oder zwingendes Mitgliedschaftsrecht?	251
5. Bestellung eines besonderen Vertreters	252
6. Zwischenbefund	252
IV. Rechtsvergleichende Beobachtungen	253
1. Deutscher Rechtskreis	253
2. Romanischer Rechtskreis	257
3. Anglo-amerikanischer Rechtskreis	259
4. Zwischenbefund	262
V. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Gesamtwürdigung	263
1. Dogmatische Einordnung	264
2. Primärer Rechtsbehelf des Einzelgesellschafters oder subsidiäres Hilfsrecht?	267
3. Einzelklageansprüche nur für Sozialansprüche oder auch für Drittansprüche?	269
4. Abdingbares oder zwingendes Mitgliedschaftsrecht?	269
5. Kodifikation der actio pro socio	270
VI. Schluss	271

Der vorliegende Beitrag spürt der actio pro socio im Personengesellschaftsrecht auf breiter historischer und rechtsvergleichender Grundlage nach. Er zeigt auf, wie sich der dogmatisch-konzeptionelle Wandel im Vorstellungsbild der Personengesellschaften en miniature auf das Verständnis der Gesellschafterklage ausgewirkt hat. Behandelt werden unter anderem die dogmatischen Grundlagen der actio pro socio, ihr Verständnis als primärer Rechtsbehelf oder subsidiäres Hilfsrecht sowie die Fragen ihrer Erstreckung auf Drittansprüche, ihrer Abdingbarkeit und ihrer möglichen Kodifizierung.

* Holger Fleischer ist geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

** Lars Harzmeier ist dort wissenschaftlicher Assistent.

This paper explores the trajectories of the actio pro socio in partnership law on a broad comparative and historical basis. It analyses how the evolving perceptions of partnerships have, over time, changed the actio pro socio's character and legal nature. Particular attention is given to its doctrinal foundations, its conception as a primary oder subsidiary remedy and its scope. Further topics include its potential waiver and suggestions for codification.

I. Thema

Die *actio pro socio* ist seit langem fester Bestandteil der ungeschriebenen Legalordnung im Personengesellschaftsrecht.¹ Als „Magna Charta des Minderheitenschutzes“² gibt sie jedem Gesellschafter das Recht, Sozialansprüche der Gesellschaft gegen Mitgesellschafter im eigenen Namen durchzusetzen.³ Trotz ihres altherwürdigen Stammbaums herrscht über ihr dogmatisches Fundament und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen noch immer kein Einvernehmen.⁴ Dies legt es nahe, den Untersuchungsbogen weiter zu spannen und der *actio pro socio* über Zeit- und Ländergrenzen hinweg nachzuspüren, um zusätzliche Erkenntnisse zu gewinnen.

Der vorliegende Beitrag zeichnet zunächst ihre Traditionslinien von der römischen Klassik bis zum gemeinen Recht nach (II.). Sodann nimmt er die Diskussionsphasen im deutschen Recht seit den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch bis heute in den Blick (III.). Es folgen eingehende Beobachtungen zum Entwicklungsstand in anderen Jurisdiktionen (IV.), die schließlich in eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Gesamtwürdigung einmünden (V.). Bei alledem wird sich zeigen, dass sich in den wechselvollen Entwicklungsverläufen der *actio pro socio* zugleich wichtige Wegmarkierungen des Personengesellschaftsrechts widerspiegeln.

- 1 Vgl. bereits ROHGE 5, 201, 203; ROHGE 5, 386, 390f; ROHGE 25, 158, 161 ff; monographisch HADDING, *Actio pro socio*, 1966; außerdem GRUNEWALD, *Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH*, 1990; DIES., in: Fleischer/Kalss/Vogt, *Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 2015, S. 209 ff; BARNERT, *Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts*, 2003; SCHWAB, *Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten*, 2005, S. 45 ff; aus der Lehrbuchliteratur HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, 4. Aufl., 1971, § 18 II 3, S. 261 ff; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002, § 21 IV, S. 629 ff; WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Bd. II, *Recht der Personengesellschaften*, 2004, § 3 III 6, S. 279 ff.
- 2 FLUME, *BGB AT I/1, Die Personengesellschaft*, 1977, § 10 IV, S. 144.
- 3 Zu dieser Durchsetzungs-Perspektive SCHUHMACHER, in: Fleischer/Kalss/Vogt, *Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 2015, S. 223, 224: „wohl eines der ältesten *enforcement-Instrumente* im Gesellschaftsrecht“.
- 4 Treffend BORK/OEPEN, *ZGR* 2001, 515, 517 f: „Trotz der langjährigen Rechtsprechungs-tradition kann indessen keine Rede davon sein, daß die *actio pro socio* inzwischen auf gesicherter dogmatischer Grundlage stünde und in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen ein im Wesentlichen klares Bild böte.“; ähnlich ALTMIPPEN, *FS Musielak*, 2004, S. 1.

II. Historische Entwicklungslinien

Ihren Ursprung hat die *actio pro socio* bekanntlich im römischen Recht⁵, wo sie in vielen Digestenstellen zur *societas* Erwähnung findet.⁶ Diese weit zurückreichenden Wurzeln werden in den aktuellen gesellschaftsrechtlichen Lehrbüchern und Kommentaren pflichtschuldig erwähnt⁷, aber nicht vollständig freigelegt. Hiergegen ist angesichts der praktischen Ausrichtung juristischer Literatur wenig zu erinnern. Allerdings bleibt dem breiteren Rechtsbewusstsein dadurch verborgen, dass die *actio pro socio* von ihren römischen Anfängen über die justinianische Fortentwicklung bis zum gemeinen Recht einen bemerkenswerten Wandel durchlief.⁸

1. Klassisches römisches Recht

Nach heute herrschender Lesart gab es im klassischen römischen Recht während des Bestehens der Gesellschaft (*manente societate*) grundsätzlich keine Klage aus dem Gesellschaftsverhältnis (*actio pro socio*).⁹ Ihre Erhebung führte vielmehr zur Auflösung der Gesellschaft. In diesem Sinne war die *actio pro socio*, wie *Wieacker* früh herausgearbeitet hat, keine Beitrags- oder Ersatzklage, son-

5 Vgl. KASER, Das römische Privatrecht, Bd. I, Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht, 2. Aufl., 1971, § 133.3, S. 572 ff; KASER/KNÜTEL/LOHSE, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., 2017, § 43 Rdn. 11f; ZIMMERMANN, The Law of Obligations, 1996, S. 451 ff.

6 Vgl. etwa Ulp. D. 17.2.63; Ulp. D. 17.2.52.14; Paul. D. 17.2.65.15.

7 Vgl. etwa SCHÄFER, Münchener Komm. z. BGB, 7. Aufl., 2017, § 705 Rdn. 204; HABERMEIER, in: Staudinger, BGB, 13. Bearb., 2003, § 705 Rdn. 46; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 632; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 281.

8 Allgemein kritisch zum wechselseitigen Desinteresse von Rechtsgeschichte und Gesellschaftsrecht MEISSEL, in: Kalss/Meissel, Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa, 2003, S. 13: „Während nämlich im Sachen- und Schuldrecht die Bedeutung des römischen Erbes nach wie vor präsent ist [...], ist dies beim Gesellschaftsrecht weit weniger der Fall.“; ähnlich FLECKNER, Antike Kapitalvereinigungen, 2010, S. 122f: „Das juristische Schrifttum hat die *societas* eingehend behandelt [...] Als ein Manko erscheint, dass die Erkenntnisse und Einsichten der gesellschaftsrechtlichen Forschung kaum in die historischen Arbeiten eingeflossen sind (ebensowenig umgekehrt).“

9 Vgl. DROSDOWSKI, Das Verhältnis von *actio pro socio* und *actio communi dividundo* im klassischen römischen Recht, 1998, S. 36 ff; KASER, SDHI 41 (1945), 278, 329 ff; DERS., aaO (Fn. 5), S. 576; KASER/KNÜTEL/LOHSE, aaO (Fn. 5), § 43 Rdn. 11; MEISSEL, *Societas*. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, 2004, S. 41 ff; MISERA, FS Nirk, 1992, S. 697 f; THOMAS, 48 Tulane L. Rev. 1099, 1110 ff (1974); ZIMMERMANN, aaO (Fn. 5), S. 457; kritisch aber ARANGO-RUIZ, *La società in diritto romano*, 1950, S. 176 ff; BIANCHINI, *Studi sulla societas*, 1967, S. 94 f; GUARINO, *Societas consensu contracta*, 1972, S. 38 ff.

dern eine Abrechnungsklage.¹⁰ Als solche war sie im Wege einer Generalabrechnung auf den Saldo gerichtet, der zwischen den Gesellschaftern bei der Verrechnung aller gegenseitigen Forderungen und Schulden aus dem Gesellschaftsverhältnis noch offenstand.¹¹ Im Einzelnen erstreckte sich die *actio pro socio* auf Ansprüche aus Gewinnzuteilung, Leistung versäumter Beiträge sowie den Ersatz notwendiger Aufwendungen für die Gesellschaft oder von Schäden, die der *socius* bei der Verfolgung des Gesellschaftszwecks oder aus treuwidrigem Verhalten des Mitgesellschafters erlitten hat.¹² Nur ausnahmsweise hielt man eine Klageerhebung *manente societate* für zulässig.¹³ Rechtstechnisch musste der Kläger zu diesem Zweck den Gegenstand der Gesellschafterklage einschränken, indem er der Klageformel eine *praescriptio pro actore* voranstellte.¹⁴

Dieses Verständnis der *actio pro socio* als umfassende Abrechnungs- und Liquidationsklage wirft ein Schlaglicht auf die Rechtsnatur der Personengesellschaft im klassischen Rom: Die *societas* erschöpfte sich in einem Vertrauensverhältnis, das vom Dauerkonsens aller Gesellschafter getragen werden musste.¹⁵ Während ihres Bestehens gab es daher grundsätzlich keinen gesellschaftsrechtlichen¹⁶ Rechtszwang, insbesondere keine *actio*. Die römische Privatrechtsordnung scheute davor zurück, in einen bestehenden Personenzusammenschluss einzugreifen¹⁷, und folgte stattdessen einem Prinzip der Nichteinmischung in innergesellschaftliche Angelegenheiten¹⁸. Prominente Stimmen erblicken darin ein Zeugnis des römischen Individualismus¹⁹ und zitieren eine überkommene

10 Vgl. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, 1936, S. 9ff; DERS., ZRG-RA 69 (1952), 302, 313 ff; eingehend zu WIEACKERS Konzeption der *societas* als bloßes Geschäftsführungsverhältnis ohne Beitragspflichten MEISSEL, aaO (Fn. 9), S. 40ff.

11 Vgl. KASER, aaO (Fn. 5), S. 576; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, aaO (Fn. 5), § 43 Rdn. 12.

12 So KASER, aaO (Fn. 5), S. 576; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, aaO (Fn. 5), § 43 Rdn. 12.

13 Statt vieler KASER/KNÜTEL/LOHSSE, aaO (Fn. 5), § 43 Rdn. 11.

14 Vgl. DROSDOWSKI, aaO (Fn. 9), S. 38; MEISSEL, aaO (Fn. 9), S. 43; zurückhaltend aber MISERA, FS Nirk, S. 697, 704.

15 Vgl. KASER, aaO (Fn. 5), S. 574: „Der Zusammentritt der Gesellschafter ist, obschon von *Gaius* als *contractus* aufgefaßt, weniger ein Rechtsgeschäft als die faktische Herstellung der Gemeinschaft, die auf dem ‚Dauerkonsens‘ beruht und darum nicht länger dauert, als alle *socii* an dem Einverständnis festhalten.“

16 Zur Absicherung der Erfüllung von Gesellschafterpflichten durch wechselseitige Versprechen von Vertragsstrafen KASER/KNÜTEL/LOHSSE, aaO (Fn. 5), § 43 Rdn. 11; LEPSIUS, in: HKK-BGB, 2012, §§ 705-740 Rdn. 55 und 102; MEISSEL, aaO (Fn. 8), S. 13, 20ff unter der Überschrift „Stabilitätsfördernde Instrumente – Nebenabreden“.

17 So KASER, aaO (Fn. 5), S. 576 unter Hinweis auf dasselbe Phänomen bei der *communio* und beim Familienverband.

18 So ausdrücklich MISERA, FS Nirk, S. 697.

19 Vgl. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934, S. 101f, 154 mit Fn. 30; ihm folgend ZIMMERMANN, aaO (Fn. 5), S. 457: „This reflects the ‘isolationist’ and libertarian character of Roman jurisprudence.“

Sentenz zum Schutz vor gesellschaftsrechtlichen Dauerbindungen: *Nulla societatis in aeternum coitio est*.²⁰ Endet der Konsens der Gesellschafter, endet auch die Gesellschaft.²¹

2. Justinianisches und gemeines Recht

Erst unter *Justinian* veränderten sich Rechtsnatur und Funktion der *actio pro socio*. Er ließ sie ausdrücklich auch *manente societate* zu und ermöglichte es so jedem Personengesellschafter, eine bloße Beitragsklage zugunsten des Gesellschaftsvermögens zu erheben.²² Diese Umwidmung hatte ihren Ausgang bei der *societas publicanorum* genommen, einer Gesellschaftsform, in der sich Staatspächter zusammenschlossen, um gemeinsam an Vergabeverfahren für öffentliche Aufträge teilzunehmen und die Aufträge bei erhaltenem Zuschlag auch durchzuführen.²³ Um diesen gemeinsamen Zweck nicht zu gefährden, galten für die *societas publicanorum* einige Besonderheiten, die ihr größere Stabilität verliehen.²⁴ Hierzu gehörte die Möglichkeit, eine *actio pro socio* während des Bestehens der Gesellschaft zu erheben.²⁵ Diese ursprüngliche Sonderregel weitete *Justinian* auf sämtliche *societates* aus und löste die alle Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis umfassende *actio pro socio* damit in einklagbare Einzelansprüche auf.²⁶ Begünstigt wurde diese Ausweitung durch die Abkehr vom festumrissenen klassischen Formelschema im spätrömischen Prozess.²⁷

Nachfolgende Jahrhunderte machten sich *Justinians* erweitertes Verständnis der *actio pro socio* zu eigen.²⁸ Von den Pandektenlehrwerken des frühen

20 Paul. D. 17.2.70; dazu FLECKNER, aaO (Fn. 8), S. 342; WIEACKER, ZRG-RA 69 (1952), 302, 316; ZIMMERMANN, aaO (Fn. 5), S. 457 mit Fn. 40.

