

# Lösungshinweise zum Fall

## Die Familien-Gesellschaft

### I. Vorbemerkung

Der Mandant und seine Familienmitglieder sind Gesellschafter einer im Jahr 1924 gegründeten Familien-AG. Die etwa 50 Familienangehörigen halten zusammen 56 % der Aktien. Um den Charakter der AG als Familiengesellschaft zu erhalten, soll zwischen den Familienmitgliedern ein Konsortialvertrag geschlossen werden. Hierdurch soll der mehrheitliche Stimmeneinfluss der Familie gewahrt bleiben. Welche rechtlichen Gestaltungen im Einzelnen möglich sind, ist Gegenstand dieses Vermerks.<sup>1</sup>

### II. Das Familienkonsortium als Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Schließen sich Gesellschafter einer Kapital- oder Personengesellschaft vertraglich zu dem gemeinsamen Zweck zusammen, durch die gemeinschaftliche Ausübung ihrer Gesellschafterrechte ihren Einfluss auf die Gesellschaft zu sichern und zu verstärken, so wird dadurch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet (nachfolgend auch BGB-Gesellschaft oder GbR genannt). Solche Zusammenschlüsse sind weit verbreitet und werden auch als Schutzgemeinschaft, Stimmrechtspool oder als Konsortium bezeichnet.<sup>2</sup> Es gibt dann zwei Gesellschaften, nämlich (1) die vorbestehende Gesellschaft, deren Zweck meistens im Betrieb eines Unternehmens liegt (auch Beteiligungsgesellschaft oder Beteiligungsunternehmen genannt), und (2) daneben noch eine weitere Gesellschaft als gesonderten Zusammenschluss einzelner (oder manchmal auch aller) Gesellschafter der zuerst genannten Gesellschaft. (Die Begriffsgruppen „Gesellschaft/Gesellschafter“ und „Konsortium/Konsorte/Konsortialmitglied“ werden im Folgenden synonym verwendet.)

Ein Konsortium kann zwei verschiedene Grundmuster haben. (1) Die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft und damit die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte in dieser Gesellschaft können in den Händen der individuellen Gesellschafter verbleiben. Diese schließen sich lediglich schuldrechtlich zusammen, um ihr Verhalten zu koordinieren. Dann bilden die Mitglieder des Konsortiums eine BGB-Innengesellschaft (näher unter III.). Man kann aber stattdessen auch (2) das Konsortium als rechtsfähige Außen-GbR ausgestalten und die Anteile an der Beteiligungsgesellschaft gegenständlich-dinglich auf das Konsortium übertragen, so dass dieses selbst Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft wird (hierzu unter IV.).

---

<sup>1</sup> Das ist nur zur Erinnerung wiederholt und braucht in einer Klausur nicht geschrieben zu werden.

<sup>2</sup> *Schücking*, in MünchHdb GesR Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 88.

### **III. Ausgestaltung des Konsortiums als Innengesellschaft**

#### **1. Grundmuster sowie Vor- und Nachteile**

Werden die Aktien nicht in die BGB-Gesellschaft der Aktionäre als Gesellschaftsvermögen eingebracht, so wird diese Gesellschaft nicht Aktionärin und kann folglich die Aktionärsrechte nicht im eigenen Namen ausüben. Die Aktien bleiben vielmehr in den Händen der einzelnen Aktionäre, die ihre Rechte gegenüber der AG selbst ausüben. Bei der Aktionärsvereinigung handelt es sich um eine Innengesellschaft, die sich in schuldrechtlichen Bindungen zwischen den handelnden Aktionären erschöpft (Innenkonsortium). Das hat den großen Vorteil, dass die einzelnen Aktionäre ihre Aktien nicht aus der Hand geben müssen und weiterhin Herren ihres Anteilsvermögens bleiben. Außerdem stellt sich das Problem einer Haftung der Konsorten für Verbindlichkeiten des Konsortiums nicht, denn da dieses nicht rechtsfähig ist, kann es auch keine Verbindlichkeiten haben.

