

räume vor dem Hintergrund gleichbehandlungsfeindlicher sozialer Kontexte.²⁵³ Ihr Zusammenspiel führt im Ergebnis dazu, dass die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vom Leiharbeitnehmer einzelvertraglich vereinbart werden müsste. Das ist paradox. Dass ihm das aufgrund seiner strukturellen Unterlegenheit nicht gelingen kann, ist offensichtlich. Dieses Marktversagen hat das Gesetz mit dem „Grundsatz“ der Gleichbehandlung im Ausgangspunkt zwar anerkannt. Der Gesetzgeber vermeidet aber, die daraus notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Das ist unionsrechtlich zweifelhaft.²⁵⁴ Mit der grundsätzlichen Entscheidung für einen gleichbehandlungsrechtlichen Schutz muss das Recht „in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken, was nicht die Möglichkeit ausschließt, Übergangszeiten oder Ausnahmen *begrenzten Umfangs* vorzusehen.“²⁵⁵

II. Gleichbehandlung im Verbandsrecht

1. Kategorien von Gleichbehandlungsgrundsätzen

Werden die Begriffe „Gleichbehandlungsgrundsatz“ und „Diskriminierungsverbot“ in gesellschaftsrechtlichen Kontexten verwendet, kann damit ganz Unterschiedliches gemeint sein:¹ (1.) das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ausländischer Gesellschaften, (2.) der Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeines Ordnungs- und Auslegungsprinzip und (3.) der Gleichbehandlungsgrundsatz als Schranke der Verbandsmacht.

a) Diskriminierungsverbot in den Grundfreiheiten

Im unionsrechtlichen Kontext folgt aus der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 55 AEUV) ein Diskriminierungsverbot von im Ausland gegründeten Gesellschaften. Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründet wurden, müssen im innerstaatlichen Recht als grundsätzlich rechts- und parteifähig anerkannt werden und ihre Existenz darf nicht von weiteren inner-

253 Waltermann, NZA 2010, 482, 487.

254 Verneinend Rödl/Ulber, NZA 2012, 841 ff; Waas, ZESAR 2012, 7, 10 ff; differenzierend Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, 547 f.

255 EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 – *Test-Achats ASBL* = Slg. 2011, I-773 Rn. 21.

1 Zum Folgenden siehe Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 3 ff.

staatlichen Rechtsvorschriften abhängig gemacht werden.² Dieses unionsrechtliche Diskriminierungsverbot ist regelmäßig *nicht* gemeint, wenn man vom gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz spricht.

b) Gleichberechtigungsprinzip

(1) Abgrenzung zum Gleichbehandlungsgrundsatz

Dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wird vielfach die Funktion eines Ordnungs- und Auslegungsprinzips zugeschrieben.³ Die Pflicht zur gleichmäßigen Behandlung hat sich beispielsweise im Personengesellschaftsrecht in § 706 Abs. 1 BGB (gleiche Beträge), §§ 709 BGB, 114 Abs. 1 HGB (gleiche Geschäftsführung aller), §§ 722 Abs. 1 BGB, 121 Abs. 3 HGB (gleiche Gewinn- und Verlustbeteiligung) niedergeschlagen.⁴ Im Kapitalgesellschaftsrecht zählen dazu die Vorschriften über Gewinnermittlung (§ 29 Abs. 3 GmbHG, § 60 Abs. 1 AktG), Stimmrecht (§ 47 Abs. 2 GmbHG, §§ 12, 134 Abs. 1 AktG), gesetzliche Bezugsrechte (§ 186 Abs. 1 AktG), Informationsrechte (§ 51a GmbHG, § 134 AktG).⁵ Der Bezugspunkt von „Gleichbehandlung“ ist dabei durchaus relativ: Bei Personengesellschaften hat Gleichbehandlung wegen ihres personalen Strukturelements im Zweifel nach Köpfen zu erfolgen (vgl. §§ 722 Abs. 1 BGB, 121 Abs. 3 HGB).⁶ Im Kapitalgesellschaftsrecht wird die Gleichheit regelmäßig relativ auf den Umfang der Kapitalbeteiligung bezogen (vgl. zur Gewinnermittlung § 29 Abs. 3 GmbHG, § 60 Abs. 1 AktG), während bei den sog. „Hilfsrechten“, wie dem Informationsrecht (§ 51a GmbHG, § 131 AktG), absolute Gleichheit angeordnet wird.⁷ Ein weiteres Beispiel relativer Gleichheit ist die unterschiedliche Stellung von Komplementären und Kommanditisten in der KG.

Diesem Aspekt von Gleichbehandlung kommt im Wesentlichen eine heuristische Funktion zu. Er beantwortet die Frage, welche Rechte den einzelnen Mitgliedern nach Gesetz und Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung grundsätzlich zustehen und gibt dadurch den entscheidenden gesetzlichen Verteilungsmaßstab vor:⁸

2 EuGH, Urt. v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* = Slg. 1999, I-1459; EuGH, Urt. v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 – *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* = Slg. 2002, I-9919; EuGH, Urt. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd* = Slg. 2003, I-10155; zuletzt EuGH, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10 – *VALE Építési kft* = Slg. 2012, I-(n.v.); zum Ganzen näher *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004, Rn. 755 ff; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2006, § 3 Rn. 1 ff.

3 Grundlegend *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 82; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 278 ff; *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 44 f.

4 Vgl. *Enzinger* in: MünchKomm-HGB, § 109 Rn. 20; *Hadding/Kießling* in: Soergel, § 705 Rn. 65.

5 Näher *Henn*, AG 1985, 240, 243 ff (zur AG).

6 *Priester* in: MünchKomm-HGB, § 121 Rn. 15; *Hadding/Kießling* in: Soergel, § 722 Rn. 1.

7 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 7.

8 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 8.

Soweit die Ungleichbehandlung nicht ausnahmsweise vorgeschrieben ist oder wirksam vereinbart wurde, nehmen die Gesellschafter von Rechts wegen ohne weiteres in jeder Hinsicht die gleiche Rechtsstellung ein.⁹ Danach ist Gleichbehandlung (entweder nach Köpfen oder/und nach Beteiligungsquote) die gesetzliche Regel, privatautonom vereinbarte Abweichungen davon die Ausnahme. Diese Formulierung lässt bewusst offen, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch eine Schranke der Privatautonomie der Verbandsmitglieder ist und daher „die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag [...] sachlich berechtigt sein [muss] und nicht den Charakter der Willkür tragen [darf]“¹⁰ oder ob die zukünftigen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ungleiche Rechte vereinbaren dürfen.¹¹ Der dispositive Maßstab der verhältnismäßigen Beteiligung der Gesellschafter an Mitgliedschaftsrechten und -pflichten ist zwar für die Frage bedeutsam, ob eine unterschiedliche Behandlung in solchen Fällen überhaupt möglich ist. Er begründet aber nicht seine Geltung als verbandsrechtlichen Grundsatz.¹² Zur besseren begrifflichen Trennung lässt sich insoweit von einem *Gleichberechtigungsprinzip* sprechen,¹³ das vom *Gleichbehandlungsgrundsatz* *ieS* zu unterscheiden ist.