21 Vgl. FLECKNER, aaO (Fn. 8), S. 342 mit dem Zusatz: „[S]ie hat keine vom Willen ihrer Teilnehmer unabhängige Existenz.“

22 Vgl. KASER, Das Römische Privatrecht, Bd. II, Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl., 1975, § 267 II, S. 412f.

23 Näher zur *societas publicanorum* etwa FLECKNER, aaO (Fn. 8), S. 145ff; MALMENDIER, *Societas publicanorum*, 2002, S. 23ff; überblicksweise HANSMANN/KRAAKMAN/SQUIRE, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1360f (2006).

24 Näher dazu FLECKNER, aaO (Fn. 8), S. 372ff; MALMENDIER, aaO (Fn. 23), S. 239ff.

25 Vgl. FLECKNER, aaO (Fn. 8), S. 383f; DE LIGT, *Latomus* 66 (2007), 10, 20; MALMENDIER, aaO (Fn. 23), S. 245f.

26 Vgl. DROSDOWSKI, aaO (Fn. 9), S. 38f; ZIMMERMANN, aaO (Fn. 5), S. 471: „This action had thus changed its nature: it no longer necessarily and exclusively aimed at a general settlement of accounts, but could be brought in order to obtain specific performance in terms of the partnership agreement, and to force the socii to honour their obligations to contribute to the partnership.“

27 Dazu KASER, aaO (Fn. 22), S. 413.

28 Zusammenfassend COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, *Älteres gemeines Recht* (1500 bis 1800), 1985, § 90 IV, S. 467 mit dem Zusatz in Fn. 20: „Das war schon nach

19. Jahrhunderts widmete ihr *Glück* unter der Überschrift „Klage aus dem Societätscontract“ gleich einen ganzen Abschnitt.²⁹ Man könne sie sowohl während der Gesellschaft als auch nach Beendigung derselben erheben, liest man bei ihm.³⁰ Während der Gesellschaft könne sie sich vor allem „auf einen solchen speciellen Punkt [richten], welchen die Erhaltung und Fortsetzung der Gesellschaft erfordert, z. B. auf Einlieferung der versprochenen Beyträge, oder eines für die Societät erhaltenen Gewinnes zur Gesellschaftscasse, oder auf Leistung versprochener Dienste“³¹. Einzelne Gegenstimmen betonten indes weiterhin den Ausnahmecharakter der Gesellschafterklage *manente societate*.³² Insgesamt nahm die *actio pro socio* in der zeitgenössischen Literatur allerdings keine so prominente Rolle ein³³ wie andere Figuren aus dem Recht der *societas*, etwa das Verbot der Löwengesellschaft³⁴, die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten³⁵ oder der Arbeitsgesellschafter³⁶.

3. Zwischenbefund

Die *actio pro socio* war in ihren frühen Anfängen nicht als *Enforcement*-Instrument, sondern als *Exit*-Option konzipiert.³⁷ Das hieraus folgende Durchsetzungsdefizit für Erfüllungs- und Ersatzansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis gilt neueren Literaturstimmen neben der jederzeitigen Kündbarkeit als Achillesferse der klassisch-römischen *societas*.³⁸ In der Tat mutet der fehlende Rechtszwang aus heutiger Perspektive merkwürdig

justinianischem Recht nicht ausgeschlossen; [...] Jetzt gilt es grundsätzlich [...].“; außerdem LEPSIUS, aaO (Fn. 16), §§ 705-740 BGB Rdn. 102; MEHR, *Societas und universitas*, 2008, S. 30ff.

29 Vgl. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 1813, 17. Buch, 2. Titel, § 969, S. 445ff.

30 So GLÜCK, aaO (Fn. 29), § 969, S. 445.

31 GLÜCK, aaO (Fn. 29), § 969, S. 446f.

32 Vgl. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. I, 1857, § 111, S. 477.

33 Nur cursorisch etwa WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1865, § 406 mit Fn. 1, S. 137.

34 Dazu FLEISCHER, FS Köndgen, 2016, S. 201 m. w. N.

35 Näher FLEISCHER/DANNINGER, NZG 2016, 481 m. w. N.

36 Vgl. FLEISCHER/PENDL, WM 2017 m. w. N. (im Erscheinen).

37 Treffend ZIMMERMANN, aaO (Fn. 5), S. 460: „The *actio pro socio*, therefore, did not aim at enforcing the obligations of the partners to make contributions to the (existing) *societas*; it was concerned, solely, with a general settlement of accounts between the two (ex-)partners involved in litigation.“

38 Vgl. KASER/KNÜTEL/LOHSSE, aaO (Fn. 5), § 43 Rdn. 13: „Als instabile Innengesellschaft entsprach die römische *societas* schon während der Rezeption nicht den Bedürfnissen des Geschäftslebens [...].“; MEISSEL, aaO (Fn. 9), S. 52.

an³⁹, doch verfolgte er für eine (auch) aus der familiären Hausgemeinschaft hervorgegangene Personengesellschaft⁴⁰ ein nachvollziehbares Anliegen⁴¹: In ihm zeigte sich mit den prägnanten Worten *Wieackers* „der rechtspolitische Instinkt, der sich scheut, ein altruistisches Verhalten mit öffentlichem Gerichtszwang zu sanktionieren, und ein sozialer Realismus, der nicht gerne unheilbar zerstörte Lebensbeziehungen durch öffentliche Autorität beschwichtigt, sondern es heilsam findet, wenn der *civis* aus eigener Kraft zwischen dem sozialen Kompromiss und dem offenen Bruch wählen muss“⁴². Ähnliche Wertungen sollten sich lange Zeit auch im englischen und US-amerikanischen *partnership law* behaupten, wo die Gerichte sich große Zurückhaltung bei der Durchsetzung innergesellschaftlicher Pflichten auferlegten.⁴³

Unter *Justinian* traten dann andere Gesichtspunkte in den Vordergrund, insbesondere sein Bestreben, den auf längere Dauer eingegangenen Gesellschaften größere Beständigkeit zu geben, indem er die Notwendigkeit einer Abrechnungsklage im Konfliktfall zurückdrängte und den Binnenrechtsschutz *manente societate* ausbaute.⁴⁴ Der Topos des Minderheitenschutzes, der die heuti-

39 Dies zugestehend DE LIGHT, *Latomus* 66 (2007), 10, 15f: „Using the modern law of partnership as a yardstick, at least three major weaknesses can be identified [...] Secondly, the emphasis on mutual trust meant that a socius could not initiate an ‘action on partnership’ (*actio pro socio*) against any of his partners without dissolving the partnership.“

40 Zu den Ursprüngen der *societas* etwa FLECKNER, aaO (Fn. 8), S. 123 ff; KASER, aaO (Fn. 5), S. 572 f; MEISSEL, aaO (Fn. 9), S. 13 ff.

41 Dazu auch DE LIGHT, *Latomus* 66 (2007), 10, 20: „Instead of focusing on this negative outcome, we should pay attention to the highly positive expectation underlying the Roman law of partnership, namely that it is normal for partners to settle accounts without resorting to litigation. Although this assumption may seem unrealistically naïve to those who are acquainted with the depersonalized partnerships of modern society, there is much to be said in favour of the Roman view that there is no point in carrying on a partnership when the partners have become embroiled in lawsuits against each other.“

42 WIEACKER, ZRG-RA 59 (1952), 302, 316; ähnlich FLECKNER, aaO (Fn. 8), S. 344: „Wer sich so eng bindet [...], der soll nicht gegen seinen Willen in dem engen Band gehalten werden; konfliktträchtig wäre dies vor allem, wenn – was wie gesehen offenbar der Normalfall ist – die *societas* lediglich aus zwei oder einigen wenigen Personen besteht.“

43 Dazu STORY, *Commentaries on the Law of Partnership*, 1841, §§ 216 ff unter der Überschrift „Remedies between Partners“ und mit folgendem rechtshistorischen Brückenschlag in § 230: „The Roman law contained doctrines, which in some measure proceeded upon similar considerations. Ordinarily the action *Pro Socio* did not lie to enforce a right to a general account between partners until after a dissolution of the partnership.“; näher unten IV. 3.

44 Vgl. KASER/KNÜTEL/LOHSSE, aaO (Fn. 5), § 43 Rdn. 13: „Unter dem Einfluß der Handelsgesellschaften (*commenda*, *Companie*), die unabhängig von der *societas* entstanden waren, erlangte die Gesellschaft im *ius commune* größere Bestandssicherheit (Möglichkeit von Klagen *manente societate*; kein Dauerkonsens etc.) [...]“, ferner MEINCKE, FS Maier-Reimer, 2010, S. 454 ff.

ge Diskussion dominiert, spielte bis zum 19. Jahrhundert hingegen keine wesentliche Rolle. Und noch in einem weiteren wichtigen Punkt unterschied sich die damalige Ausgangslage vom geltenden Personengesellschaftsrecht: Die *societas* war eine reine Innengesellschaft ohne gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen.⁴⁵ Infolgedessen betraf die *actio pro socio* ausschließlich Fälle, in denen der Kläger eigene Ansprüche gegen seinen Mitgesellschafter geltend machte.⁴⁶ Dies hatte schon *Windscheid* in seinem berühmten Pandektenlehrbuch hervorgehoben: „Man bemerke: es gibt nur Verpflichtungen der Gesellschafter gegen einander; es gibt nicht Verpflichtungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, oder umgekehrt, als wäre die Gesellschaft eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene, eine juristische Person. Wenn man von Verpflichtungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft spricht, so ist ‚Gesellschaft‘ nur ein abgekürzter Ausdruck für die Personen der Gesellschafter.“⁴⁷

III. Diskussionsverläufe im deutschen Recht

Bei den Vorarbeiten zur deutschen Handels- und Zivilrechtskodifikation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war die Figur der *actio pro socio* präsent, ohne zu ausführlicheren Diskussionen Anlass zu geben. Sowohl in den Nürnberger Protokollen zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1857⁴⁸ wie in den Beratungen zum Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts von 1866⁴⁹ wurde sie verschiedentlich erwähnt und als selbstverständlich vorausgesetzt. Hieran knüpfte die Erste Kommission zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs an und hielt in den Motiven zu § 705 BGB in römischrechtlicher Tradition fest: „Jeder Gesellschafter tritt für sich auf, obligirt sich jedem Mitkontrahenten und macht sich andererseits jedem Mitkontrahenten verbindlich (*actio pro socio* auf Leistung der Beiträge).“⁵⁰ Die weitere Ausformung der Gesellschafterklage blieb Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen.

45 Vgl. statt aller KASER, aaO (Fn. 5), S. 574.

46 Hierauf hinweisend aus heutiger Sicht auch ALTMIPPEN, FS Musielak, S. 1, 3; HADDING, aaO (Fn. 1), S. 19: „Das Problem der Einzelklagebefugnis bei Ansprüchen, die einer gesamthänderischen Bindung unterliegen und an die Gesellschaft (‚in das Gesamthandsvermögen‘) zu erfüllen sind, konnte also im römischen Recht gar nicht aktuell werden.“

47 WINDSCHEID, aaO (Fn. 33), § 406 mit Fn. 1, S. 137 f.

48 Vgl. Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bd. 1, 1857, S. 261, sowie Bd. 3, 1858, S. 1134, 1138.

49 Vgl. SCHUBERT, Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts, Bd. 4, 1984, S. 2843, 2864.

50 MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 332.

1. Dogmatische Einordnung

a) Hergebrachte Ansicht: Geltendmachung eigener Gesellschafterrechte

Das ROHG hatte die *actio pro socio* in mehreren Entscheidungen ohne Nennung einer Ableitungsbasis anerkannt⁵¹ und ihre Ausübung im Jahre 1872 als Geltendmachung eigener Gesellschafterrechte gedeutet: „Prozesse über Streitigkeiten der einzelnen socii unter sich, zu deren Austragung die *actio pro socio* gegeben ist, sind daher der Natur der Sache nach unter den sociis selbst zu führen; die Aktiv- und Passivlegitimation der einzelnen socii in solchen Prozessen unterliegt nicht dem mindesten Bedenken [...]“⁵² Nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs griff das RG zur Begründung der *actio pro socio* im Jahre 1908 auf eine teleologisch-extensive Auslegung des § 432 BGB und den Regelungsgehalt des § 2039 BGB zurück.⁵³ Der BGH hat sie sodann in einer Grundsatzentscheidung von 1953 unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag hergeleitet.⁵⁴ Neuere Urteile lassen die dogmatische Rechtfertigung gelegentlich offen und formulieren als gemeinsamen Nenner: „Die *actio pro socio* hat ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters.“⁵⁵

Die ältere Lehre ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung ganz überwiegend beigetreten. Nach der „Bibel des Personengesellschaftsrechts“⁵⁶ von *Alfred Hueck* folgt die *actio pro socio* daraus, „daß die Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, daß also die Leistung aus dem Gesellschaftsverhältnisse jedem einzelnen der anderen Gesellschafter versprochen werde“⁵⁷. Gleichsinnig verstanden auch andere namhafte Autoren die Gesellschafterklage bis in die 1980er Jahre hinein als Klage aus eigenem Recht.⁵⁸

b) Vordringende Gegenmeinung: Anwendungsfall der Prozessstandschaft

Beginnend mit *Walther Haddings* einflussreicher Doktorarbeit von 1966⁵⁹ und einem vielzitierten Zeitschriftenbeitrag von *Manfred Nitschke* aus demselben

51 Einzelnachweise in Fn. 1.

52 ROHGE 5, 386, 390 f.

53 Vgl. RGZ 70, 32, 33 f.

54 So BGHZ 10, 91, 101.

55 BGH NZG 2010, 783 Leitsatz unter Bezugnahme auf BGH NJW 1992, 1890.

56 ZÖLLNER, Gedächtnisreden auf Alfred Hueck, 1976, S. 20.

57 HUECK, aaO (Fn. 1), S. 261.

58 Vgl. R. FISCHER, ZGR 1979, 251, 260 f.; FLUME, aaO (Fn. 2), S. 142; HUBER, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, S. 29; LUTTER, AcP 180 (1980), 84, 133 f.; RAISER, ZHR 153 (1989), 1, 11; REUTER, GmbHR 1981, 129, 138.