Auf der anderen Seite hat eine Innengesellschaft den Nachteil, dass man auf diese Weise nicht mit gegenständlich-dinglicher Wirkung und verfügender Kraft verhindern kann, dass sich einzelne Beteiligte nach außen hin gegenüber der Aktiengesellschaft abweichend verhalten und so die Konsortialbindung unterlaufen. Denn der Gesellschaftsvertrag, der Konsortialvertrag, begründet nur schuldrechtliche Pflichten, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten. Man könnte zwar daran denken, Vertragsstrafen zu vereinbaren, um die Mitglieder stärker zu disziplinieren. Aber auch das wirkt nur schuldrechtlich, und es fragt sich, ob die Familienmitglieder so etwas wollen.

#### **2. Willensbildung und Geschäftsführung**

Obwohl der Gesellschaftsvertrag nicht jedes Detail regeln kann, sollten jedenfalls zu Fragen der Geschäftsführung Bestimmungen getroffen werden. Nach dem gesetzlichen Leitbild des § 709 Abs. 1 BGB steht in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Führung der Geschäfte den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist Einstimmigkeit aller Gesellschafter erforderlich, hier also sämtlicher Konsorten. Die Begriffe des Geschäfts und der Führung der Geschäfte umfassen grundsätzlich das gesamte gemeinsame Handeln im Rahmen der Gesellschaft<sup>3</sup>. Dann kann jeder Einzelne die Willensbildung überall blockieren. Jedenfalls bei einer größeren Zahl von Konsorten, wie sie vorliegend angestrebt wird, empfiehlt es sich daher, Mehrheitsbeschlüsse genügen zu lassen, durch die verpflichtet wird, wie sich sämtliche Konsorten anschließend nach außen hin verhalten müssen. Die Mehrheit kann dabei entweder nach Köpfen berechnet werden, wie es vom Gesetz vorgesehen ist (§ 709 Abs. 2

---

<sup>3</sup> Schäfer, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 709 Rn. 12 (2013).

BGB), oder nach dem Umfang des jeweiligen Aktienbesitzes. Letzteres hat den Vorteil, dass diejenigen, die von der Entscheidung am meisten betroffen sind, auch am meisten zu sagen haben. Man kann außerdem bestimmte laufende Verwaltungsangelegenheiten auf ein Komitee von ausgewählten Konsorten oder auf einen einzigen Konsorten übertragen (arg. § 710 BGB), der oder die von der Gesamtheit der Konsorten gewählt werden. Das betrifft etwa die Einberufung und Leitung von Konsortialversammlungen, das Führen der Mitgliederlisten sowie die laufende Korrespondenz etc.

Da die Gesellschaft nicht nach außen auftritt, erübrigen sich Vertragsbestimmungen über deren Vertretung im Rechtsverkehr. Die Konsorten können allerdings einen gemeinsamen Vertreter auf die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft entsenden. Dieser ist dann kein Organ der GbR, sondern spricht für die einzelnen Familienaktionäre. Auch so kann aber nicht sicher verhindert werden, dass einzelne Konsorten selbst und anders abstimmen, weil eine verdrängende Vollmacht nicht möglich ist (arg. § 137 BGB).

### **3. Ausscheiden einzelner Konsorten**

Des Weiteren sollte der Gesellschaftsvertrag Regelungen im Hinblick auf Kündigungsmöglichkeiten der Konsorten und die Rechtsfolgen einer Kündigung treffen. Ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, wie hier beabsichtigt, so kann nach § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB jeder Gesellschafter die Gesellschaft jederzeit ordentlich kündigen. Folge der Kündigung durch einen Konsorten ist von Gesetzes wegen die Auflösung des Konsortiums und, da es sich um eine bloße Innengesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen handelt, die sofortige Vollbeendigung. Das ist alles sehr labil und wird den Interessen der Beteiligten regelmäßig und wohl auch hier nicht gerecht. Daher empfiehlt sich die Vereinbarung einer gesellschaftsvertraglichen Fortsetzungsklausel. Im Falle der Kündigung durch einen Konsorten wird das Konsortium dann unter den übrigen Konsorten fortgesetzt, und der Kündigende scheidet aus dem Konsortium aus (§ 736 Abs. 1 BGB). Gekündigt wird dann nicht das Konsortium, sondern nur die Mitgliedschaft.