(2) Exkurs: Die Unzulänglichkeit des Gleichberechtigungsprinzips am Beispiel der Bruchteilsgemeinschaft

Die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff BGB) ist kein Verband.¹⁴ Charakteristisch an dieser Rechtsgemeinschaft ist, dass mehrere Personen (subjektive Vielheit) einen Gegenstand gemeinsam – zu ideellen Bruchteilen¹⁵ – innehaben (objektive Einheit).¹⁶ Um die Verhältnisse in der Bruchteilsgemeinschaft zu regeln, greift das Gesetz durchweg auf das *Gleichberechtigungsprinzip* zurück.¹⁷ Ausdruck des Gleichberechtigungsprinzips ist auch die grundsätzlich¹⁸ gemeinschaftliche Verwaltung des Gegenstandes (§ 744 BGB). Davon kann mit Zustimmung aller Teil-

⁹ Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 279 f.

¹⁰ BGHZ 116, 359, 373.

¹¹ Dazu unten § 5 II 4 a) (3).

¹² *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 41; in der Tendenz anders beispielsweise *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 103; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 31, die darin den Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes sehen.

¹³ So bereits *Cohn*, AcP 132 (1930), 129, 133 f.

¹⁴ *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 3.

¹⁵ Vgl. dazu näher *Hilbrandt*, AcP 202 (2002), 631 ff und jetzt *Schnorr*, Gemeinschaft nach Bruchteilen, 2004, 74 ff.

¹⁶ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 7; vertiefend jetzt *Schnorr*, Gemeinschaft nach Bruchteilen, 2004, 6 ff, 37 ff, der der herrschenden Trennungsthese ein „dingliches Einheitsmodell“ entgegenstellt.

¹⁷ BGH NJW-RR 2008, 984; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 23 ff; *Aderhold* in: Erman, § 741 Rn. 3; *Langhein* in: Staudinger, § 741 Rn. 72; *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 36; *Gehrlein* in: Bamberger/Roth, BGB, § 741 Rn. 12.

¹⁸ Zum Individualrecht, notwendige Erhaltungsmaßnahmen zu treffen, siehe § 744 Abs. 2 BGB.

haber abgewichen werden.¹⁹ Ein Mehrheitsbeschluss genügt nur dann, wenn es sich um Fragen der ordnungsgemäßen Verwaltung handelt (§ 745 Abs. 1 BGB). Diese Mehrheitsherrschaft unterliegt aber Grenzen (§ 745 BGB).²⁰ Dabei handelt es sich um freiheitsrechtliche Grenzen der Gemeinschaft zugunsten des einzelnen Teilhabers. Das zeigt folgendes Beispiel:²¹

Eine Bruchteilsgemeinschaft besteht an einem „Aparthotel“, das wirtschaftlich verwertet werden sollte. Jedem Miteigentumsanteil wurde eine der insgesamt 18 Appartement-Wohnungen zugeordnet; an ihr sollte dem betreffenden Miteigentümer das Recht zur alleinigen Nutzung zustehen. Beschlüsse der Eigentümerversammlung sollten mit einfacher Mehrheit der in der Versammlung vorhandenen Stimmen gefasst werden. Die Miteigentümerversammlung beschloss mehrheitlich, das „Aparthotel“ insgesamt zu verpachten, wobei den Miteigentümern im Pachtvertrag ein zeitlich beschränktes unentgeltliches Nutzungsrecht an der ihnen zugeordneten Wohnung eingeräumt wurde.

Dieser Mehrheitsbeschluss verstößt nicht gegen die in § 745 Abs. 3 BGB genannten Grenzen. Er betrifft keine wesentliche Veränderung des Gegenstandes (§ 745 Abs. 3 S. 1 BGB). Mit der vertraglich getroffenen Nutzungsbestimmung wurde eine Nutzungsregelung vereinbart, derzufolge das Hotel in seiner Gesamtheit verpachtet und das Recht zur unentgeltlichen Eigennutzung der Appartements auf bestimmte Zeiten beschränkt wird.²² Damit wird dem einzelnen Teilhaber seine Nutzungsquote auch nicht entzogen (§ 745 Abs. 3 S. 2 BGB). Das wäre nur der Fall, wenn er von dem ihm zustehenden Anteil an den Pachteinnahmen ausgeschlossen würde. Die Nutzungsart (Eigennutzung, Einzelvermietung, Gesamtverpachtung) unterliegt dagegen der Disposition der Eigentümermehrheit, solange die Grenzen ordnungsgemäßer Wirtschaft, die wirtschaftliche Zweckbestimmung und die Wahrung der Nutzungsquote beachtet werden. Daher kann die Mehrheit einem Teilhaber das ihm zunächst zugestandene Recht zur realen Eigennutzung des Gegenstandes oder eines Teiles desselben entziehen.²³ Mehrheitsbeschlüsse der Bruchteilsgemeinschaft können die Rechtsposition des einzelnen Teilhabers also tiefgreifend verändern.²⁴ Das Gesetz mutet es dem einzelnen Teilhaber zu, auf bisher mögliche Nutzungsarten im Interesse der effizienteren Nutzung zu verzichten. Das Gleichberechtigungsprinzip trifft allerdings keine ausreichenden Sicherungen gegen eine ungleiche Belastung einzelner Teilhaber. Das zeigt folgende Abwandlung:

19 Zu den Einzelheiten *Hadding* in: Soergel, § 744 Rn. 3; *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 15 f.

20 Näher *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 22 ff und *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 224 f (zur Erbengemeinschaft).

21 BGH NJW-RR 1995, 267.

22 BGH NJW-RR 1995, 267; kritisch *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 27.

23 BGH NJW-RR 1995, 267 f.

24 Dazu kommt die Möglichkeit, den Anwendungsbereich des Mehrheitsprinzips über die in § 745 Abs. 1 BGB gesetzten Grenzen einstimmig auszudehnen, dazu *Langhein* in: Staudinger, § 745 Rn. 4; *Schmidt* in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 18. Entgegen *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 227 sind die in § 745 Abs. 3 BGB gezogenen Grenzen allerdings nicht dispositiv.

Die Teilhaber beschließen mehrheitlich, hinsichtlich der dem einzelnen Teilhaber zustehenden Nutzungsdauer zu unterscheiden: Teilhaber, deren Wohnung eine Gesamtfläche von 50 qm und mehr beträgt, haben ein unentgeltliches Nutzungsrecht daran für 21 Tage in der Hauptsaison, während Teilhaber von Wohnungen mit kleinerer Gesamtfläche diese nur 14 Tage in der Hauptsaison nutzen können.