59 HADDING, aaO (Fn. 1), S. 33 ff.

Jahr⁶⁰ formierte sich allmählich eine Gegenauffassung, die das Spannungsverhältnis der hergebrachten Ansicht mit der gesellschaftsrechtlichen Verbands- und Vermögensordnung bemängelte: Es gehöre zum modernen Verständnis der Gesamthand, dass die gegenseitigen Versprechen der Gesellschafter bei der Gründung in der Gesamthand aufgingen, anstatt Einzelansprüche untereinander zu begründen. Von diesem dogmatischen Fixpunkt aus begreift die heute herrschende Lehre die *actio pro socio* als eine Geltendmachung *fremder* Rechte: Der klagende Personengeschafter handelt danach nicht als Rechtsinhaber, sondern verlangt die Erfüllung eines Anspruchs der Gesellschaft.⁶¹ So verstanden ist die Einzelklage eine Prozesstandschaft, die es Gesellschaftern unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, Forderungen der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen.⁶² Innerhalb dieser Meinung herrscht allerdings Uneinigkeit über die genaue theoretische Fundierung der *actio pro socio*. Manche Stimmen nehmen eine gewillkürte Prozesstandschaft an, die sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergeben soll⁶³; anderen Autoren zufolge handelt es sich um eine (quasi-)gesetzliche Prozesstandschaft kraft Richter- oder Gewohnheitsrechts.⁶⁴

60 NITSCHKE, ZHR 128 (1966), 48, 84 ff.

61 Vgl. SCHÖNE, in: BeckOGK BGB, 38. Ed. 2016, § 705 Rdn. 117; ROTH, in: Baumbach/Hopt, Komm. z. HGB, 37. Aufl., 2016, § 109 Rdn. 32; BORK/OEPEN, ZGR 2001, 515, 520 ff; ERMAN/WESTERMANN, BGB, 14. Aufl., 2014, § 705 Rdn. 57; GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 13 f; HABERMEIER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 46; K. SCHMIDT, Münchener Komm. z. HGB, 3. Aufl., 2011, § 105 Rdn. 198; PALANDT/SPRAU, Komm. z. BGB, 76. Aufl., 2017, § 714 Rdn. 9; SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 207; SOERGEL/HADDING/KIEßLING, Komm. z. BGB, 13. Aufl., 2012, § 705 Rdn. 50; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 VI 3 a, S. 282.

62 Vgl. aus dem prozessualen Schrifttum BERGER, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozesstandschaft, 1992, S. 275 f; OBERHAMMER, Die OHG im Zivilprozeß, 1998, S. 366; SCHWAB, aaO (Fn. 1), S. 118.

63 So BORK/OEPEN, ZGR 2001, 515, 524 ff; GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 12 ff; SOERGEL/HADDING/KIEßLING, aaO (Fn. 61), § 705 BGB Rdn. 50; ECKARDT, NomosKomm. z. BGB, 2. Aufl., 2012, Anh. zu § 705 Rdn. 35; SCHÜTZ, Sachlegitimation und richtige Prozeßpartei bei innergesellschaftlichen Streitigkeiten in der Personengesellschaft, 1994, S. 36.

64 So MOCK, RabelsZ 72 (2008), 264, 271; DERS., JuS 2015, 590, 591; OBERHAMMER, aaO (Fn. 62), S. 366; HAAS, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 3. Aufl., 2014, § 105 Rdn. 78; ROTH, aaO (Fn. 61), § 109 HGB Rdn. 32; SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 209; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 61), § 105 HGB Rdn. 198; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 282: „gesetzesgleiche Anerkennung von Richter- und Gewohnheitsrecht“.

2. Primärer Rechtsbehelf des Einzelgesellschafters oder subsidiäres Hilfsrecht?

Die geschilderte Kontroverse um den Geltungsgrund der *actio pro socio* setzte sich bei ihren Zulässigkeitsvoraussetzungen nahtlos fort. Auf dem Boden der hergebrachten Ansicht unterwarfen RG und BGH die *actio pro socio* außer der Gesellschafterstellung des Klägers keinen weiteren Voraussetzungen.⁶⁵ Mit ihr übten die Gesellschafter schlicht ihre gesellschaftsvertraglichen Rechte aus.⁶⁶ Für Irritationen sorgte zwischenzeitlich allerdings ein Urteil des RG aus dem Jahre 1943.⁶⁷ Es knüpfte die Haftungsklage gegen einen geschäftsführenden Gesellschafter im Wege der *actio pro socio* grundsätzlich an die Zustimmung aller übrigen Gesellschafter, weil sie an die Grundlagen der oHG rühre und der Einzelgesellschaftler aufgrund seiner Treuepflicht gehalten sei, das gegenseitige Vertrauen der Mitglieder und dasjenige Dritter in die Geschäftsführung zu bewahren.⁶⁸ Im zeitgenössischen Schrifttum stieß dieses Urteil indes auf harsche Kritik⁶⁹, und auch der BGH erteilte ihm eine Absage: Nach einer Leitentscheidung von 1957 steht die *actio pro socio* grundsätzlich gleichberechtigt neben der Klagebefugnis der Gesellschaft und ist nur ausnahmsweise treuwidrig.⁷⁰ Diese Auffassung, nach der die Beweislast für einen Treuepflichtverstoß den Beklagten trifft, hat bis heute viele Anhänger.⁷¹

Eine vordringende Gegenmeinung hält eine nur ausnahmsweise Einschränkung der *actio pro socio* für unzureichend, um die gesellschaftsrechtliche Zuständigkeitsordnung zu wahren.⁷² Sie plädiert für eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses und will die Einzelklage lediglich als Notkompetenz zulassen.⁷³ Hierfür müsse der Kläger vortragen, dass ein rechtswidriger Gesellschaftsbeschluss vorliege, den betreffenden Anspruch nicht zu verfolgen, oder dass der Geschäftsführer die Anspruchsverfolgung aus sachwidrigen Gründen verweigere.⁷⁴ Vermittelnde Stimmen lassen es demgegenüber genügen, wenn der Gesellschafter die Geschäftsführer vor Klageerhebung erfolglos zur An-

65 Vgl. RGZ 90, 300, 301; 91, 34, 36; BGHZ 10, 91, 101.

66 Aus dem Schrifttum etwa FLUME, aaO (Fn. 2), S. 143; HUECK, aaO (Fn. 1), S. 261 f.

67 Vgl. RGZ 171, 51.

68 So RGZ 171, 51, 54.

69 Vgl. v. GODIN, ZAKDR 1943, 195; HUECK, ZAKDR 103, 104 f.; rückblickend WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 284 mit Fn. 415: „vom Zeitgeist geprägte Ausführungen“.

70 Vgl. BGHZ 25, 47, 50.

71 Vgl. etwa WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 460 m. w. N.

72 Vgl. HABERMEIER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 47; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 636.

73 Grundlegend wiederum HADDING, aaO (Fn. 1), S. 59 ff.; NITSCHKE, ZHR 128 (1966), 48, 84 ff.

74 Vgl. HADDING, aaO (Fn. 1), S. 61 ff.; NITSCHKE, ZHR 128 (1966), 48, 90 f.; ERMANN/WESTERMANN, aaO (Fn. 61), § 705 BGB Rdn. 59; ähnlich LUTTER, AcP 180 (1980), 84, 134.

spruchsverfolgung aufgefordert hat oder eine solche Aufforderung von vornherein aussichtslos gewesen ist.⁷⁵

3. Einzelklagebefugnis nur für Sozialansprüche oder auch für Drittansprüche?

Im Kern unumstritten ist der sachliche Einzugsbereich der *actio pro socio*. Er umfasst sog. Sozialansprüche, also Ansprüche der Gesellschaft gegen ein Mitglied aus dem Gesellschaftsverhältnis.⁷⁶ Hierher gehören vor allem fällige Beitragsleistungen oder Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Gesellschafter- oder Geschäftsführerpflichten.⁷⁷ Noch nicht vollständig geklärt ist dagegen die Einzelklagebefugnis für Ansprüche aus Drittverhältnissen. Für Personenhandelsgesellschaften hat sie der BGH schon früh abgelehnt.⁷⁸ Nicht geschäftsführende und vertretungsberechtigte Personenhandelsgesellschaftler dürfen Gesellschaftsforderungen danach nur ausnahmsweise unter den strengen Voraussetzungen einer Notgeschäftsführung analog § 744 Abs. 2 BGB durchsetzen.⁷⁹ Bei der GbR hat sich der BGH lange Zeit weniger streng gezeigt und unter Berufung auf § 432 BGB eine Einzelklagebefugnis gebilligt, wenn der Gesellschafter (a) ein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen hat, (b) die anderen Gesellschafter die Einziehung der Forderung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigern und (c) der Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten der anderen Gesellschafter beteiligt ist.⁸⁰ Sonst bleibt es bei einer Notkompetenz entsprechend § 744 Abs. 2 BGB.⁸¹ Ob sich diese rechtsformspezifischen Unterschiede zwischen oHG und GbR nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR noch halten lassen, wird zunehmend bezweifelt.⁸²

75 So etwa MOCK, *RabelsZ* 72 (2008), 264, 271 f; SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 211; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 61), § 105 HGB Rdn. 201; aus der Rechtsprechung OLG Düsseldorf NZG 2012, 1148 f.

76 Vgl. statt vieler SOERGEL/HADDING/KIEßLING, aaO (Fn. 61), § 705 BGB Rdn. 47; WINDBICHLER, *Gesellschaftsrecht*, 23. Aufl., 2013, § 7 Rdn. 6.

77 Vgl. statt vieler GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 209, 210 ff.

78 Vgl. BGH NJW 193, 2198, 2199; BGH NJW 1985, 2830, 2831; aus dem Schrifttum ROTH, aaO (Fn. 61), § 109 HGB Rdn. 33; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 61), § 105 HGB Rdn. 200; STAUB/SCHÄFER, *Komm. z. HGB*, 5. Aufl., 2009, § 105 Rdn. 258.

79 Vgl. BGHZ 17, 181, 187; abw. OLG Dresden NZG 2000, 248, 250.

80 Vgl. BGHZ 39, 14, 16 ff; BGHZ 102, 152, 154 f; BGH NJW 2000, 734; BGH NZG 2008, 588, 591; OLG Düsseldorf NZG 2012, 1148; eingehend dazu BORK/OEPEN, *ZGR* 2001, 515, 544 ff, 549 ff.

81 Vgl. BGHZ 17, 181, 187; BGH NJW 2000, 3272; BGH NZG 2008, 588; OLG Düsseldorf NZG 2012, 1148, 1150.

82 Etwa von SOERGEL/HADDING/KIEßLING, aaO (Fn. 61), § 705 BGB Rdn. 56.

4. *Abdingbares oder zwingendes Mitgliedschaftsrecht?*

Laut dem Standardlehrbuch von *Alfred Hueck* und *Walther Haddings* bahnbrechender Monographie konnte die *actio pro socio* durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder von beliebigen Voraussetzungen, etwa einem Mehrheitsbeschluss oder auch der Zustimmung aller Gesellschafter, abhängig gemacht werden, da es sich um eine Frage des Innenverhältnisses handle.⁸³ Hiervon ist die heute herrschende Lehre unter Hinweis auf die Minderheitenschutz- und Kontrollfunktion der Gesellschafterklage wieder abgerückt. Manche Stimmen halten jede Einschränkung für unzulässig⁸⁴; häufiger heißt es, die *actio pro socio* könne zwar eingeschränkt, insbesondere von erschwerenden Voraussetzungen abhängig gemacht, aber nicht völlig abbedungen werden.⁸⁵ Sie sei jedenfalls im Kernbereich zwingend unentziehbar und unverzichtbar.⁸⁶ Als Grenze der Privatautonomie wird gelegentlich der Maßstab der §§ 716 Abs. 2 BGB, 118 Abs. 2 HGB – Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung – genannt⁸⁷, doch ist auch dies nicht unwidersprochen geblieben.⁸⁸ Andere Autoren fragen, ob durch einen Ausschluss der *actio pro socio* die Grenzen des § 138 BGB bzw. – bei Publikumsgesellschaften – der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB überschritten würden, weil er die nicht geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter zu weitgehend der Fremdbestimmung aussetze.⁸⁹ Gegenstand dieser Prüfung soll allerdings nicht die einzelne Klausel, sondern das Vertragsgefüge in seiner Gesamtheit sein.⁹⁰ Der BGH hat die Streitfrage in zwei Entscheidungen ausdrücklich offen gelassen.⁹¹

83 So HUECK, aaO (Fn. 1), S. 267; zustimmend HADDING, aaO (Fn. 1), S. 65 mit Fn. 16: „Denn die Gestaltung der Organisation liegt in der Hand der Gesellschaft.“

84 Vgl. R. FISCHER, ZGR 1979, 251, 261; FLUME, aaO (Fn. 2), S. 144; HUBER, aaO (Fn. 58), S. 28 f; LUTTER, AcP 180 (1980), 84, 132.

85 So etwa HABERMEIER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 46; SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 209; SCHÖNE, aaO (Fn. 61), § 705 BGB Rdn. 122; der Sache nach auch K. SCHMIDT, aaO (Fn. 61), § 105 HGB Rdn. 198.

86 Vgl. ROTH, aaO (Fn. 61), § 109 HGB Rdn. 37.

87 Vgl. etwa SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 209; WIEDEMANN, aaO (Fn. 71), S. 274, 529; ferner IMMENGA, ZGR 1974, 385, 412 f: Nichtausschließbarkeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.