Auch dies ist für die verbleibenden Konsorten problematisch, denn sie können hierdurch ihren mehrheitlichen Stimmeneinfluss auf die Beteiligten-AG leicht verlieren. Der Konsortialvertrag kann dem durch lange Kündigungsfristen und/oder durch eine lange Mindestlaufzeit der Gesellschaft verbauen. Solche Vertragsklauseln dürfen allerdings das gesetzliche Kündigungsrecht der Gesellschafter nicht übermäßig beschränken, sonst sind sie nichtig (§ 723 Abs. 3 BGB). Wo die zeitliche Zulässigkeitsgrenze verläuft, hängt von den Besonderheiten der einzelnen Gesellschaft ab.<sup>4</sup> Da das geplante Familienkonsortium die einzelnen Konsorten

---

<sup>4</sup> Schäfer, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., § 723 Rn. 66 (2013). Vgl. BGH, NZG 2006, 425 (5 Jahre in Immobiliengesellschaft o.k.); BGH, NJW 2005, 1784, 1786 (10-12 Jahre noch o.k., betr. stille Gesell-

nicht im Kern ihrer Lebensführung, sondern nur in Bezug auf einzelne Vermögensgegenstände (die Aktien) betrifft, sollten 10 Jahre Mindestlaufzeit zulässig sein und vielleicht sogar bis zu 30 Jahre. Möglich ist des Weiteren eine gesellschaftsvertragliche Bestimmung, wonach der Kündigende seine Aktien den verbleibenden Konsorten zum Erwerb anbieten muss oder diesen ein Erwerbsrecht einräumt,<sup>5</sup> so dass die Stimmenmehrheit des Konsortiums sich nicht verändert. Dann müssen aber die verbleibenden Konsorten natürlich für die Aktien bezahlen.

#### **IV. Ausgestaltung des Konsortiums als Außengesellschaft**

##### **1. Grundmuster und Regelungsbedarf**

Will man vermeiden, dass einzelne Mitglieder des Konsortiums sich entgegen dem Konsortialvertrag nach außen hin gegenüber der Aktiengesellschaft abweichend verhalten, so kann man das Konsortium als BGB-Außengesellschaft ausgestalten und in diese die Aktien der Konsorten als Gesellschaftsvermögen einbringen. Eine solche BGB-Außengesellschaft ist als eigenständige Rechtsträgerin selbst rechts- und parteifähig und ist selbst Aktionärin der Aktiengesellschaft. Sie nimmt die Aktionärsrechte im eigenen Namen wahr; dies ist ihr gesellschaftsvertraglich festgelegter gemeinsamer Zweck. So kann man sicherstellen, dass die Aktionärsrechte wirklich einheitlich ausgeübt werden.

Die Gestaltungsmöglichkeiten und Gestaltungsprobleme, die im Hinblick auf das Innenkonsortium erörtert wurden, betreffen ganz überwiegend auch das Außenkonsortium. Für dieses stellen sich jedoch noch weitere Fragen. Das betrifft namentlich die Übertragung der Aktien auf das Konsortium, dessen Vertretung nach außen, die Gesellschafterhaftung für Schulden des Konsortiums sowie im Falle seiner Auseinandersetzung, und auch das Ausscheiden von Konsorten durch Kündigung hat andere Folgen.

##### **2. Bildung des Gesellschaftsvermögens**

Wenn die einzelnen Aktionäre ihre Aktien auf die von ihnen errichtete BGB-Gesellschaft übertragen, werden die Aktien Gesellschaftsvermögen. Das Konsortium ist dann als rechtsfähige Außengesellschaft selbst Inhaber der Aktien und kann die Mitgliedschaftsrechte aus den Aktien und namentlich die Stimmrechte im eigenen Namen gegenüber der Aktiengesellschaft ausüben. Statt einer solchen Vollrechtsübertragung ist auch eine bloße Treuhandübertragung denkbar. Hier wird das Konsortium gegenständlich-dinglich ebenfalls Inhaber der Aktien,

---

schaft zur Kapitalanlage als Alterssicherung); BGH, NJW 2007, 295 f. (30 Jahre in Anwaltssozietätsvertrag zu lang).