Bestimmt sich in diesem Fall der Anteil jedes Teilhabers am Pachtzins nach der Fläche der Wohnung, verstößt der Beschluss gegen § 745 Abs. 3 S. 2 BGB. Im Vergleich zu den anderen Teilhabern wird nämlich seine Nutzungsquote verkleinert: Er kann die Wohnung selbst weniger nutzen, und erhält im Ergebnis relativ gesehen denselben Anteil am Pachtzins, wie die Teilhaber, die ihre Wohnung selbst intensiver nutzen können. Insoweit ist das Gleichberechtigungsprinzip aus § 743 Abs. 1 BGB eine Schranke der Mehrheitsherrschaft, weil es in § 745 Abs. 3 S. 2 BGB mehrheitsfest ausgestaltet wurde. Dieser Schutz versagt allerdings, wenn der Anteil am Pachtzins nach Tagen berechnet wird, an denen der Pächter die Wohnungen an Dritte vermieten kann. Obwohl die betroffenen Teilhaber die Wohnung dann selbst weniger intensiv nutzen können als die anderen, erhalten sie für diese 7 Tage einen relativ höheren Anteil am Pachtzins. Die Nutzungsquote der Teilhaber kleinerer Wohnungen bleibt dadurch im Ergebnis gleich, die Veränderungen beschränken sich lediglich auf das Verhältnis der Nutzungsart. § 745 Abs. 3. S. 2 BGB erlaubt es der Mehrheit, die Eigennutzung – und damit die Nutzungsart – ungleich zu verteilen, solange nur dieselbe Nutzungsquote gewährleistet ist, die davon Betroffenen also einen Ausgleich dafür erhalten. Damit gewährleistet § 745 Abs. 3 S. 2 BGB nicht, dass die Eingriffe in die Selbstbestimmungsfreiheit gleich verteilt werden. Anders formuliert: Das Prinzip der gleichen Berechtigung (§§ 743 Abs. 1, 745 Abs. 3 S. 2 BGB) schützt die Minderheit nicht davor, dass sie ungleich behandelt wird, solange sie nur im Ergebnis gleich an den Nutzungen des Gegenstands partizipieren kann. Das Gleichberechtigungsprinzip ist daher nicht deckungsgleich mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

Daher stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Recht der Bruchteilsgemeinschaft einen *Gleichbehandlungsgrundsatz* als Schranke der Mehrheitsherrschaft kennt.²⁵ Karsten Schmidt plädiert dafür, den Gleichbehandlungsgrundsatz über § 745 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen.²⁶ Das ist nicht ganz unproblematisch, weil man sich über den Wortlaut hinwegsetzen muss, der gerade voraussetzt, dass kein Beschluss getroffen wurde.²⁷ Man kann dies mit der Rechtsprechung wohl nur für die Fälle begründen, in denen sich die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen verändert haben.²⁸ Im Übrigen scheint es mir ein nicht notwendiger Be-

25 Bejahend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 226 f, 320; Langhein in: Staudinger, § 741 Rn. 72; Gehrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 741 Rn. 12.

26 Schmidt in: MünchKomm-BGB, § 741 Rn. 36, §§ 744, 745 Rn. 29.

27 So denn auch Schmidt in: MünchKomm-BGB, §§ 744, 745 Rn. 34 ff; dagegen Muscheler, ZEV 1997, 169, 223.

28 BGHZ 34, 367, 369 f; Gehrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 745 Rn. 9.

gründungsumweg über eine Generalklausel zu sein. Ob die Entscheidung „billigem Ermessen“ entspricht, lässt sich am Ende ohnehin nur aufgrund spezifisch gleichbehandlungsrechtlicher Erwägungen bestimmen.²⁹ Daher ist von einem Gleichbehandlungsgrundsatz in der Bruchteilsgemeinschaft auszugehen, der sich inhaltlich am verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz orientiert, soweit aus den §§ 741 ff BGB keine abweichende Regelung folgt.³⁰

c) Gleichbehandlungsgrundsatz

Der eigentliche Gleichbehandlungsgrundsatz besagt, dass bezüglich solcher Maßnahmen, die sich auf die Mitgliedschaft auswirken (können), alle Gesellschafter grundsätzlich gleich zu behandeln sind.³¹ Der Verband darf keine Maßnahmen treffen, die einzelne Mitglieder ohne sachliche Rechtfertigung benachteiligen. Auf diese Weise wird die Mitgliedschaft der Gesellschafter, die von der betreffenden Maßnahme ungleich betroffen sind, geschützt.³² Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist danach eine von mehreren „beweglichen Schranken“³³ der Verbandsmacht. Darauf bezieht man sich in der Regel, wenn man vom gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz spricht.³⁴ Diesem Verständnis schließe ich mich an. Der so konzipierte verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wird regelmäßig deutlich von kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflichten unterschieden.³⁵ Verbandsrechtliche Gleichbehandlung dient primär dem Aktionärsschutz und ist in ihrem Anwendungsbereich auf den Anleger als Aktionär im Subsystem eines Verbandes beschränkt³⁶ („gesellschaftsrechtlicher Innenschutz“³⁷). Kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungspflichten dienen dagegen dem institutionellen Anlegerschutz und erfassen jeden aktuellen und potentiellen Kapitalanleger („kapitalmarktrechtlicher Außenschutz“³⁸).

2. Inhalt und Rechtsfolgen

Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt, dass jedes Mitglied des Verbandes unter gleichen Voraussetzungen ebenso behandelt wird wie

29 Vgl. dazu in anderem Zusammenhang Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 600 f.

30 Zutreffend Langhein in: Staudinger, § 741 Rn. 72.

31 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 277, 279, 287 ff.

32 Grundlegend Cohn, AcP 132 (1930), 129, 135; aus der neueren Literatur statt vieler Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 26.

33 Der Begriff geht zurück auf Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 287 ff.

34 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 3 f.

35 Zur Abgrenzung im Einzelnen siehe Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 9 f; Mehringer, Gleichbehandlungsprinzip, 2007, 57 ff.

36 Dazu oben § 5 II 4 a).

37 Berding, WM 2002, 1149, 1155.

38 Berding, WM 2002, 1149, 1155 f.

die anderen Mitglieder.³⁹ Der Inhalt dieser positiv als Gleichbehandlungsgebot formulierten Maxime wird griffiger, wenn man sie als Ungleichbehandlungs- oder Diskriminierungsverbot reformuliert.⁴⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter.⁴¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt also jeden Gesellschafter vor unsachlichen Differenzierungen des Verbandes, unabhängig davon, ob es sich um eine BGB-Gesellschaft,⁴² eine Personenhandelsgesellschaft,⁴³ eine Kapitalgesellschaft⁴⁴ oder eine Genossenschaft⁴⁵ handelt. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter gehört insgesamt zu den zentralen Rechtssätzen des nationalen Gesellschaftsrechts.⁴⁶ Anders ist die Rechtslage im Unionsrecht. Das Sekundärrecht enthält nur vereinzelte gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Gleichbehandlungsgrundsätze.⁴⁷ Ein darüber hinausgehender allgemeiner Grundsatz der Gleichbehandlung von Gesellschaftern ist dem Unionsrecht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht bekannt.⁴⁸

Bei den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz muss man zwischen gleichbehandlungswidrigen Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und sonstigen Rechtsgeschäften und Maßnahmen der Gesellschaft differenzieren. Der Beschluss der Hauptversammlung der AG oder der Gesellschafterversammlung der GmbH ist nach mittlerweile ganz gefestigter Meinung grundsätzlich anfechtbar, § 243 Abs. 1 AktG (analog).⁴⁹ Nichtig (§ 241 Nr. 3 oder Nr. 4 iVm § 138 BGB) sind nur solche Beschlüsse, die den Gleichbehand-

39 Statt aller *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 427; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 422.