88 Vgl. etwa STAUB/SCHÄFER, aaO (Fn. 78), § 105 HGB Rdn. 259 mit Fn. 802: „[E]ine so weitgehende Beschränkung des Klagerechts wäre mit dessen Zweck jedoch unvereinbar.“

89 So GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 35 ff; dem folgend BORK/OEPEN, ZGR 2001, 515, 527.

90 Vgl. GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 36.

91 Vgl. BGH WM 1973, 1291, 1292 (insoweit in NJW 1973, 2198 nicht abgedruckt); BGH NJW 1985, 2830, 2831.

5. Bestellung eines besonderen Vertreters

Erwähnung verdient schließlich noch ein vielbeachteter Beschluss des BGH aus dem Jahre 2010, nach dem die Gesellschafter einer Personengesellschaft zum Zwecke der Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen ihren organ-schaftlichen Vertreter entsprechend § 46 Nr. 8 Halbs. 2 GmbHG, § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG einen besonderen Vertreter bestellen können.⁹² Dieser Beschluss hat ganz überwiegend Beifall gefunden.⁹³ Er ist von beträchtlicher praktischer Bedeutung, weil die Bestellung eines besonderen Vertreters Kostenvorteile gegenüber einer *actio pro socio* bietet: Bei letzterer trägt der klagende Gesellschafter die Kosten eines verlorenen Rechtsstreits; klagt dagegen ein besonderer Vertreter namens der Gesellschaft, obliegt ihr das Prozesskostenrisiko.

6. Zwischenbefund

In den letzten Jahrzehnten hat sich die Sichtweise der herrschenden Lehre auf die *actio pro socio* in zentralen Punkten verändert. Dieser Wandel vollzog sich im Windschatten einer wirkungsmächtigen Fortentwicklung des Personengesellschaftsrechts vom reinen Vertragsrecht hin zum Organisationsrecht. Zutreffend hat daher eine prominente Literaturstimme die heute vorherrschende Deutung der *actio pro socio* im Sinne einer Prozesstandschaft als Paradebeispiel für den Durchbruch organisationsrechtlichen Denkens im Personengesellschaftsrecht hervorgehoben.⁹⁴ Dessen ungeachtet erscheint es überzogen, die dogmengeschichtlichen Verbindungslinien zwischen der heutigen Gesellschafterklage und der römischen *actio pro socio* gänzlich zu kappen, wie dies immer häufiger geschieht.⁹⁵ Zum einen stellen die Motive zum BGB diesen Traditionszusammenhang ausdrücklich her⁹⁶, auch wenn sie noch den Rechtsstand vor Einführung des Gesamthandsprinzips durch die Zweite Kommis-

92 So BGH NZG 2010, 179 Leitsatz 1.

93 Zustimmend etwa GOETTE, DSrR 2010, 2588; GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 209, 217 ff; DIES., Liber Amicorum Winter, 2011, S. 167; K. SCHMIDT, JuS 2011, 179; VOSBERG/KLAWA, EWiR 2011, 113; eingehend und differenzierend KONZEN, FS Hommelhoff, 2012, S. 565 ff; im Ergebnis auch REIFF/RÖCK, LMK 2011, 312786, die aber eine Analogie zu § 146 HGB bevorzugen.

94 In diesem Sinne WIEDEMANN, ZGR 1996, 286, 291.

95 So aber SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 204: „abweichend von dem gleichnamigen römischrechtlichen Institut“; noch pointierter schon früher HADDING, aaO (Fn. 1), S. 17, wonach man „dem römischen Recht allenfalls die schlagwortartige Bezeichnung ‚actio pro socio‘ als chiffre für den Tatbestand entlehnen kann“; wie hier SCHANBACHER, AG 1999, 21, 26 f.

96 Vgl. das Zitat aus den Motiven bei Fn. 50 sowie allgemeiner MUGDAN, aaO (Fn. 50), S. 330: „Den Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 629-658) liegt die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriffe und Wesen der Sozietät zu Grunde, wie auch die einzelnen

sion widerspiegeln. Zum zweiten zeigt die rechtshistorische Entwicklung sehr deutlich, dass sich die *actio pro socio* spätestens seit *Justinian* nicht mehr in einer Liquidationsklage für instabile Innengesellschaften erschöpfte. Bemerkenswert ist schließlich, dass der BGH in seinem Beschluss zum besonderen Vertreter vorsichtige Anleihen beim Kapitalgesellschaftsrecht genommen hat, um das Personengesellschaftsrecht mit Blick auf ein effektiveres *Enforcement* punktuell fortzubilden. Einzelne Literaturstimmen regen überdies an, etwaige Ausstrahlungswirkungen der im Jahre 2005 neu eingeführten Aktionärsklage nach § 148 AktG auf die personengesellschaftsrechtliche *actio pro socio* auszuloten.⁹⁷

IV. Rechtsvergleichende Beobachtungen

Anders als über die rechtsgeschichtlichen Wurzeln der *actio pro socio* ist über ihre Verbreitung im ausländischen Personengesellschaftsrecht bisher wenig bekannt.⁹⁸

1. Deutscher Rechtskreis

In unseren deutschsprachigen Nachbarländern hat sich die *actio pro socio* im Recht der Personengesellschaften seit längerem etabliert.⁹⁹

a) Schweiz

In der Schweiz wird ihr allerdings weitaus weniger Aufmerksamkeit zuteil als hierzulande.¹⁰⁰ Die einfache Gesellschaft, das Gegenstück zur hiesigen GbR, hat

durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen im Wesentlichen im Anschluss an gemeinrechtliche Grundsätze normiert sind.“

97 Näher VERSE, FS U. H. Schneider, 2011, S. 1325 ff; zustimmend BAYER, GmbHR 2016, 505, 510; s. auch FLEISCHER/HEINRICH/PENDL, NZG 2016, 1001, 1006.

98 Vgl. WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6, S. 280: „Eine Durchleuchtung der Gesellschafterklagen durch Rechtsvergleichung steht noch aus.“

99 Vgl. für die Schweiz FELLMANN/MÜLLER, in: Berner Kommentar OR, 2006, Art. 530 Rdn. 636: „Die *actio pro socio* wird im Bereich der Personengesellschaften heute allgemein als zulässig erachtet.“; für Österreich TORGLER, GES 2011, 57, 58: „Die *Actio pro Socio* (nach manchen: *Actio pro Societate*) ist in Rechtsprechung und Lehre seit langem anerkannt.“

100 So ausdrücklich HARTMANN, ZSR 124 (2005), I 397: „In der Literatur zum Recht der Personengesellschaften (einfache Gesellschaft, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft) wird die *actio pro socio* zwar immer wieder erwähnt. Im Unterschied zur deutschen finden sich in der schweizerischen Lehre jedoch nur wenige eingehende Hinweise zu

dort keine eigene Rechtsfähigkeit und kann die „ihr“ geschuldeten Beiträge nicht selbst einfordern.¹⁰¹ Bei einer sog. Gesellschaftsklage auf Erfüllung von Sozialansprüchen müssen daher alle sonstigen Gesellschafter gemeinsam gegen ihren säumigen Mitgesellschafter vorgehen.¹⁰² Demgegenüber können Kollektiv- und Kommanditgesellschaft unter ihrer Firma auch Sozialansprüche einklagen.¹⁰³ Alternativ steht jedem einzelnen Personengesellschafter die *actio pro socio* zur Verfügung. Nach einer jüngeren Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts stellt sie eine „Durchbrechung des Gesamthandsprinzips“¹⁰⁴ dar. Sie erfasst ausschließlich Ansprüche der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis, nicht dagegen solche gegenüber Dritten.¹⁰⁵ Dogmatisch steht hinter ihr nach traditioneller Auffassung ein materiellrechtlicher Anspruch jedes einzelnen Gesellschafters, der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ableitet.¹⁰⁶ Vordringende Literaturstimmen sehen in der *actio pro socio* hingegen einen Fall der Prozessstandschaft¹⁰⁷, müssen dabei aber zivilprozessuale Hürden überwinden, weil Rechtsprechung und herrschende Lehre keine gewillkürte Prozessstandschaft anerkennen¹⁰⁸ und es für eine gesetzliche Prozessstandschaft an einer ausdrücklichen Regelung fehlt.¹⁰⁹ Nach hergebrachter Auffassung besteht zwischen der *actio pro socio* und der Gesellschaftsklage ein „rechtliches Nebeneinander“¹¹⁰; neueren Literaturstimmen zufolge ist die *actio pro socio* dagegen subsidiär gegenüber der Gesellschaftsklage und daher nur ausnahmsweise zulässig.¹¹¹

diesem Institut“; ausführlich neben ihm immerhin noch CHABLOZ/HEINZMANN, *Melanges Stoffel*, 2014, S. 233 ff; TAORMINA, *Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung*, 2003, Rdn. 342 ff.

- 101 Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 11. Aufl., 2015, § 4 Rdn. 21.
- 102 Vgl. HARTMANN, ZSR 124 (2005), I 397, 403.
- 103 Vgl. HARTMANN, ZSR 124 (2005), I 397, 404 m. w. N.
- 104 BGer 4A_275/2010 vom 11.8.2010, E. 5.1.
- 105 Vgl. BGer 4A_275/2010 vom 11.8.2010, E. 5.3; HANDSCHIN, in: *Basler Kommentar OR II*, 5. Aufl., 2016, Art. 531 Rdn. 3; KUNZ, in: *Kunz/Jörg/Arter, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII*, 2012, S. 171, 178 f.
- 106 So HARTMANN, ZSR 124 (2005), I 397, 412; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11. Aufl., 2012, § 3 Rdn. 35; v. STEIGER, *Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil und Personengesellschaften*, SPR Bd. VIII/1, 1979, S. 379.
- 107 So CHABLOZ/HEINZMANN, aaO (Fn. 100), S. 233, 247 ff; FELLMANN/MÜLLER, aaO (Fn. 99), Art. 530 OR Rdn. 639 ff.
- 108 Vgl. BGE 137 III 293 m. w. N.
- 109 Für eine Rechtsfortbildung daher CHABLOZ/HEINZMANN, aaO (Fn. 100), S. 233, 248 unter der Zwischenüberschrift „L’actio pro socio comme cas de Prozessstandschaft modo legislatoris“.
- 110 v. STEIGER, aaO (Fn. 106), S. 379; gleichsinnig HARTMANN, ZSR 124 (2005), I 397, 409 ff; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, aaO (Fn. 106), § 12 Rdn. 41.
- 111 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, aaO (Fn. 99), Art. 530 OR Rdn. 641 f; HANDSCHIN/VONZUN, in: *Zürcher Kommentar*, 4. Aufl., 2009, Art. 531 OR Rdn. 184 ff; noch enger TAORMINA, aaO (Fn. 100), Rdn. 295, 365 ff.

b) Österreich

In Österreich gilt die *actio pro socio* geradezu als „charakteristisches Merkmal der Personengesellschaften“¹¹². Für die oHG hatte der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) dies in einer Leitentscheidung von 1978 ausführlich begründet¹¹³ und im Jahre 2000 dahin ergänzt, dass die *actio pro socio* auch auf Sozialansprüche einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) Anwendung findet.¹¹⁴ Mangels eigener Rechtspersönlichkeit der GesbR muss der klagende Gesellschafter dort Leistung an alle Gesellschafter verlangen.¹¹⁵ In der dogmatischen Einordnung geht die österreichische Doktrin bis heute mehrheitlich andere Wege als in Deutschland: Ihr zufolge beruht die *actio pro socio* auf einem eigenen Anspruch jedes Gesellschafters, der seine Grundlage im Gesellschaftsvertrag hat und auf Erbringung der geschuldeten Leistung an die Gesellschaft (bei der GesbR: an alle Gesellschafter als Träger des gemeinschaftlichen Gesellschaftsvermögens) gerichtet ist.¹¹⁶ Nicht durchgesetzt hat sich mithin die hierzulande vorherrschende Deutung als Anwendungsfall einer Prozessstandschaft, was auch daran liegen dürfte, dass Rechtsprechung und herrschende Lehre in Österreich eine gewillkürte Prozessstandschaft ablehnen¹¹⁷ und eine gesetzliche Prozessstandschaft nur auf Rechtsfortbildung oder Gewohnheitsrecht beruhen könnte.¹¹⁸ Diese dogmatisch-konzeptionellen Unterschiede setzen sich bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen fort: Nach herrschender österreichischer Lehre handelt es sich bei der *actio pro socio* nicht um einen subsidiären, sondern um einen primären Rechtsbehelf.¹¹⁹ Sie schließt

112 SCHAUER, in: Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008, Rdn. 2/354; ähnlich CHANDIHOEK/RATKA, in: Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften, 2. Aufl., 2016, Rdn. 1/27: „Wesenselement der modernen Personengesellschaften“.

113 Vgl. OGH 8 Ob 557/77 SZ 51/16; vorher schon OGH 1 Ob 279/60 SZ 33/82 aus dem Jahre 1960.

114 Vgl. OGH 6 Ob 58/00y ÖJZ 2000/180.

115 Vgl. OGH 6 Ob 58/00y ÖJZ 2000/180; bestätigt in OGH 6 Ob 61/16p RdW 2016, 471.

116 Vgl. DUURSMA/DUURSMA-KEPPLINGER/ROTH, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, 2007, Rdn. 338; JABORNEGG/ARTMANN, UGB, 2. Aufl., 2010, § 108 Rdn. 11; KRAUS, in: Torggler, UGB, 2. Aufl., 2016, § 108 Rdn. 10; TORGLER, GES 2011, 57, 58; abw. SCHAUER, aaO (Fn. 112), Rdn. 2/354: auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage beruhender Anwendungsfall einer gesetzlichen Prozessstandschaft.

117 Vgl. etwa OGH 3 Ob 522/95 SZ 68/36; OGH 1 Ob 40/01 s SZ 74/81; beide m. w. N.

118 So ausdrücklich TORGLER, GES 2011, 57, 58; s. aber auch SCHAUER, aaO (Fn. 112), Rdn. 2/354 mit dem Hinweis, dass es dem Gesetzgeber unbenommen bleibt, die Prozessstandschaft durch besondere Normen zuzulassen.