<sup>5</sup> Solche Vertragsregeln sind zulässig, weil der Kündigende hier nicht schlechter steht, als wenn es sich um eine Außengesellschaft handeln würde, in der ausscheidende Gesellschafter nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls nur Geld erhalten; *Schäfer*, a.a.O., Vor § 705 BGB Rn. 69a.

aber es hält diese nur treuhänderisch für die einzelnen Konsorten für deren Rechnung und nach deren gemeinsamer Weisung.

### **3. Geschäftsführung und Vertretung**

Wenn das Konsortium die Rechte aus den Aktien selbst und im eigenen Namen ausübt, muss der Gesellschaftsvertrag bestimmen, wer das Konsortium nach außen hin und namentlich gegenüber der Aktiengesellschaft vertritt. Die Vertretungsmacht folgt von Gesetzes wegen der Geschäftsführungsbefugnis (§ 714 BGB) und steht daher nach dem gesetzlichen Leitbild den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§ 709 Abs. 1 BGB). Es kann jedoch sinnvoll sein, im Konsortialvertrag zwischen der Vertretung des Konsortiums und der Führung der Geschäfte zu unterscheiden. Letztere kann man aufspalten, wie schon oben zum Innenkonsortium ausgeführt wurde: An den Entscheidungen über die Ausübung der Rechte aus den Aktien sollten alle Konsorten mitwirken, und zwar am besten durch Mehrheitsbeschluss. Die laufende Verwaltung sollte dagegen wohl besser auf einzelne Konsorten übertragen werden, die von der Gesamtheit zu wählen sind. Auf jeden Fall sollte man mit der Vertretung des Konsortiums nach außen nur einen einzigen oder einige wenige Konsorten betrauen. Das können dann dieselben Personen sein, die auch intern die laufende Verwaltung führen.

### **4. Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden**

In der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts haften die Gesellschafter analog § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsgläubigern persönlich als Gesamtschuldner, also jeder aufs Ganze (§ 421 BGB) mit Rückgriffsmöglichkeit gegenüber den anderen (§ 426 BGB). Diese akzessorische Außenhaftung der Gesellschafter kann nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 128 Satz 2 HGB analog), sondern grundsätzlich nur durch Individualvereinbarung mit den einzelnen Gesellschaftsgläubigern. Das macht die BGB-Außengesellschaft für die einzelnen Gesellschafter gefährlich. Der Gesellschaftsvertrag kann das Haftungsrisiko vermindern, indem er die geschäftsführenden Gesellschafter verpflichtet, eine Verschuldung des Konsortiums zu vermeiden. Aber eine solche Bestimmung hätte nur schuldrechtliche Wirkung und kann daher eine persönliche Haftung der Konsorten nicht sicher vermeiden.

### **5. Auflösung und Auseinandersetzung des Konsortiums**

Im Falle der Auflösung des Konsortiums ist eine Auseinandersetzung erforderlich (§ 730 ff. BGB). Sie ist sinnvoller Weise dahingehend zu regeln, dass nach Erfüllung etwa bestehender Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 733 Abs. 1 BGB) das Vermögen der Gesellschaft nicht in Geld umgesetzt und dieses an die Gesellschafter verteilt wird (wie in § 733 Abs. 2 und 3 BGB