40 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 427; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 27; *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 102 f.; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 4; grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 179 ff, 182 ff.

41 Exemplarisch in jüngerer Zeit: BGHZ 116, 359, 373.

42 BGHZ 16, 59, 70; *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 35 ff; *Hadding/Kießling* in: Soergel, § 705 Rn. 65 ff; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 244 ff.

43 BGHZ 20, 363, 369 (KG); aus der Literatur statt vieler *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 35 ff; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 29.

44 Zum Verein siehe BGH LM Nr. 2 zu § 39 BGB; zur GmbH: BGHZ 116, 359, 373 und aus der Literatur statt vieler *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 102; *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 40; *Bayer* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 14 Rn. 33; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 31 ff; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 120; zur AG: BGHZ 33, 175, 186; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 1 ff; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 1 ff; *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 5; zum Verein *Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 1999, Rn. 543 ff; rechtsformübergreifend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 44 ff und für die Kapitalgesellschaften grundlegend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, passim.

45 BGH NJW 1960, 2142; aus jüngerer Zeit BGH NZG 2003, 882, 883.

46 Vgl. *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 244.

47 Dazu gleich unten § 5 II 3 a).

48 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 52.

49 BGHZ 116, 359, 372; aus der Literatur statt aller *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 308 ff; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 355 f.

lungsgrundsatz als solchen außer Kraft setzen.⁵⁰ Nichtig sind auch gleichheitswidrige Beschlüsse des Aufsichtsrats.⁵¹ Nach Auffassung der Rechtsprechung ist die einzelne gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstoßende Stimmabgabe ebenfalls nichtig.⁵² Gleichheitswidrige Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften führen grundsätzlich zur Unwirksamkeit des Beschlusses; zur Anfechtbarkeit nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag es ausdrücklich vorsieht.⁵³ Welche weiteren Rechtsfolgen ein gleichheitswidriges Handeln der Gesellschaftsverwaltung hat, ist im Einzelnen nicht abschließend geklärt.⁵⁴ Im Ausgangspunkt lässt sich ein Verstoß im Personengesellschaftsrecht,⁵⁵ bei GmbH⁵⁶ und Genossenschaft⁵⁷ ausgleichen, indem entweder die ungleichmäßig gewährten Vorteile von den begünstigten Gesellschaftern zurückgefordert werden⁵⁸ oder man dem übergangenen Gesellschafter Anspruch auf eine gleichartige Leistung⁵⁹ zubilligt. Umstritten ist, ob die Gesellschaft⁶⁰ oder der ungleich behandelte Gesellschafter⁶¹ wählen darf. Bei der Aktiengesellschaft besteht dagegen ein nur eingeschränkter Handlungsspielraum zur aktiven Gleichbehandlung.⁶² Die äußerste Grenze bildet das (gesellschaftsrechtlich) Zulässige; eine „Gleichbehandlung im Unrecht“ scheidet aus.⁶³ Hat eine schuldhaft Ungleichbehandlung zu einem Schaden des benachteiligten Gesellschafters geführt, so kann er von der Gesellschaft Schadensersatz verlangen (§ 280 Abs. 1 BGB). Das ist im

50 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 113; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 29.

51 Vgl. BGHZ 122, 342, 351; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 121.

52 BGH NJW-RR 1990, 530; dazu grundlegend *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 366 ff.

53 *Habermeyer* in: Staudinger, § 705 Rn. 56; *Hadding/Kiefling* in: Soergel, § 705 Rn. 67; *Westermann* in: Erman, § 705 Rn. 41; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 252; aA *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 465 (grundsätzliche Anfechtbarkeit).

54 Dazu im Überblick *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 296 ff und *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 362 ff.

55 OLG Karlsruhe ZIP 1983, 445, 446.

56 BGH WM 1972, 931, 933; näher *Raiser* in: *Ulmer, GmbHG*, § 14 Rn. 107; *Seibt* in: *Scholz, GmbHG*, § 14 Rn. 48.

57 BGH NJW 1960, 2142, 2143.

58 Näher zum Ganzen *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 373 ff; zur Aktivlegitimation des einzelnen Gesellschafters vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 281 ff (zum Personengesellschaftsrecht) und *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 641 ff (zur GmbH); zur Frage der Zulässigkeit dieser *actio pro socio* bei der AG bejahend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 383 ff; verneinend *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 140 f; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 33 f.

59 BGH WM 1972, 931, 933; *Raiser* in: *Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG*, § 14 Rn. 107; *Hadding/Kiefling* in: *Soergel*, § 705 Rn. 67.

60 *Seibt* in: *Scholz, GmbHG*, § 14 Rn. 48 mwN.

61 So *Raiser* in: *Ulmer, GmbHG*, § 14 Rn. 107.

62 Vgl. zu den Einzelheiten *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 137 ff (keine Übertragbarkeit wegen der hier geltenden strengen Kapitalbindung). Umstritten ist auch hier die Frage, ob die Aktiengesellschaft zwischen Rückforderung und aktiver Gleichbehandlung wählen kann (*Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 300 ff und jetzt *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 393 ff; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 252) oder ob dem Aktionär die Vorteile der Ungleichbehandlung zu gewähren sind (*Lutter*, ZGR 1978, 347, 366 ff).