119 Vgl. JABORNEGG/ARTMANN, aaO (Fn. 116), § 108 UGB Rdn. 12; KRAUS, aaO (Fn. 116), § 108 UGB Rdn. 12; offen lassend OGH 6 Ob 58/00y: „Ob nun die [...] *actio pro socio* gegenüber der Klage der Gesellschaft subsidiär ist und einer Bescheinigung ihrer

grundsätzlich alle Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis ein; nicht erfasst werden dagegen Ansprüche der Gesellschaft gegen Dritte.¹²⁰

Im Rahmen der GesBR-Reform von 2015¹²¹ hat der österreichische Gesetzgeber die *actio pro socio* in § 1188 Satz 1 ABGB ausdrücklich festgeschrieben: „Die Erfüllung gesellschaftsbezogener Verpflichtungen eines Gesellschafters kann von jedem Gesellschafter zugunsten aller Gesellschafter gemeinsam eingefordert werden.“ Anders als noch im Ministerialentwurf¹²², aber in Übereinstimmung mit der bisher herrschenden Lehre setzt § 1188 Satz 1 ABGB seinem Wortlaut nach keine Untätigkeit der zuständigen Gesellschafter voraus.¹²³ Für die GesBR hat kürzlich auch der OGH eine Subsidiarität ausdrücklich verneint.¹²⁴ Inwieweit § 1188 ABGB auf andere Gesellschaftsformen ausstrahlt, hängt ausweislich der Gesetzesmaterialien von der jeweiligen Organisationsform ab.¹²⁵ „Jedenfalls beachtlich“ soll die *actio pro socio* im Bereich der eingetragenen Personengesellschaften sein¹²⁶; ob subsidiär oder nicht, ist für diese wohl nach wie vor offen.¹²⁷ Eine andere Streitfrage zum alten Recht hat der Reformgesetzgeber in § 1188 Satz 2 ABGB geklärt, wonach abweichende Vereinbarungen unwirksam sind.¹²⁸ Zuvor konnte die *actio pro socio* nach überwiegender Ansicht im Gesellschaftsvertrag eingeschränkt werden, allerdings mit der Maßgabe, dass ein Ausschluss dann nicht mehr in Betracht kommt, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.¹²⁹

Notwendigkeit bedarf, braucht im vorliegenden Fall nicht abschließend beurteilt zu werden. Zum einen sind die zur BGB-Gesellschaft angestellten Überlegungen auf nach österreichischem Recht gegründete Gesellschaften bürgerlichen Rechts schon deshalb nicht übertragbar, weil diese nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen.“

- 120 Vgl. OGH 1 Ob 509/96 SZ 69/94; KRAUS, aaO (Fn. 116), § 108 UGB Rdn. 10.
- 121 Allgemein dazu FLEISCHER/HEINRICH/PENDL, NZG 2016, 1001; speziell zur Gesellschaftsklage ARTMANN, in: Klang Komm. z. ABGB, 3. Aufl., 2017, § 1188 Rdn. 1 ff.
- 122 Dort hieß es: „Die Erfüllung gesellschaftsbezogener Verbindlichkeiten eines Gesellschafters kann bei Untätigkeit der dazu berufenen Gesellschafter [...] eingefordert werden.“; vgl. 34/ME 25. GP 3.
- 123 Vgl. ARTMANN, aaO (Fn. 121), § 1188 ABGB Rdn. 9; TOLD, in: Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften, 2. Aufl., 2016, Rdn. 2/26.
- 124 Vgl. OGH 6 Ob 61/16p RdW 2016, 471 unter Hinweis auf 6 Ob 58/00y ÖJZ 2000/180.
- 125 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25 GP 14.
- 126 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25 GP 14.
- 127 Vor dem GesBR-RG dafür etwa SCHAUER, aaO (Fn. 112), Rdn. 2/357; dagegen etwa DUURSM/ DUURSM-KEPPLINGER/ROTH, aaO (Fn. 116), Rdn. 337.
- 128 Den zwingenden Charakter befürwortend ARTMANN, aaO (Fn. 121), § 1188 ABGB Rdn. 2; TOLD, aaO (Fn. 123), Rdn. 2/27; kritisch HARRER, wbl 2015, 126.
- 129 Vgl. JABORNEGG/ARTMANN, aaO (Fn. 116), § 108 UGB Rdn. 12 m. w. N.

2. Romanischer Rechtskreis

Das intellektuelle Bindeglied zwischen dem klassischen römischen und dem modernen französischen Personengesellschaftsrecht bildete *Pothiers* berühmte Abhandlung über den Sozietätsvertrag. Sie behandelte auch die *actio pro socio*¹³⁰ und erklärte sie im Einklang mit der gemeinrechtlichen Entwicklung schon während des Bestehens der Gesellschaft für zulässig.¹³¹ Trotz der großen Prägekraft dieses Werkes auf den *Code civil* (Cc) und seine Tochterrechte hat sich die *actio pro socio* in den romanischen Systemen erst spät und dann auch nur in Form einer Haftungsklage gegen Organmitglieder durchgesetzt.

a) Frankreich

In Frankreich hatte die *Cour de Cassation* ein der deutschen *actio pro socio* vergleichbares Klagerecht – die *action sociale ut singuli* – noch im Jahre 1980 als unzulässig verworfen, weil es hierfür anders als im Kapitalgesellschaftsrecht¹³² an einer gesetzlichen Grundlage fehlte.¹³³ Ein Kommentator billigte dies mit den Worten: „[L]’action sociale *ut singuli* permettant à l’associé de réclamer réparation de l’entier préjudice de la société semble une création trop originale pour exister sans l’appui d’un texte, dans les sociétés de personnes.“¹³⁴ Dabei wurde deutlich, dass die *action sociale ut singuli* einen ehernen Grundsatz des französischen Zivilprozessrechts durchbricht, wonach „nul en France ne plaide par procureur“.¹³⁵ Der Reformgesetzgeber reagierte hierauf, indem er im Jahre 1988 ein Einzelklagerecht in Art. 1843-5 Cc einfuhrte, das es einem oder mehreren Gesellschaftern erlaubt, einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen pflichtvergessene Geschäftsführer geltend zu machen. Diese Vorschrift steht im Allgemeinen Teil des französischen Gesellschaftsrechts und gilt daher auch für die *société civile* und die *société en nom collective*.¹³⁶

130 Vgl. POTHIER, *Traité du contrat de société*, Bd. 2, 1773, Rdn. 134: „Des obligations qui naissent du contrat de société, nait l’action *pro socio*, que chacun des associés a contre ses associés, pour en exiger l’accomplissement.“

131 So POTHIER, aaO (Fn. 130), Rdn. 135: „Elle peut se donner, quant aux objets particuliers, durant le temps que dure la société [...].“

132 Vgl. Art. 223-23 (SARL) und Art. 225-252 C. com (SA).

133 Vgl. Cass. civ., 1ère, 30.1.1980, Rev. soc. 1982, 110 mit Anm. CHARTIER; abw. noch in der Vorinstanz CA Paris, 18.5.1978, Rev. soc. 1978, 711 mit zustimmender Besprechung von D. SCHMIDT.

134 GERMAIN, JCP 1980.II.19354.

135 Dazu CHESNE, Rev. trim. dr. com. 1962, 347; ROUSSILLE, Dr. soc. 2013, n° 119.

136 Für eine erste Anwendung auf die *société civile* CA Paris, 9.3.1989 Rev. trim dr. com. 1990, 53 mit Anm. ALFANDARI/JEANTIN; aus der Lehrbuchliteratur MERLE, *Sociétés commerciales*, 20. Aufl., 2017, Rdn. 173.

Dogmatisch wird die Erhebung der Gesellschafterklage teils als (Not-)Geschäftsführung, teils als Prozessstandschaft angesehen.¹³⁷

Den klagenden Gesellschafter hat man in der Literatur anschaulich als „organe occasionnel“¹³⁸ der Gesellschaft bezeichnet. Sein Einzelklagerecht ist allerdings subsidiär¹³⁹: Um die Kompetenzordnung der Gesellschaft zu wahren, muss er mit seiner Klage eine angemessene Zeit zuwarten.¹⁴⁰ Er braucht die primär zuständige Geschäftsführung allerdings nicht zur Geltendmachung des Anspruchs auffordern, bevor er selbst Klage erhebt. Die *action sociale ut singuli* erfasst ausschließlich Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer (*gérants*), nicht dagegen Forderungen der Gesellschaft gegen Dritte.¹⁴¹ Sie dient dem Erhalt des Gesellschaftsvermögens und dem Minderheitenschutz.¹⁴² Um ihre Effektivität sicherzustellen, kann sie nach Art. 1843-5 Abs. 2 Cc nicht durch den Gesellschaftsvertrag abbedungen oder von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig gemacht werden. Außerdem ist es gemäß Art. 1843-5 Abs. 3 Cc ausgeschlossen, dass die Gesellschafterversammlung der *action sociale ut singuli* den Boden entzieht, indem sie kurzerhand auf den Anspruch verzichtet.

b) Italien

Auch im italienischen Personengesellschaftsrecht wird die *actio pro socio* vor allem als Haftungsklage gegen die Geschäftsführer diskutiert. Normativer Anknüpfungspunkt ist Art. 2260 Abs. 2 des *Codice civile*, der im Recht der einfachen Gesellschaft (*società semplice*) steht, aber über einschlägige Verweisungsnormen auch für die oHG und KG gilt.¹⁴³ Er sieht eine gesamtschuldnerische Haftung der Geschäftsführer (*amministratori*) gegenüber der Gesellschaft für die schuldhafte Verletzung ihrer gesetzlichen und vertraglichen Pflichten vor, ohne ausdrücklich festzulegen, wer diesen Anspruch geltend

137 Vgl. Cass. 2^{ème}, 14.9.2006, Dr. soc. 2006, n° 175 mit Anm. LÉCUYER: „L’action sociale *ut singuli* serait ainsi une action que les associés exercent en leur nom, mais pour le compte d’autrui. L’article 31 NCPC n’interdit pas un tel cas de figure.“

138 LE CANNU/DONDERO, Droit des sociétés, 6. Aufl., 2015, Rdn. 482.

139 Näher COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, Droit des sociétés, 28. Aufl., 2015, Rdn. 301 unter der Zwischenüberschrift „Le caractère subsidiaire de l’action sociale *ut singuli*“.

140 Vgl. LE CANNU/DONDERO, aaO (Fn. 138), Rdn. 482: „l’inaction des représentants légaux de la société“.

141 Vgl. Cass. com., 19.3.2013, Dr. soc. 2013, n° 119 mit Anm. ROUSSILLE.

142 Vgl. ALFANDARI/JEANTIN, Rev. trim. dr. com. 1980, 350f; CHESNE, Rev. trim. dr. civ. 1962, 347, 348; COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, aaO (Fn. 139), Rdn. 298: „une arme efficace entre les mains des associés minoritaires“.

143 Näher dazu und zum italienischen Personengesellschaftsrecht im Allgemeinen FLEISCHER/AGSTNER, RabelsZ 81 (2017), Heft 2.

machen darf.¹⁴⁴ Vor diesem Hintergrund haben sich zahlreiche Literaturstimmen dafür stark gemacht, dass auch einzelne Gesellschafter diese *azione sociale di responsabilità* durchsetzen können¹⁴⁵, und damit bei manchen Instanzgerichten Zuspruch gefunden.¹⁴⁶ Die *Corte di Cassazione* beharrt jedoch darauf, dass die Ansprüche der Gesellschaft ausschließlich durch ihre vertretungsberechtigten Geschäftsführer zu verfolgen sind.¹⁴⁷

3. Anglo-amerikanischer Rechtskreis

Über die Vermittlung von *Joseph Story*¹⁴⁸ und anderen wusste man zwar im Vereinigten Königreich und den Vereinigten Staaten um die römische *actio pro socio*, doch ging das angelsächsische *partnership law* insoweit von Anfang an eigene Wege.

a) Vereinigtes Königreich

Auf der britischen Insel hat sich die Gesellschafterklage nicht im Personen-, sondern im Kapitalgesellschaftsrecht herausgebildet. Nach der berühmten Regel in *Foss v Harbottle* war zur Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen ursprünglich nur die *company* selbst befugt, ohne dass daneben ein Klagerecht ihrer Mitglieder bestand.¹⁴⁹ Hiervon machten die Gerichte allmäh-

144 Dazu CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, 9. Aufl., 2015, S. 95: „E benché la legge nulla dica per quanto riguarda i soggetti legittimati ad agire per la società [...]“; für eine Übersicht über den Meinungsstand auch CIERI, in: Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, 3. Aufl., 2015, Art. 2260, Anm. III Rdn. 6.

145 Vgl. etwa FERRARA/CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 15. Aufl., 2011, S. 226; FERRI, *Delle società*, *Commentario Scialoja-Branca*, 3. Aufl., 1981, Art. 2260, S. 178; GALGANNO, *Le società in genere. Le società di persone*, *Trattato Cicu/Messineo*, 3. Aufl., 2007, S. 269 ff; DI CHIO, *Giur. comm.*, 1981, II, 89 ff.

146 Vgl. Trib. Milano, 11.9.2003, *Giur. comm.* 2004, II, 434 mit Anm. MALIMPENSA; Trib. Napoli, 17.4.1998, *F. nap.* 1998, 367; Trib. Alba, 10.2.1995, *Società* 1995, 828.

147 Vgl. Cass., 9.6.1981, n. 3719, *Giur. comm.*, 1982, II, 15; Cass., 25.7.2007, n. 16416, *Società* 2009, 607; ferner Trib. Milano, 2.2.2006, *Giur. comm.*, 2007, II, 901 mit Anm. DUCCI.