vorgesehen), sondern dass jeder Gesellschafter seine ursprünglich in die Gesellschaft eingebrachten Aktien zurückerhält. Eine solche Realteilung dürfte sich ohnehin bei vernünftiger Auslegung des Gesellschaftsvertrags aus dem Gesellschaftszweck ergeben, sollte aber vorsorglich im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festgeschrieben werden. Ist die Gesellschaft mit Verbindlichkeiten belastet, so müssen diese in erster Linie von der Gesellschaft selbst beglichen werden. Deren Vermögen wird aber im Wesentlichen nur aus den eingebrachten Aktien bestehen, und diese sollen, wie gesagt, im Rahmen der Auseinandersetzung eins zu eins an die Mitglieder zurückgehen. Dann müssen diese für die Deckungslücke und damit für die Verbindlichkeiten nach dem gesellschaftsvertraglichen Verteilungsschlüssel aufkommen (§ 735 BGB). Der Gesellschaftsvertrag sollte vorsorglich entsprechende Beitragspflichten der Mitglieder ausdrücklich festsetzen.

## **6. Ausscheiden einzelner Konsorten**

Besondere Probleme stellen sich im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters unter Fortbestand des Konsortiums. Nach dem Gesetz erhält dann der ausscheidende Gesellschafter als Abfindung nicht seine ursprünglich in die BGB-Gesellschaft eingebrachten Aktien zurück, sondern nur den Geldwert seiner Beteiligung an der Gesellschaft (§ 738 BGB). Dies entspricht oft nicht dem Interesse des Ausscheidenden und auch nicht den Interessen der verbleibenden Gesellschafter, da diese analog § 128 HGB für den Abfindungsanspruch eintreten müssen. Der Gesellschaftsvertrag kann dem entgegenwirken, indem er dem Ausscheidenden als Abfindung seine eingebrachten Aktien in Natur zuspricht. Hierdurch kann allerdings die Mehrheitsbeteiligung des Konsortiums an der Aktiengesellschaft verfallen. Möglich ist auch eine gesellschaftsvertragliche Regelung, wonach der Ausscheidende zwar grundsätzlich seine eingebrachten Aktien zurückerhält, aber nach Wahl der Gesellschaft auch in Geld abgefunden werden kann.

## **V. Zusammenfassende Gesamtbetrachtung**

Um die Stimmrechte aus den Familienaktien innerhalb der Aktiengesellschaft einheitlich auszuüben, bietet sich der Abschluss eines Konsortialvertrages zwischen den Familienaktionären an, das heißt die Errichtung einer BGB-Gesellschaft. Diese bedarf vertraglicher Ausgestaltung. Insbesondere ist zu klären, ob die Beteiligten eine Innen- oder Außengesellschaft gründen wollen. Welche Variante vorzugswürdig ist, lässt sich nicht pauschal sagen. Der Regelungsaufwand ist bei der Innengesellschaft geringer, da die Konsorten ihre Aktien weiterhin selbst halten, ein Gesellschaftsvermögen nicht existiert und die Gesellschaft als solche nicht nach außen in Erscheinung tritt. Andererseits ist ein solcher Zusammenschluss vergleichsweise locker, weil ein Abweichen einzelner Konsorten von der gemeinschaftlichen Willensbildung nicht dinglich ausgeschlossen werden kann.

Bei der Außen-Gesellschaft, die als eigenständige Rechtsträgerin die Aktien innehat und die Aktionärsrechte in ihrem eigenen Namen ausübt, ist der Regelungsaufwand höher. Die von den Konsorten eingebrachten Aktien müssen verwaltet werden und die Gesellschaft muss nach außen hin vertreten werden. Und vor allem ist hier das Risiko für die Konsorten viel höher. Sie haften persönlich für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, insbesondere auch für mögliche Abfindungsansprüche ausscheidender Konsorten. Die Außen-Gesellschaft bewirkt aber auch eine viel stärkere Bündelung der Aktionärsrechte, weil die Bindung nicht nur schuldrechtlich wirkt, sondern dinglich-gegenständlich begründet ist. Das entspricht in besonderem Maße dem Zweck, den Einfluss der Familien- und Konsortialmitgliedern auf die Aktiengesellschaft zu erhalten. Wenn die Beteiligten bereit sind, die Risiken und den dazugehörigen Aufwand zu übernehmen, ist daher der Zusammenschluss zu einem Außenkonsortium sinnvoll.