63 BGH NZG 2008, 149.

Personengesellschaftsrecht allgemein anerkannt,⁶⁴ gilt aber auch im Kapitalgesellschaftsrecht.⁶⁵

3. Geltungsgrund

a) Unionsrecht

Im sekundären Unionsrecht gibt es mehrere Verankerungen eines *verbandsrechtlichen* Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁶⁶ Der wichtigste gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz findet sich in der Richtlinie 77/91/EWG (Zweite Kapitalrichtlinie),⁶⁷ die zum Schutz der Aktionäre und der Gläubiger der Aktiengesellschaft ein Mindestmaß an Gleichwertigkeit sicherstellt.⁶⁸ Bei jeder Erhöhung des gezeichneten Kapitals durch Bareinlagen⁶⁹ müssen die Aktien grundsätzlich den Aktionären gleichmäßig im Verhältnis zu ihrem Kapitalanteil bevorzugt angeboten werden (Art. 29 Abs. 1 Richtlinie 77/91/EWG).⁷⁰ Daneben enthält die Zweite Kapitalrichtlinie in Art. 42 einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz:

„Für die Anwendung dieser Richtlinie müssen die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten die Gleichbehandlung der Aktionäre sicherstellen, die sich in denselben Verhältnissen befinden.“

Das Gleichbehandlungsgebot in Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG wird auch als „Diskriminierungsverbot“ bezeichnet. Unter dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder dem Diskriminierungsverbot versteht der Gerichtshof den Grundsatz, wonach vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.⁷¹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Ge-

64 Hadding/Kiefling in: Soergel, § 705 Rn. 67; Märtens in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 29; Ulmer in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 252; Hopt in: Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 30; Schöne in: Bamberger/Roth, BGB, § 705 Rn. 112.

65 Dazu jetzt Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 399 ff mwN.

66 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 874 f; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 95 ff.

67 Richtlinie 77/91/EWG v. 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 v. 31.1.1977, S. 1.

68 EuGH, Urt. v. 19.11.1996, Rs. C-42/95 – *Siemens AG v. Nold* = Slg. 1996, I-6017 Rn. 13; EuGH, Urt. v. 18.12.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 23.

69 Zum Bezugsrecht und dessen Beschränkungen bei Kapitalerhöhungen mittels Sacheinlagen siehe EuGH, Urt. v. 19.11.1996, Rs. C-42/95 – *Siemens AG v. Nold* = Slg. 1996, I-6017 Rn. 17 ff und dazu Tettinger, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss, 2003, 57 ff.

70 EuGH, Urt. v. 24.3.1992, Rs. C-381/89 – *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias u. a.* = Slg. 1992, I-2111 Rn. 39; EuGH, Urt. v. 18.12.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 24.

71 GA Trstenjak, Schlussanträge v. 4.9.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 57.

sellschaft nicht zur identischen Behandlung der Aktionäre, sondern zur hinreichenden objektiven Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung.⁷² Diese Gleichbehandlungspflicht gilt nach Erwägungsgrund 5 der Richtlinie nur bei Kapitalerhöhungen und Kapitalherabsetzungen.⁷³ Aus Art. 42 der Richtlinie lässt sich weder entnehmen, dass Minderheitenschutz stets durch Gleichbehandlung zu erfolgen habe, noch enthält die Norm eine Aussage darüber, ob und inwieweit Minderheitenschutz auch jenseits des sachlichen Anwendungsbereichs der Kapitalrichtlinie unionsrechtlich geboten ist.⁷⁴ Ein weiteres Gleichbehandlungsgebot enthält Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2004/109/EG (Transparenzrichtlinie)⁷⁵:

„Ein Emittent von Aktien, die zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, muss allen Aktionären, die sich in der gleichen Lage befinden, die gleiche Behandlung sicherstellen.“

Aus den Legaldefinitionen des Emittenten und des Aktionärs in Art. 2 Abs. 1 lit. d) und e) Richtlinie 2004/109/EG folgt, dass die Gesellschaft Adressatin der Gleichbehandlungspflicht aus Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie ist.⁷⁶ Die Norm beschränkt sich allerdings im Wesentlichen darauf, nur bestimmte Fallkonstellationen zu regeln, indem sie dort der Gesellschaft bestimmte Verpflichtungen zum Schutz aller Aktionäre auferlegt.⁷⁷ Ein dritter Fall von Gleichbehandlung findet sich in Art. 4 der Richtlinie 2007/36/EG⁷⁸ unter der Überschrift „Gleichbehandlung der Aktionäre“:

Die Gesellschaft muss für alle Aktionäre, die sich bei der Teilnahme an der Hauptversammlung und der Ausübung der Stimmrechte in der Hauptversammlung in der gleichen Lage befinden, die gleiche Behandlung sicherstellen.

Angesichts dieser normierten Gleichbehandlungspflichten stellt sich die Frage, ob es sich dabei um Ausprägungen eines allgemeinen übergreifenden Rechtsprinzips handelt. Generalanwältin *Trstenjak* wies darauf hin, dass sich der Gedanke der Gleichbehandlung von Aktionären wie ein roter Faden durch das Gesellschaftsrecht der Union und ihrer Mitgliedstaaten ziehe.⁷⁹ Ihm kommt deshalb durchaus

72 GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 4.9.2008, Rs. C-338/06 – *Kommission v. Spanien* = Slg. 2008, I-10139 Rn. 61.

73 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 37.

74 *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1, 5.

75 Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. L 390 v. 31.12.2004, S. 38.

76 Vgl. *Habersack/Tröger*, NZG 2010, 1, 6.

77 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 42; GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 84.

78 Richtlinie 2007/36/EG über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. Nr. L 184 v. 14.7.2007, S. 17.

79 GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 88.

eine Bedeutung für das Verständnis des Unionsrechts, für dessen Fortentwicklung und zur Lückenschließung zu.⁸⁰ Fraglich ist, ob es sich auch um eine normative Geltung handeln kann. Die Richtlinien 77/91/EWG und 2004/108/EG beschränken sich nach Auffassung des EuGH darauf, „sehr spezifische gesellschaftsrechtliche Fallkonstellationen zu regeln“, weshalb ihnen „der allgemeine übergreifende Charakter, der sonst allgemeinen Rechtsgrundsätzen naturgemäß innewohnt“, fehle.⁸¹ Deshalb verneinen manche die Existenz eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁸²

Dabei werden zwei unterschiedliche Fragestellungen nicht immer sorgfältig genug getrennt: (1.) die *verbandsrechtliche* Pflicht der *Gesellschaft* zur Gleichbehandlung und (2.) die *kapitalmarktrechtliche* Pflicht einzelner *Gesellschafter* zur Gleichbehandlung.⁸³ Dazu kommt die wichtige Unterscheidung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die auf der Ebene des Primärrechts angesiedelt sind, von solchen, die im Sekundärrecht wurzeln.⁸⁴ Diese Differenzierungen sind für das Verständnis der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Audiolux*⁸⁵ wichtig. Der Gerichtshof hatte über die Pflicht zur Gleichbehandlung eines Aktionärs zu entscheiden, der die Kontrolle über eine Gesellschaft erwirbt oder seine Machtposition verstärkt.⁸⁶ Die klagenden Minderheitsaktionäre wollten am Paketzuschlag beteiligt werden, der dem Großaktionär von dem Erwerber des Aktienpakets gezahlt wurde. Der Fall fiel nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich des im Sekundärrecht verankerten *kapitalmarktrechtlichen* Gleichbehandlungsgrundsatzes.⁸⁷ Das luxemburgische Recht kannte auch keine entsprechende Gleichbehandlungspflicht gegenüber den Anlegern. Das von den Klägern gewünschte Ergebnis konnte daher nur auf zwei alternativen Wegen erreicht werden: (1.) über eine Rechtsfortbildung des sekundären Unionsrechts⁸⁸ oder (2.) über einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Primärrechts mit Vorrang gegenüber nationalem Recht⁸⁹. Der Gerichtshof beschränkt keinen dieser Wege: (1.) Die Be-

80 Näher Basedow, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27, 43 ff.

81 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 42; siehe auch GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 84; kritisch dazu Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 856 f.