148 Fn. 43.

149 *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461; dazu etwa GOWER/DAVIES/WORTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 10. Aufl., 2015, Rdn. 17-5: „The English common law has always been more impressed by the risk of derivative claims being motivated by personal objectives than by the risk that confining derivative claims would lead to less litigation than the company’s interests required. Accordingly, the common law, whose cumulative decisions in this area were referred to as ‘the rule in *Foss v Harbottle*’ permitted individual shareholder access to the courts on behalf of the company on only a very limited basis.“

lich einzelne Ausnahmen, insbesondere wenn sich Mehrheitsgesellschafter auf Kosten der Gesellschaft bereicherten (*fraud on the minority*) und mit ihrer Vormachtstellung eine Anspruchsverfolgung durch die *company* verhindern.¹⁵⁰ Sie vermochten aber keine vorhersehbare und ausgewogene Linie zu entwickeln, so dass sich der moderne Gesetzgeber auf Empfehlung der *Law Commission*¹⁵¹ dazu veranlasst sah, die sog. *derivative action* in ss 260-269 des *Companies Act 2006* zu kodifizieren.¹⁵²

Inwieweit sich diese Regeln auf *partnerships* übertragen lassen, ist ungeklärt. Anders als *companies* haben sie keine eigene Rechtspersönlichkeit.¹⁵³ Zudem scheuten die britischen Gerichte – ähnlich wie das klassische römische Recht – traditionell davor zurück, vor Auflösung der Personengesellschaft in deren Binnenverhältnisse einzugreifen.¹⁵⁴ Ganz in diesem Sinne hat eine neuere Monographie den Richterspruch in *Foss v Harbottle* auch damit erklärt, dass die betreffende *company* einer *partnership* sehr stark geähnelt habe und das Rechtsschutzbegehren des einzelnen Gesellschafters daher durch personengesellschaftsrechtliche Prinzipien überlagert gewesen sei.¹⁵⁵ Vor diesem Hintergrund wird eine Gesellschafterklage in der *partnership* bisher kaum diskutiert.¹⁵⁶ Immerhin hat eine kanadische Entscheidung von 1994 eine *derivative action* in einer *limited partnership* unter Berufung auf die *minority fraud*-Ausnahme zugelassen.¹⁵⁷ Ein aktuelles englisches Urteil zur *limited partnership* weist in dieselbe Richtung.¹⁵⁸ Ob sich dies auch für die gewöhnli-

150 Eingehend dazu MAYSON/FRENCH/Ryan, *Company Law*, 33. Aufl., 2016, Rdn. 18.4.2.2ff.

151 Vgl. LAW COMMISSION, *Shareholder Remedies Report*, Cm 3769, 1997, Rdn. 6.14: „[W]e recommend that there should be a new derivative procedure with more modern, flexible and accessible criteria for determining whether a shareholder can pursue action.“

152 Eindringlich etwa *Wallersteiner v Moir (No 2)* [1975] QB 373, 390 (*Lord Denning MR*); aus dem Schrifttum HANNIGAN, *Company Law*, 4. Aufl., 2016, Rdn. 20-8ff.

153 Vgl. s 4(1) *Partnership Act*.

154 Vgl. BANKS, *Lindley & Banks on Partnership*, 19. Aufl., 2010, Rdn. 23-16: „The courts of equity normally displayed a marked reluctance to interfere as between partners otherwise than with a view to dissolving the firm or, if it had already been dissolved, winding up its affairs.“

155 So REISBERG, *Derivative Actions and Corporate Governance*, 2007, S. 173: „[The judge] was relying on partnership principles, with their connotations of mutual trust and good faith between individual business people, and presupposing mechanisms of consultation, and genuinely universal and equal suffrage among members, as a justification to suppress individual members' wishes in favour of the will of the majority.“

156 Vorsichtig fragend MORSE, *Partnership and LLP Law*, 8. Aufl., 2015, Rdn. 3.20: „Could something similar be applied to partnerships, however [...]?“

157 Vgl. *Watson v Imperial Financial Services Ltd* (1994) 111 DLR (4th) 643.

158 Vgl. *Certain Limited Partners in Henderson PFI Secondary Fund II LLP v Henderson PFI Secondary Fund II LLP* [2013] Q.B. 934, 943: „It is common ground that

che *partnership* fruchtbar machen lässt, harrt noch einer endgültigen Entscheidung.¹⁵⁹

b) Vereinigte Staaten

Das funktionale Gegenstück des US-amerikanischen Rechts zur *actio pro socio* ist die *derivative action*. Sie wurde ursprünglich im Recht der *corporation* als Billigkeitsrechtsbehelf (*equitable right*) aus den Treuhänderpflichten der Geschäftsleiter entwickelt, um Kapitalgesellschafter und Gläubiger mittelbar über die Restitution des Gesellschaftsvermögens zu schützen und den Gesellschaftsschuldner vor Parallelprozessen zu bewahren.¹⁶⁰ Ihre Entwicklung im Personengesellschaftsrecht ist noch stark im Fluss.¹⁶¹ Der *Revised Uniform Partnership Act 2013* (RUPA) trifft bewusst (noch) keine Regelung zur *derivative action*¹⁶², weil sich das Fallrecht als widersprüchlich und verwirrend erweist.¹⁶³ Immerhin macht der offizielle Kommentar in Anlehnung an eine Leitentscheidung aus Texas¹⁶⁴ deutlich, dass ein Minderheitsgesellschafter in einer *partnership* eine Klagemöglichkeit haben müsse, wenn die Mehrheitsgesellschafter eine Anspruchsverfolgung aus unredlichen Motiven verweigern.¹⁶⁵ Diese Linie findet auch in der neueren Literatur Rück-

derivative claims are not limited to the corporate context. They can arise in other circumstances where the justice of the case demands it [...] There is however a need for 'special circumstances' to justify a derivative action. [...] It is agreed that there is no example in English law of a claimant limited partner seeking to pursue a derivative claim on behalf of a limited partnership, but the claimant submits that there is no reason in principle why such a claim should not be made provided that there are special circumstances [...].“

- 159 Zurückhaltend MORSE, aaO (Fn. 156), Rdn. 3.20: „The question is whether this reasoning and decision can be transplanted to an ordinary partnership.“
- 160 Ausführlich zur Entwicklung der *derivative action* im Recht der *corporation* und ihrer Übertragung auf das Recht der *partnership* zuletzt *George Wasserman & Janice Wasserman Goldsten Family LLC v. Kay*, 14 A.3d 1193, 1206 ff (2011).
- 161 So CALLISON/SULLIVAN, *Partnership Law and Practice*, 2016, § 14:09, S. 398: „General partnership derivative suits, in which the plaintiff partner is acting to enforce partnership claims against the wishes of partners who have decision-making authority, are in an early stage of development.“; für ihre Fortentwicklung bereits BROMBERG, 39 Sw. L.J. 1021 (1986).
- 162 Vgl. Comment to § 410(b) RUPA: „The statutory language does not contemplate derivative claims; thus, this act neither authorizes nor precludes such claims.“
- 163 In diesem Sinne Comment to § 410(b) RUPA: „[T]he cases are conflicting and somewhat confused.“
- 164 Vgl. *Cates v. International Tel. & Tel. Corp.*, 756 F.2d 1161 (5th Cir. 1985).
- 165 Vgl. Comment to § 410(b) RUPA: „Despite the conflict and confusion in the cases, one proposition does appear reasonably certain: A minority partner in a general partnership must have some right to sue 'where the controlling partners, for improper, ulterior

halt¹⁶⁶, die zugleich vorschlägt, sich hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen – insbesondere hinsichtlich des *demand*-Erfordernisses – an den Leitlinien für *corporations* zu orientieren.¹⁶⁷ Dogmatisch wird die *derivative action* nicht als materielles Recht des Gesellschafters verstanden, sondern als prozessualer Rechtsbehelf in Form eines abgeleiteten Klagerechts, das genau genommen zwei Begehren zusammenfasst: die Verpflichtung der Gesellschaft zur Geltendmachung eines Sozialanspruchs durch ihre Organe und die Geltendmachung ebendieses Anspruchs für die Gesellschaft.¹⁶⁸

Im Gegensatz zur *partnership* ist die *derivative action* für die *limited partnership* mit dem *Revised Uniform Limited Partnership Act 1976* (RULPA) (modell-)gesetzlich geregelt. Nachdem die Rechtsprechung ein abgeleitetes Klagerecht der beschränkt haftenden Personengesellschafter schon zuvor anerkannt und mit deren aktionärsähnlicher Stellung begründet hatte¹⁶⁹, regeln §§ 902-906 RULPA es nun detailliert und in enger Anlehnung an die prozessualen Anforderungen für die *derivative action* eines Aktionärs¹⁷⁰: Die Klage setzt zunächst voraus, dass die Gesellschaft zur Durchsetzung des Sozialanspruchs aufgefordert wurde (*demand*) oder eine solche Aufforderung aussichtslos (*futile*) ist.¹⁷¹ Sodann hängt der weitere Verlauf davon ab, ob ein *special litigation committee* der Gesellschaft beschließt, das Verfahren aufzunehmen.¹⁷²

4. Zwischenbefund

Wie der rechtsvergleichende Rundblick zeigt, hat sich das römische Erbe der *actio pro socio* im modernen Personengesellschaftsrecht nicht überall gleichermaßen und vollständig durchgesetzt. Ein *ius commune societatis* lässt sich daher für die Gesellschafterklage nur sehr bruchstückhaft nachweisen. Wo es an einer rechtshistorischen Rückbindung fehlt, sind in jüngerer Zeit aber

motives and not because of what they in good faith believe to be the best interest of the partnership, decline to sue on a valid, valuable partnership cause of action which it is advantageous to the partnership to pursue’.“

166 Vgl. HURT/SMITH/BROMBERG/RIBSTEIN, *On Partnership*, 2. Aufl., 2016, § 5.05[A], 5-34: „[T]here is a need – at least occasionally – for something like the derivative suit.“

167 Vgl. HURT/SMITH/BROMBERG/RIBSTEIN, aaO (Fn. 166), § 5.05[C], 5-36: „But the requirements are likely to include demand on the other partners to sue or a showing of the futility of demand.“

168 So ausdrücklich *George Wasserman & Janice Wasserman Goldsten Family LLC v. Kay*, 14 A.3d 1193, 1207 (2011).

169 Vgl. *Klebanow v. New York Produce Exch.*, 344 F.2d 294, 297 (2d Cir. 1965).

170 Näher HURT/SMITH/BROMBERG/RIBSTEIN, aaO (Fn. 166), § 12.05[B], 12-43 ff.

171 Vgl. § 902 RULPA.

172 Vgl. § 905(b) RULPA.

mancherorts Gesetzgeber (Frankreich) oder Gerichte (Vereinigte Staaten) in die Bresche gesprungen, um einzelnen Personengeschaftern einen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen. Fast überall betont man heute die minderheitsschützende Dimension einer Geschafterklage. Ihre dogmatische Fundierung und ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen variieren, auch wenn sich in verschiedener Hinsicht konvergierende Entwicklungslinien abzeichnen.

Ein Binnenvergleich der deutschsprachigen Rechtsordnungen zeigt, dass zivilprozessuale Unterschiede in der Zulässigkeit der gewillkürten Prozesstandschaft auf die theoretische Einordnung der *actio pro socio* durchschlagen. Zudem macht sich bei dem Verhältnis von *actio pro socio* und Geschafterklage bemerkbar, dass der GesbR in Österreich und der einfachen Gesellschaft in der Schweiz nach wie vor die Rechtsfähigkeit fehlt, welche der Außen-GbR hierzulande seit dem *ARGE-Weiβes-Ross*-Urteil des BGH¹⁷³ zuerkannt wird.

Anders als in Deutschland bildet in Frankreich nicht das Personengesellschaftsrecht den Katalysator für die Geschafterklage in den Kapitalgesellschaften, sondern die Entwicklung verlief genau umgekehrt. Auch in den angelsächsischen Systemen gehen wesentliche Impulse zur Herausbildung einer *derivative action* im Personengesellschaftsrecht gegenwärtig vom *company* und *corporation law* aus. Unverkennbar ist sowohl in Frankreich wie in den Vereinigten Staaten ein fester Wille zur Institutionenbildung, der die derivative Geschafterklage rechtsformübergreifend als eine allgemeine Figur des Verbandsrechts begreift. Einen nachdrücklichen Aufruf in diese Richtung enthalten schließlich auch die Gesetzesmaterialien zur jüngsten GesbR-Reform in Österreich.¹⁷⁴

V. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Gesamtwürdigung

Nach Entfaltung des rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Panoramas der Geschafterklage wandert der Blick wieder zurück zur *actio pro socio* im deutschen Recht und ihren verschiedenen Problemzonen. Welche Lösungen verdienen *de lege lata* den Vorzug, welche Änderungen empfehlen sich *de lege ferenda*?

173 BGHZ 146, 341.

174 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25 GP 14: „Die Bestimmung kann zugleich als Grundlage für eine weitere Institutionenbildung durch Rechtsprechung und Lehre dienen.“

1. Dogmatische Einordnung

Rechtsdogmatisch legen die historische Tradition, der Wortlaut des § 705 BGB und die Gesetzesmaterialien auf den ersten Blick eine Herleitung der *actio pro socio* aus dem Gesellschaftsvertrag nahe. Schlüssig ist dies bei näherer Prüfung aber nur für die rein schuldrechtliche GbR nach dem Vorbild der römisch-gemeinrechtlichen *societas*, wie sie den Mitgliedern der Ersten BGB-Kommission vor Augen stand.¹⁷⁵ Für sie trifft die schon zitierte Stelle aus den Motiven, dass „jeder Gesellschafter sich jedem Mitkontrahenten [obligiert] und sich andererseits jedem Mitkontrahenten verbindlich [macht]“¹⁷⁶, nach wie vor das Richtige.¹⁷⁷ Schon mit Einführung des Gesamthandsprinzips durch die Zweite Kommission hat sich die Ausgangslage jedoch wesentlich verändert, weil Sozialansprüche gegen Gesellschafter zum Gesamthandsvermögen gehören (§ 718 BGB)¹⁷⁸, ohne dass der historische Gesetzgeber dies für die organisierte Personengesellschaft hinreichend bedacht hätte.¹⁷⁹ Daneben noch eigene Ansprüche jedes Gesellschafters gegen seine Mitgesellschafter zu konstruieren, führt zu einer unzumutbaren Anspruchsvervielfältigung¹⁸⁰, die bei Publikumpersonengesellschaften vollends unpraktikabel wird.¹⁸¹ Konzeptionell hat das hergebrachte Denkmodell einer kumulierten Rechtsinhaberschaft des einzelnen Gesellschafters und der Gesamthand schließlich in dem Maße an Überzeugungskraft verloren, in dem die Verselbständigung der Personengesellschaft in den letzten Jahrzehnten vorangeschritten ist und mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR im Jahre 2002 ihren vorläufigen Endpunkt erreicht hat.¹⁸²

175 Vgl. MUGDAN, aaO (Fn. 50), S. 330: „Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten. [...] Im Verkehr mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu.“

176 MUGDAN, aaO (Fn. 50), S. 332.

177 Gleichsinnig SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 208; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 633; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 283; WINDBICHLER, aaO (Fn. 76), § 7 Rdn. 6.