82 Habersack/Tröger, NZG 2010, 1, 6; in der Sache wohl bejahend dagegen Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 875.

83 Zutreffend Mucciarelli, ECFR 2010, 158, 162 f.

84 Vgl. dazu Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, 352 ff, 360 ff und jetzt Basedow, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27, 41 ff.

85 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823.

86 Zum Sachverhalt der Entscheidung siehe unten § 5 II 4 a) (1).

87 Dazu unten § 5 III. Davon abgesehen, ist umstritten, ob der Fall, bei dem es sich nicht um einen Kontrollneuerwerb, sondern um den Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle handelt, von den kapitalmarktrechtlichen Vorgaben überhaupt erfasst wird; eingehend Verse, NZG 2009, 1331.

88 Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 860 f.

89 Mucciarelli, ECFR 2010, 158, 160.

stimmungen des Sekundärrechts, die einen Gleichbehandlungsgrundsatz enthalten, böten keine schlüssigen Indizien für die Existenz eines allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung von Minderheitsaktionären.⁹⁰ (2.) Die verlangte Gleichbehandlung sei auch nicht eine „spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich des Gesellschaftsrechts“⁹¹ und damit kein selbständiger allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts.⁹²

Dieses Ergebnis überrascht im Vergleich⁹³ zu den Urteilen des Gerichtshofs in den Rs. *Mangold*⁹⁴ und *Kücükdeveci*⁹⁵. Dort hat der Gerichtshof das in der Richtlinie 2000/78/EG niedergelegte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters zugleich als einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts behandelt.⁹⁶ Allerdings ging es in *Mangold* und *Kücükdeveci* um die dogmatische Verankerung eines *besonderen Diskriminierungsverbots*. *Audiolux* ist ein Fall allgemeiner Gleichbehandlung. Besondere Diskriminierungsverbote verwirklichen Gleichbehandlung, indem sie die Merkmale benennen, nach denen grundsätzlich nicht unterschieden werden darf. Das Diskriminierungsverbot ist insoweit – unabhängig von der Hierarchieebene seiner unionsrechtlichen Verankerung – ein unmittelbar anwendbarer Normsatz.⁹⁷ Das meint der Gerichtshof, wenn er die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts mit „Verfassungsrang“ ausstattet.⁹⁸ Dagegen ist der von den Klägern „geltend gemachte Grundsatz durch eine Detailliertheit gekennzeichnet [...], die eine gesetzgeberische Ausarbeitung erforderlich macht, die auf Gemeinschaftsebene durch einen Rechtsakt des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts erfolgt.“⁹⁹ Ein Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre untereinander setzt also gesetzgeberische Entscheidungen voraus, die auf der Abwägung der in Rede stehenden Interessen und im Vorhinein festgelegten klaren und detaillierten

90 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 52.

91 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 53 ff.

92 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 63.

93 Zum Vergleich mit *Mangold* siehe Basedow, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27 ff und Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 847 ff.

94 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981.

95 EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365.

96 EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – *Mangold v. Helm* = Slg. 2005, I-9981 Rn. 74 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 21.

97 Vgl. EuGH, Urt. v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* = Slg. 2010, I-365 Rn. 22: „Zudem ist auf Art. 6 Abs. 1 EUV hinzuweisen, wonach die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und die Verträge rechtlich gleichrangig sind. Nach Art. 21 Abs. 1 dieser Charta sind „Diskriminierungen insbesondere wegen... des Alters“ verboten.“

98 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 63. Diesen Zusammenhang erkennt Metzger, 75 RabelsZ (2011), 845, 862 f.

99 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 63.

Regeln beruhen. Er kann daher methodisch nicht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet werden.¹⁰⁰

Die vom Gerichtshof gegebene Begründung zielt im Ergebnis gegen eine Ableitung einer *kapitalmarktrechtlichen* Gleichbehandlungspflicht von Aktionären untereinander. Darauf beschränkt sich die Aussage des Gerichtshofs.¹⁰¹ Die Rechtsnatur des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs war nicht Verfahrensgegenstand. Damit ist es nach wie vor offen, ob das Unionsrecht neben den einzelnen sekundärrechtlichen Verbürgungen auch einen sekundärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des Verbands gegenüber seinen Aktionären außerhalb des „Börsengesellschaftsrechts“¹⁰² kennt.

b) Nationales Recht

Im nationalen Recht finden sich zahlreiche Geltungsanordnungen des Gleichberechtigungsprinzips¹⁰³. Schwieriger aufzuspüren sind Geltungsanordnungen des eigentlichen verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹⁰⁴ Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 1881 hob das Reichsgericht den Beschluss der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft auf, weil er „eine unzulässige Bevorzugung eines Teils der Aktionäre vor den übrigen zur Folge hat.“¹⁰⁵ Der „Grundsatz gleichmäßiger Behandlung der Aktionäre“ findet sich erstmals ausdrücklich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1898.¹⁰⁶ Nur vier Jahre später sprach das Reichsgericht vom „obersten Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aktionäre“. ¹⁰⁷ Für die Genossenschaft entschied das Reichsgericht 1896, dass

*„die Rechtslage der einzelnen Genossen gegen die Genossenschaft, soweit nicht das Statut Verschiedenheit begründet, grundsätzlich gleich [ist], und diese Gleichheit dadurch verletzt [ist], daß nach dem Beschlusse nur ein Teil der Genossen bei nicht rechtzeitiger Lieferung Strafe zu zahlen hat.“*¹⁰⁸

Daher war ein mehrheitlich gefasster Beschluss der Generalversammlung der Neue Molkereigenossenschaft zu Stettin unwirksam, nach dem lediglich die (kleinere) Gruppe von Genossen, die ihre Milch mit dem Wagen anlieferte, bei jeder verspäteten Lieferung 3 Mark Strafe zahlen sollte.¹⁰⁹ Mit Entscheidungen aus den

100 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 61 f.

101 Darauf weist *Basedow*, FS Hopt (Bd. I), 2010, 27, 45 mit Recht hin; vgl. dazu die Reformulierung der Vorlagefrage in EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 32.