178 Vgl. KONZEN, FS Hommelhoff, S. 565, 578; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 282.

179 Dazu etwa BARNERT, aaO (Fn. 1), S. 61: „Versäumt wurde allerdings, die Vorschriften des ersten Entwurfs vollständig mit dem Gesamthandsprinzip zu harmonisieren.“; eingehend HAUSER, Unbestimmte „Maßstäbe“ als Begründungselement richterlicher Entscheidungen, 1981, S. 166 ff; SCHANBACHER, AG 1999, 21, 26 f.

180 Vgl. MOCK, JuS 2015, 591, 592; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 282.

181 Plastisch GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 209, 210: „Besonders deutlich wird dies bei Gesellschaften mit großer Mitgliederzahl. Würden sich z.B. 100 Gesellschafter wechselseitig ihre Beiträge schulden, wären das 9900 Ansprüche – ohne die Ansprüche der Gesellschaft.“

182 Vgl. GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 209, 210; KONZEN, FS Hommelhoff, S. 565, 578; kritisch aber KREUTZ, FS Hadding, 2004, S. 513, 526.

Mit der modernen Gesamthandslehre verträgt sich daher heute nur eine Deutung der *actio pro socio* als Anwendungsfall der Prozessstandschaft. Sie findet zudem eine systematische Stütze in der durch das UMAG von 2005¹⁸³ neu eingeführten Aktionärsklage gemäß § 148 AktG, die ausweislich der Regierungrbegündung eine gesetzlich geregelte Sonderform der *actio pro socio* darstellt und dem klagenden Aktionär gerade kein eigenes materielles Recht gewährt, sondern nur eine Rechtsverfolgung in Prozessstandschaft erlaubt.¹⁸⁴ Dass sich diese legislatorische Festlegung auch für das Personengesellschaftsrecht fruchtbar machen lässt, entspricht einer wohlverstandenen Institutionenbildung im Recht der Gesellschafterklage.¹⁸⁵ Sie liegt überdies in der internationalen Fließrichtung des Personengesellschaftsrechts, wie die französische *action sociale ut singuli* und die angelsächsische *derivative action* zeigen. Die vom RULPA-Modellgesetzgeber aufgegriffene Erkenntnis einer US-amerikanischen Leitentscheidung: „the position of a limited partner is analogous to a corporate shareholder“¹⁸⁶, leuchtet für Anlegerkommanditisten einer deutschen Publikums-KG gleichermaßen ein. Begrifflich ist es vor diesem Hintergrund erwägenswert, auch hierzulande von einer derivativen oder abgeleiteten Gesellschafterklage zu sprechen.¹⁸⁷

Allfällige Einwände gegen die Einordnung als Prozessstandschaft aus zivilprozessualer Sicht¹⁸⁸ sind nicht stichhaltig und stoßen im prozessrechtlichen Schrifttum auch ganz überwiegend auf Ablehnung.¹⁸⁹ Sofern vorgebracht wird, dass die Personengesellschaft nach Rechtshängigkeit der Gesellschafter-

183 BGBl. I, 2802; dazu FLEISCHER, NJW 2005, 3525.

184 Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 15/5092, S. 23: „Das Gesetz räumt den im Zulassungsverfahren erfolgreichen Aktionären damit das zeitlich begrenzte Recht ein, den Anspruch der Gesellschaft im Wege gesetzlicher Prozessstandschaft in eigenem Namen geltend zu machen (actio pro socio).“

185 Überzeugend VERSE, FS U. H. Schneider, S. 1325, 1330 ff; zustimmend BAYER, GmbHR 2016, 505, 510: „[...] methodisch naheliegend, auf die einzige gesetzlich geregelte Sonderform der actio pro socio, nämlich § 148 AktG, zurückzugreifen und die Regelungen dieser [...] Vorschrift auch auf die actio pro socio im Personengesellschafts- und GmbH-Recht entsprechend anzuwenden.“; s. auch FLEISCHER/HEINRICH/PENDL, NZG 2016, 1001, 1006; KONZEN, FS Hommelhoff, S. 565, 580.

186 *Klebanow v. New York Produce Exch.*, 344 F.2d 294, 297 (2d Cir. 1965).

187 So die vorgeschlagene Präzisierung der Begrifflichkeit bei VERSE, FS U. H. Schneider, S. 1325 mit Fn. 1.

188 Dazu vor allem ALTMPEPPEN, FS Musielak, S. 1, 11 ff.

189 Für eine Einordnung der *actio pro socio* als gesetzliche Prozessstandschaft etwa ALBERS/HARTMANN, in: Baumbach/Lauterbach, Komm. z. ZPO, Bd. 1, 74. Aufl., 2016, vor § 50 Rdn. 37; HÜBSCH, in: BeckOK ZPO, 38. Ed. 2016, § 51 Rdn. 43; LINDACHER, Münchener Komm. z. ZPO, 5. Aufl., 2016, vor § 50 Rdn. 50; WETH, in: Musielak/Voit, Komm. z. ZPO, 14. Aufl., 2017, § 51 Rdn. 22; BENDTSEN, NomosKomm. z. ZPO, 7. Aufl., 2017, § 51 Rdn. 16; ZÖLLER/VOLTKOMMER, Komm. z. ZPO, 31. Aufl., 2016, vor § 50 Rdn. 23.

klage wegen § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO selbst nicht mehr klagen könne, ist dem entgegenzuhalten, dass der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit hier entsprechend § 148 Abs. 3 AktG gerade nicht durchgreift.¹⁹⁰ Vielmehr ist die Gesellschaft jederzeit berechtigt, ihren Sozialanspruch selbst gerichtlich geltend zu machen; mit Klageerhebung durch die Gesellschaft wird eine anhängige *actio pro socio* über diesen Sozialanspruch unzulässig. Der bisherige Kläger ist beizuladen. Auch das zweite Argument, dass die Abweisung der Gesellschaftsklage bei Annahme einer Prozessstandschaft Rechtskraft gegen die Gesellschaft entfalte, taugt bei Lichte besehen nicht als *argumentum ad horrendum*.¹⁹¹ Eine solche Rechtskrafterstreckung entspricht der Regelung des § 148 Abs. 5 Satz 1 AktG und ist durchaus sachgerecht, weil die Gesellschaft den betreffenden Anspruch trotz Aufforderung¹⁹² nicht geltend gemacht hat und im Prozess als Beigeladene (§ 148 Abs. 2 Satz 9 AktG analog) die Möglichkeit einer streitgenössischen Nebenintervention besitzt.¹⁹³

Methodisch sprechen überwiegende Gründe gegen eine gewillkürte und für eine *gesetzliche* Prozessstandschaft. Die Ermächtigung für eine prozessuale Rechtsverfolgung als Verkehrssitte i.S.d. § 157 BGB anzusehen und sie im Wege ergänzender Vertragsauslegung in alle Gesellschaftsverträge hineinzulesen¹⁹⁴, hat stark fiktiven Charakter¹⁹⁵ und überzeugt auch deshalb nicht, weil sie nicht zu erklären vermag, warum die *actio pro socio* im Kern unentziehbar ist.¹⁹⁶ Beide Begründungsschwächen entfallen, wenn man die *actio pro socio* stattdessen als einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft kraft Richter- oder Gewohnheitsrecht begreift. Der Einwand, dass ein Gutteil ihrer Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen nach wie vor umstritten seien und die Voraussetzungen einer gewohnheitsrechtlichen Verfestigung daher nicht vorlägen¹⁹⁷, greift zu kurz: Er übersieht, dass das Institut der Gesellschaftsklage als solches seit langem anerkannt ist und „eines der im deutschen Recht raren

190 Wie hier BAYER, GmbHR 2016, 505, 510; VERSE, FS U. H. Schneider, S. 1325, 1332.

191 So aber ALTMIPPEN, FS Musielak, S. 1, 12: „geradezu verheerend“.

192 Dazu sogleich unter V. 2.

193 Wie hier BAYER, GmbHR 2016, 505, 510; VERSE, FS U. H. Schneider, S. 1325, 1332f; mit anderer Begründung auch SCHWAB, aaO (Fn. 1), S. 124ff.

194 So HASSOLD, JuS 1980, 32, 34.

195 Treffend BARNERT, aaO (Fn. 1), S. 41: „Die ergänzende Vertragsauslegung in dem Sinn, die Gesellschafter hätten sich vorsorglich und wechselseitig für den Fall eigenen gesellschaftswidrigen Verhaltens zu notfalls gerichtlicher Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen ermächtigt, trägt retrospektiv in den Vertrag einen von den Gesellschaftern bei Vertragsschluss nicht andeutungsweise gewollten Regelungsgehalt hinein.“; ähnlich WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 282.

196 Vgl. HÖFER, JuS 1992, 388, 390f; SCHWAB, aaO (Fn. 1), S. 118; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 282; zum zwingenden Charakter noch unter V. 4.

197 In diesem Sinne ALTMIPPEN, FS Musielak, S. 1, 10f; BORK/OEPEN, ZGR 2001, 515, 526; kritisch auch BARNERT, aaO (Fn. 1), S. 94.

Beispiele [bildet], in denen stetige Rechtsprechung und zustimmende Rechtslehre zu einem Rechtsbewußtsein gesetzgleicher Verbindlichkeit geführt haben¹⁹⁸. Wem der Begriff Gewohnheitsrecht rechtstheoretisches Unbehagen bereitet¹⁹⁹, der mag von offener Rechtsfortbildung oder gewohnheitsrechtlich verfestigtem Juristenrecht im Sinne des römischen „hoc iure utimur“²⁰⁰ sprechen. Unterstützend kann man auf die Einordnung des § 148 AktG als Anwendungsfall „gesetzlicher Prozessstandschaft“²⁰¹ in den Materialien zum UMAG verweisen.

2. Primärer Rechtsbehelf des Einzelgesellschafters oder subsidiäres Hilfsrecht?

In folgerichtiger Fortentwicklung der gerade erläuterten Grundkonzeption ist die *actio pro socio* nicht als primärer Rechtsbehelf, sondern als subsidiäres Hilfsrecht des Einzelgesellschafters anzusehen. Nur so lässt sich ein Konflikt mit der gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Kompetenzordnung in der organisierten Personengesellschaft vermeiden, nach der die Verfolgung von Sozialansprüchen zuvörderst in den Händen des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans liegt.²⁰² Bestätigt wird dies durch einen Seitenblick auf den „subsidiären Charakter des Verfolgungsrechts der [Aktionärs-]Minderheit“²⁰³, wie er in § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG zum Ausdruck kommt.²⁰⁴ In die

198 WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 281.

199 Zurückhaltend im Hinblick auf den Gewohnheitsrechtscharakter von Richterrecht etwa KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 2016, S. 232; LANGENBUCHER, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 115; für eine andere Akzentuierung aber KREBS/BECKER, JuS 2013, 97, wonach Richterrecht Gewohnheitsrecht erzeugen kann, wenn einzelne Präjudizien über eine ständige Rechtsprechung Eingang in das allgemeine Rechtsdenken finden und dort über eine längere Dauer gesetzgleich beachtet und anerkannt werden.

200 Näher FLUME, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, 1975, S. 40: „Sind einmal für die privatautonome Rechtsgestaltung solche Rechtsfiguren durch das Juristenrecht anerkannt, wozu vor allem die Anerkennung in fester Rechtsprechung gehört, so ist dieses Juristenrecht hinsichtlich der Anwendung seitens der Rechtsgenossen anders als das sonstige Juristenrecht der Disposition der Juristen grundsätzlich entzogen. [...] Zwar bleibt die Rechtsprechung zuständig für die Lösung einzelner Rechtsfragen betreffs der vom Rechtsverkehr übernommenen Rechtsfiguren, nicht anders als dies für die Anwendung von Gesetzen gilt. Der Richter kann aber nicht die einmal mit Billigung durch das Juristenrecht und insbesondere durch die Rechtsprechung begründete Übung des Rechtsverkehrs grundsätzlich verwerfen.“

201 Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 23.

202 Vgl. HAAS, aaO (Fn. 64), § 105 HGB Rdn. 80; SOERGEL/HADDING/KIEßLING, aaO (Fn. 61), § 705 BGB Rdn. 50.

203 Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 21.

204 Dazu mit Blick auf das Personengesellschaftsrecht auch KONZEN, FS Hommelhoff, S. 565, 580; VERSE, FS U. H. Schneider, S. 1325, 1332.

gleiche Richtung weisen die rechtsvergleichenden Befunde zum französischen und US-amerikanischen Personengesellschaftsrecht.

Soll die Kontrollfunktion der *actio pro socio* nicht leerlaufen, darf man die konkreten Anforderungen an den Sachvortrag klagewilliger Einzelgesellschafter allerdings nicht überspannen. Diese müssen in Anlehnung an § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG und das US-amerikanische *demand*-Erfordernis²⁰⁵ nur nachweisen, dass sie die primär zuständigen Gesellschaftsorgane unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben²⁰⁶ – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Dann ist es Sache des Anspruchsgegners darzulegen, warum einer Anspruchsverfolgung ausnahmsweise²⁰⁷ analog § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.²⁰⁸ Einen zusätzlichen Schutz gegen querulatorische Klagen bildet das Prozesskostenrisiko, das der klagende Personengesellschafter selbst zu tragen hat.