102 Zum Begriff *Fleischer*, NZG 2002, 545 f.

103 Zum Begriff oben § 5 II 1 b).

104 Dazu jetzt auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 2.

105 RGZ 3, 122, 136.

106 RGZ 41, 97, 99.

107 RGZ 52, 287, 294; näher dazu *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 15 ff.

108 RGZ 38, 14, 16.

109 RGZ 38, 14, 15.

Jahren 1908 und 1912 wurde das Prinzip auf die GmbH übertragen.¹¹⁰ Damit postulierte das Reichsgericht aus zeitgenössischer Sicht eine Selbstverständlichkeit.¹¹¹ Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung übernommen und fortgeführt.¹¹² Der eigentliche Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes blieb jeweils unausgesprochen.

Für die Aktiengesellschaft hat sich die Geltungsfrage seit 1979 erledigt. Im Rahmen der Umsetzung der Zweiten Kapitalrichtlinie wurde § 53a AktG neu in das Gesetz eingefügt:¹¹³

„Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.“

Mit dieser Klarstellung sollte Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG ausdrücklich umgesetzt werden, ohne den in Deutschland geltenden Rechtszustand zu ändern.¹¹⁴ Darin liegt nach Ansicht vieler ein Zugewinn an Legitimation, Transparenz und Rechtssicherheit.¹¹⁵ Im Vergleich zu Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG hat § 53a AktG jedoch einen erheblich größeren Anwendungsbereich: Dieser regelt das Verhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter umfassend, während jener auf den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt ist.¹¹⁶ Für die Rechtsbeziehungen in den übrigen Verbänden ist man sich im Ergebnis einig, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsprinzip¹¹⁷ gilt, ohne dass man über seinen Geltungsgrund bis jetzt hätte Einigkeit erzielen können.¹¹⁸ Die dazu vertretenen Auffassungen¹¹⁹ überschneiden sich vielfach mit den Geltungstheorien zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.¹²⁰ Im Wesentlichen lassen sich nicht weniger als sieben Begründungsansätze unterscheiden, die nicht immer trennscharf voneinander abgegrenzt werden können.

(1.) Im Anschluss an *Ludwig Raiser* kann man auf die einseitige Verteilungsmacht des Verbandes abstellen und den Gleichbehandlungsgrundsatz als maß-

110 RGZ 68, 210, 213; RGZ 80, 385, 390.

111 Näher *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 16 f mwN.

112 Siehe die Nachweise in Fn. 303-306.

113 Gesetz zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts v. 13.12.1978, BGBl. I S. 1959.

114 BGHZ 120, 141, 150 f; BT-Drs. 8/1678, S. 13.

115 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 5; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 3; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 1.

116 Dazu oben § 5 II 3 a).

117 *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 14.

118 Siehe dazu *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428 f; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 462 f; *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 104; *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 41; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 244; *Hopt* in: Baumbach/Hopt, HGB, § 109 Rn. 29; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 31; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 122.

119 Dazu im Überblick *Hütte*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 18 ff.

120 Dazu oben § 5 I 3.

gebliches Konfliktlösungsinstrument ansehen.¹²¹ Gleichbehandlung sichert danach die im Ausgangspunkt bestehende Rechtsgleichheit der Gesellschafter vor den Gefahren, die von dem Machtgefälle zwischen Gesellschaft und einzelnen Gesellschaftern ausgehen.¹²² „Eine Gleichbehandlungs’pflicht“, so *Herbert Wiedemann*, „kann nur in Frage stehen, wenn eine Person oder Institution [...] in der Lage ist, ihren Willen ohne Rücksicht auf den Konsens des Betroffenen durchzusetzen“.¹²³ Dagegen wird immer wieder eingewandt, dass aus der einseitigen Gestaltungsmacht allein noch keine Gleichbehandlungspflicht folgen könne.¹²⁴ Damit werde lediglich eine Tatbestandsvoraussetzung beschrieben, die Frage nach dem Geltungsgrund aber gerade nicht beantwortet.¹²⁵

(2.) Das ist auch *Götz Hueck* zu entgegnen.¹²⁶ Er wollte die verbandsrechtliche Gleichbehandlung auf das Gemeinschaftsverhältnis der Gesellschafter untereinander zurückführen.¹²⁷ Nun liegt im Verbandsrecht regelmäßig eine Gemeinschaft mehrerer vor. Das allein kann aber die Frage, warum die Mitglieder gleich zu behandeln sind, nicht befriedigend beantworten. Der Topos „verblasst zu einem normativ wenig aussagefähigen, recht unscharfen Begriff eher deskriptiver Art“.¹²⁸

(3.) Andere sehen den Grund in der aus der Gemeinschaftsbindung folgenden gegenseitigen Treuepflicht. Das Gleichbehandlungsgebot sei lediglich dessen Konkretisierung.¹²⁹ Ob man damit viel gewinnt, ist zweifelhaft. Das Begründungsproblem ist nicht gelöst, es wird nur verschoben. Der Geltungsgrund gegenseitiger Loyalitätspflichten ist seinerseits ebenfalls „komplex“¹³⁰. Damit bleibt immer noch ungeklärt, warum die gegenseitige Treuepflicht gerade zur Gleichbehandlung der Gesellschafter verpflichtet.

(4.) Nicht ganz scharf davon zu trennen ist die Auffassung, wonach der Gleichbehandlungsgrundsatz im Verbandsrecht rechtsgeschäftlichen Ursprungs

121 *Raiser*, ZHR (111) 1948, 75, 84, 93 f; *Raiser*, JZ 1959, 421, 422; dem folgend beispielsweise *Meyer-Cording*, FS Nipperdey, 1965, 537, 544 f und – für das schweizerische Aktienrecht – *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 24.

122 *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 104.

123 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428 f; zustimmend *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 462 f.

124 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 25; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 71.

125 So *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428; *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 156 f.

126 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 428; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 71 f.

127 *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 127 ff; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 31; dazu bereits oben § 4 I 3.

128 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 3 b).

129 OLG Stuttgart NZG 2000, 159, 161 f; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 7 f mwN; *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 41; *Hüffer* in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 2.

130 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 588. Zum Meinungsbild über Geltungsgrund/Rechtsgrundlage und Entstehungsgrund der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht statt vieler *Henrichs*, AcP 195 (1995), 221, 225 ff und *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, Anh § 53a Rn. 14 ff.

ist.¹³¹ Das Argument geht zurück auf *Ernst Cohn*¹³² und wurde von *Franz Bydliński*¹³³ ausgebaut. *Cohn* konstruierte den Gleichbehandlungsgrundsatz als „Schranke der Organisationsgewalt, der *Autonomie der Vereinigung*“.¹³⁴ Die Privatautonomie der Vereinigung dürfe „grundsätzlich nicht weitergehen [...], als es dem Willen derjenigen Personen, die die Vereinigung gegründet haben, entspricht.“¹³⁵ *Bydliński* präziserte, dass die Verteilungsmacht des Verbandes auf die freiwillige Einräumung dieser Gestaltungsmacht zurückzuführen sei und es dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Einräumenden entspreche, in Verteilungssituationen gleich behandelt zu werden. Weil sich der einzelne Gesellschafter nicht seiner Selbstbestimmung vollständig entäußern könne, sei eine vertraglich vereinbarte Aufhebung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unwirksam.¹³⁶ Man muss sich darüber im Klaren sein, dass diese rechtsgeschäftlichen Begründungsversuche nicht auf einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen im Sinne der Rechtsgeschäftslehre basieren können.¹³⁷ Entworfen wird damit ein Organisationsmodell, in dem die Pflicht zur Gleichbehandlung auf einen hypothetischen Konsens zurückgeführt wird.¹³⁸ Treue- und Gleichbehandlungspflichten sind danach auf den Gründungsvertrag zurückzuführende Strukturen, die den Beteiligten *ex ante* verdeutlichen, wie die Gesellschaft auf unerwartete Umstände *ex post* reagieren wird. Gleichbehandlungspflichten dienen somit dazu, Verhaltenserwartungen der Gesellschafter zu stabilisieren.¹³⁹ Letztlich bleibt aber auch hier offen, warum unbekannte Konfliktlagen gerade gleichheitsrechtlich gelöst werden sollen.