Ist ein besonderer Vertreter bestellt, wird eine Gesellschafterklage *sub specie* Subsidiarität allerdings unzulässig, wenn und soweit sein Wirken eine unvoringenommene Durchsetzung des Sozialanspruchs erwarten lässt.²⁰⁹ Von vornherein kein Subsidiaritätsvorbehalt besteht dagegen bei einer rein schuldrechtlichen Innen-GbR, da bei ihr kein Konflikt mit der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung droht.

205 Vgl. § 902 RULPA: „A partner may maintain a derivative action to enforce a right of a limited partnership if: (1) the partner first makes demand on the general partners, requesting that they cause the limited partnership to bring an action to enforce the right, and the general partners do not bring the action within a reasonable time; or (2) a demand would be futile.“

206 Vgl. GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 209, 212; KONZEN, FS Hommelhoff, S. 565, 580; VERSE, FS U.H. Schneider, S. 1325, 1336; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 284.

207 Dazu auch BORK/OEPEN, ZGR 2001, 515, 533 mit Fn. 84: „Diese Voraussetzungen dürfen freilich nicht vorschnell bejaht werden.“; ähnlich VERSE, FS U. H. Schneider, S. 1325, 1337f mit Fn. 66 unter Hinweis darauf, dass die Verfolgung eines bestehenden Anspruchs im Regelfall dem Gesellschaftsinteresse entspricht.

208 Überzeugend VERSE, FS U. H. Schneider, S. 1325, 1337f; s. auch SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 211; SCHWAB, aaO (Fn. 1), S. 80f.

209 Vgl. LG Karlsruhe NZG 2001, 169, 170; GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 209, 218; DIES., aaO (Fn. 93), S. 167, 173f; KONZEN, FS Hommelhoff, S. 565, 580; s. auch K. SCHMIDT, aaO (Fn. 61), § 105 HGB Rdn. 199; kritisch SCHÄFER, aaO (Fn. 7), § 705 BGB Rdn. 211.

3. Einzelklageansprüche nur für Sozialansprüche oder auch für Drittansprüche?

Die Vielfalt der von der *actio pro socio* erfassten Sozialansprüche spiegelt sich schon in dem römischen Fallmaterial wider.²¹⁰ Rechtliche Zweifelsfragen sind insoweit bis heute kaum aufgetreten. Undurchsichtig ist allein, ob der kollektive Informationsanspruch vom Einzelgesellschafter im Wege der *actio pro socio* geltend gemacht werden kann²¹¹; doch muss dies anderwärts vertieft werden. Hier gilt es nur zur klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen aus Drittverhältnissen Stellung zu nehmen. Überwiegende Gründe sprechen gegen eine Erstreckung der *actio pro socio* auf solche Drittansprüche. Vielmehr verdient die Vertretungsordnung der Gesellschaft hier grundsätzlich Vorrang vor Gesichtspunkten des Minderheitenschutzes, zumal einzelnen Gesellschaftern die Möglichkeit verbleibt, im Wege der *actio pro socio* gegen pflichtvergessene Gesellschafter-Geschäftsführer vorzugehen. Ebenso werten in seltener Einmütigkeit die ausländischen Rechtsordnungen: Wie dargelegt, haben das schweizerische Bundesgericht, der österreichische OGH und der französische Kassationshof eine Gesellschafterklage in solchen Fällen allesamt abgelehnt. Für diesen Standpunkt streiten überdies die Belange des Gesellschaftsschuldners, dem Ungewissheiten über die Zuständigkeit für die Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen in aller Regel nicht zugemutet werden können.²¹² Diskutabel ist eine Ausnahme allenfalls für den Fall der Kollusion zwischen den Mitgesellschaftern und dem beklagten Dritten.²¹³

4. Abdingbares oder zwingendes Mitgliedschaftsrecht?

Die Abdingbarkeit der Gesellschafterklage lässt sich nicht mit einem lapidaren Hinweis auf die Gestaltungsfreiheit im Binnenrecht der Personengesellschaften begründen. Vielmehr bestehen auch insoweit gewisse Dispositionsgrenzen. Dies hat der rechtsvergleichende Rundblick eindrucksvoll bestätigt: Art. 1843-5 Cc verbietet, dass der Gesellschaftsvertrag die *action sociale ut singuli* abdingt oder von der Zustimmung der Gesellschafterversammlung abhängig macht; § 1198 Satz 2 ABGB erklärt abweichende Vereinbarungen kurzerhand für unwirksam und lässt damit größere Strenge walten als die bisher herrschende Lehre in Österreich, die einen Ausschluss der *actio pro socio* in Anlehnung an § 118 Abs. 2 UGB nur bei Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung

210 Vgl. den Text zu Fn. 12.

211 Ablehnend BGH NJW 1992, 1890, 1892; nur referierend K. SCHMIDT, aaO (Fn. 61), § 105 HGB Rdn. 200; kritisch WIEDEMANN/HERMANN, JZ 1993, 48, 50.

212 So auch K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), S. 644; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 III 6 a, S. 285.

213 Für die Anerkennung einer Einzelklagebefugnis in diesem Fall etwa WETH, aaO (Fn. 189), § 51 ZPO Rdn. 22; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 3 II 6 a, S. 285 f.

beanstandete. Auch hierzulande ist anerkannt, dass es einen Kernbestand von Mitgliedschaftsrechten gibt, auf die ein Personengesellschafter nicht vorab verzichten kann.²¹⁴ Die aktuelle Diskussion kreist vor allem um die unzulässige Pauschalabbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht.²¹⁵ Nicht von vornherein ausgeschlossen sind hingegen flankierende Verfahrensregeln für die Wahrnehmung individual- oder minderheitsschützender Mitgliedschaftsrechte. Dies gilt auch für die Gesellschafterklage.²¹⁶ Bei ihr gehört es nach zutreffender Ansicht schon zu den ungeschriebenen Zulässigkeitsvoraussetzungen, dass der klagewillige Gesellschafter die Gesellschaft zuvor vergeblich zur Anspruchsverfolgung aufgefordert hat.²¹⁷ Ebenso kann man vereinbaren, dass die Geltendmachung des Sozialanspruchs durch einen besonderen Vertreter Vorrang vor einer *actio pro socio* hat.²¹⁸ Umgekehrt ginge es zu weit, die Gesellschafterklage statutarisch an einen zustimmenden Mehrheitsbeschluss zu knüpfen, weil der Minderheitenschutz sonst leerliefe.²¹⁹ Außerdem kann ein Personengesellschafter nicht auf sein Einzelklagerecht für Fälle verzichten, in denen der Verdacht einer nicht ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder eines Fehlverhaltens von Mitgesellschaftern besteht.²²⁰ Ob im Hinblick auf den Kontrollcharakter der *actio pro socio* ein noch weiter gehender Vorfeldschutz geboten ist, bedarf weiteren Nachdenkens.

5. Kodifikation der *actio pro socio*

De lege ferenda stellt sich schließlich die Frage, ob die *actio pro socio* im Personengesellschaftsrecht kodifiziert werden soll. Hiervon hat eine Literaturstimme kürzlich abgeraten²²¹ – indes zu Unrecht.²²² An der Kodifikationsreife

214 Vgl. etwa die Liste von WERTENBRUCH, DB 2014, 2875, 2879 f.

215 Näher dazu FLEISCHER/HARZMEIER, NZG 2015, 1289 mit weiteren, auch rechtsvergleichenden Nachweisen.

216 Wie hier K. SCHMIDT, aaO (Fn. 61), § 105 HGB Rdn. 199: „Zulässig sind gesellschaftsrechtliche Organisationsregelungen, die ein Eingreifen der *actio pro socio* dadurch verhindern sollen, dass diese durch andere Mechanismen ersetzt und die Gesellschafterklage überflüssig wird [...]“

217 Vgl. oben V. 2.

218 Auch hierzu bereits unter V. 2.

219 Vgl. dazu auch BGHZ 108, 21, 27, wo der Senat zur Unabdingbarkeit des Stimmverbots nach § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ausführte: „Ein Gesellschafter kann bei der Entscheidung darüber, ob gegen ihn Schadensersatzansprüche erhoben werden sollen, die Interessen der Gesellschaft nicht objektiv wahrnehmen. Eine Satzungsregelung, mit der sich die anderen Gesellschafter insoweit in die Hand dessen begeben, der die Gesellschaft möglicherweise geschädigt hat, verstößt gegen § 138 BGB.“

220 Vgl. WERTENBRUCH, DB 2014, 2875, 2880.

221 Vgl. SCHÄFER, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag 2014, E 41 ff.

222 Kritisch dazu bereits FLEISCHER/HEINRICH/PENDL, NZG 2016, 1001, 1006.

der Materie sollte beim gegenwärtigen Diskussionsstand keine Zweifel bestehen: Alle wesentlichen Argumente zu den Grundlagen und Zulässigkeitsvoraussetzungen der *actio pro socio* im Personengesellschaftsrecht sind ausgetauscht; in vielen Punkten hat sich eine herrschende Meinung herausgebildet. Der Gesetzgeber sollte für weitere Klarheit sorgen und verbliebene Streitfragen autoritativ entscheiden.²²³ Hierbei könnte er auch an eigene Vorarbeiten bei der Kodifikation der Aktionärsklage in § 148 AktG anknüpfen.

Dass eine gesetzliche Festschreibung der Gesellschafterklage möglich ist, hat die komparative Umschau nachdrücklich gezeigt: Beginnend mit §§ 902-206 des US-amerikanischen RULPA von 1976 über Art. 1843-5 des französischen *Code civil* im Jahre 1988 bis hin zu § 1188 ABGB von 2015 haben ausländische Rechtsordnungen entsprechende Regelungen mit unterschiedlichem Zuschnitt in ihre (Modell-)Gesetze aufgenommen. Weitere Beispiele finden sich in Schweden²²⁴ und Russland²²⁵. Vor diesem Hintergrund sollte es auch in Deutschland gelingen, eine passgenaue Gesetzesregelung der *actio pro socio* zu formulieren. Ihre Verankerung im geschriebenen Recht würde nicht nur die Anschaulichkeit und Bewusstseinsbildung innerhalb der Rechtsgemeinschaft fördern, sondern entspräche auch ihrer Bedeutung als „Magna Charta des Minderheitenschutzes“²²⁶ im Personengesellschaftsrecht.

VI. Schluss

Wer die größeren Trajektorien des Personengesellschaftsrechts im In- und Ausland anhand einer einzelnen Rechtsfigur verfolgen möchte, dem bieten die Entwicklungsverläufe der *actio pro socio* reiches Anschauungsmaterial. Im Zeitraffer begegnen wir hier zunächst der instabilen Innengesellschaft des klassischen römischen Rechts, die eine *actio pro socio* nur als umfassende

223 Vgl. FLEISCHER/HEINRICH/PENDL, NZG 2016, 1001, 1006; s. auch GRUNEWALD, aaO (Fn. 1), S. 240 nach dem Diskussionsbericht von MANN.

224 Vgl. Kap. 2 § 15 Abs. 1 HBL, wonach eine Schadensersatzklage zugunsten der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter wegen einer Handlung oder eines Beschlusses, wenn ein Gesellschafter im eigenen Namen klagt, spätestens ein Jahr nach Zugänglichmachung der Jahresrechnungslegung für den klagenden Gesellschafter erhoben werden muss. Dazu etwa JOHANSSON, *Svensk associationsrätt i huvuddrag*, 11. Aufl., 2014, S. 73. Streitig ist, ob die Vorschrift in der einfachen Gesellschaft analog angewendet werden kann.

225 Vgl. Art. 65.2 Ziff. 1 ZGB, wonach jeder oHG- und KG-Gesellschafter durch Verweis auf das Recht der Stellvertretung (Art. 182 Ziff. 2 ZGB) Schadensersatzansprüche gegen vertretungsberechtigte Gesellschafter sowie gegen solche Personen verfolgen kann, die faktischen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben.

226 Fn. 2.

Abrechnungs- und Liquidationsklage kennt – gestützt auf einem Grundsatz der Nichteinmischung in innergesellschaftliche Angelegenheiten, wie er bis in das 19. Jahrhundert hinein auch im anglo-amerikanischen *partnership law* vorherrscht. Im nachklassischen und gemeinen Recht gewinnt die *societas* allmählich an Beständigkeit, indem man ihren Mitgliedern auch eine Gesellschafterklage *manente societate* gestattet und damit den Binnenrechtsschutz erheblich verbessert. Mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs beginnt eine lange Phase konzeptioneller Ungewissheit, weil es der Gesetzgeber versäumt hat, die römisch-gemeinrechtliche *societas* des ersten Entwurfs mit dem deutschrechtlichen Gesamthandsprinzip des zweiten Entwurfs zu harmonisieren. Diese Unklarheiten wirken sich namentlich auf die dogmatische Deutung der *actio pro socio* aus, die zwischen Forderungskumulation von Gesellschafter und Gesamthand (Geltendmachung eigener Gesellschafterrechte) und abgeleiteter Gesellschafterklage (Anwendungsfall der Prozessstandschaft) schwankt. In den letzten Jahrzehnten hat sich mit der schrittweisen Verselbstständigung der Personen(außen)gesellschaft die Prozessstandschaftslösung durchgesetzt und der Topos des Minderheitenschutzes größere Aufmerksamkeit erfahren. Gegenwärtig lässt sich organisationsrechtlich eine weitere Annäherung von Personen- und Kapitalgesellschaften beobachten, die auch die Institutionenbildung bei der Gesellschafterklage beflügelt: In Österreich gehen die maßgeblichen Impulse von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus, in Frankreich (*action sociale ut singuli*) und den Vereinigten Staaten (*derivative action*) genau umgekehrt von der Aktiengesellschaft. Hierzulande sollte die Entwicklung ebenfalls dahin gehen, die abgeleitete Gesellschafterklage zu einer allgemeinen Figur des Verbandsrechts auszubauen.