(5.) Angesichts dieser Schwierigkeiten ziehen andere es vor, die gewohnheitsrechtliche Geltung zu behaupten.¹⁴⁰

(6.) Wie schon der arbeitsrechtliche¹⁴¹ ließe sich auch der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ableiten.¹⁴² Damit könnte man das Prinzip gleicher Gerechtigkeit normativ verankern. Dagegen werden die bekannten verfassungstheoretischen Argumente gegen die Privatrechtswirkung

131 *Habermeyer* in: Staudinger, § 705 Rn. 53; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 17; *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 244; *Hüffer* in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 3.

132 *Cohn*, AcP 132 (1930), 129 ff.

133 *Bydliński*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 21 ff, 46 ff.

134 *Cohn*, AcP 132 (1930), 129, 135 f.

135 *Cohn*, AcP 132 (1930), 129, 154 f.

136 *Bydliński*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 44 ff.

137 Dazu *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 72.

138 Insoweit läuft die zuletzt von *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 72 f und *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 3 c) vorgetragene Kritik, diese Vereinbarung liege weder im tatsächlichen noch im mutmaßlichen Willen des Mehrheitsgesellschafters, leer.

139 Vgl. *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 4 f; *Bachmann*, ZHR (170) 2006, 144, 161.

140 *Märtens* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 27; aA offensichtlich GA Trstenjak, Schlussanträge v. 30.6.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 89 f.

141 Siehe oben § 5 I 3 d).

142 So beispielsweise *Henn*, AG 1985, 240, 245.

des Gleichheitssatzes erhoben.¹⁴³ Und doch fasziniert Art. 3 Abs. 1 GG und die vom Bundesverfassungsgericht erzielte Kontrolldichte. Man sieht „strukturelle Parallelen“¹⁴⁴ zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und § 53a AktG und will die Maßstäbe verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsprüfung auch im Gesellschaftsrecht fruchtbar machen.¹⁴⁵ Erneut treffen wir auf eine merkwürdige Konstruktion: Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz sei ein genuin privatrechtlicher Rechtssatz, dessen Inhalt maßgeblich vom Verfassungsrecht bestimmt wird, ohne Ausdruck einer privatrechtlichen Wirkung des Art. 3 Abs. 1 GG zu sein. Das ist unnötig kompliziert

(7.) In jüngerer Zeit ist die Diskussion erneut in Bewegung geraten. Ausgangspunkt war der Vorschlag von *Dirk Verse*, den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz unmittelbar mit der (ausgleichenden) Gerechtigkeit zu begründen.¹⁴⁶ Jedenfalls gelingt es *Verse*, das entscheidende Problem im Verbandsrecht richtig zu verorten: Nach Vertragsabschluss fehlt der Konsens des Gesellschafters, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Daher versagt die Privatautonomie als Instrument ausgleichender Gerechtigkeit und man ist gezwungen, nach anderen Verteilungsmaßstäben zu suchen.¹⁴⁷ *Friedemann Kainer* hat diesen Ansatz jüngst aufgegriffen und die Pflicht zur Gleichbehandlung als legitimationsbedürftige Inhaltskontrolle verbandsautonomer Handlungen konzipiert.¹⁴⁸ Die Inhaltskontrolle sei dort erlaubt, „wo das Prinzip der Richtigkeitsgewähr“¹⁴⁹ nicht anwendbar ist, also allein bei Eingriffen in die Rechts- und Pflichtenkreise der Gesellschafter, denen sie *nicht* in voller materialer Freiheit zustimmen konnten.“¹⁵⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz finde seine normative Grundlage in einer Gesamtanalogie zu den einzelnen gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsregelungen.¹⁵¹ Dabei differenziert *Kainer* nicht zwischen dem Gleichberechtigungsprinzip und den Normierungen des eigentlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.¹⁵² Grundlage dieser umfassenden Gesamtanalogie sei die „Kontrollbedürftigkeit einer *Neuverteilung* von Rechten und Pflichten“ im Verband, weil darin eine (potentielle) Verletzung des Grundsatzes ausgleichender

143 Vgl. *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 10 f; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 83 ff; näher oben § 5 I 3 d) und § 4 I 2 c).

144 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 9.

145 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, Rn. 11; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 9; *Hüffer* in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 3.

146 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 76 ff; zustimmend *Metzger*, 75 RabelsZ (2011), 845, 876 f.

147 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 78 f.

148 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 a).

149 *Kainer* greift maßgeblich auf die Konzeption der Vertragsfreiheit von *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 zurück; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 3 III 2 und § 4 IV 4 a) aa).

150 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 a).

151 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 b) aa).

152 Dazu oben § 5 II 1.

Gerechtigkeit liege.¹⁵³ Eine festgestellte Ungleichbehandlung indiziere die Unangemessenheit eines Mehrheitsbeschlusses.¹⁵⁴ Anders ausgedrückt: Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung *ist* eine unangemessene Behandlung. Im Kern begründet *Kainer* damit die Legitimation einer Inhaltskontrolle mit der Ungleichbehandlung als solcher. Es gibt also auch hier¹⁵⁵ kein Entrinnen aus dem Gleichheitsdenken.

4. Dogmatische Verortung des Konflikts zwischen Autonomie und Gleichbehandlung

a) Anwendungsbereich

(1) Persönlicher Anwendungsbereich: Gesellschaft und Gesellschafter?

Zwei Personengruppen kommen als Adressaten des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs in Betracht: (1.) die Gesellschaft als Verband und (2.) die einzelnen Gesellschafter, insbesondere Mehrheitsgesellschafter. Es ist allgemein anerkannt, dass die Gesellschaft Normadressatin des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist.¹⁵⁶ Daran sind alle Organe der Gesellschaft, insbesondere geschäftsführende Gesellschafter und Gesellschaftergesamtheit¹⁵⁷ bei Personengesellschaften,¹⁵⁸ Geschäftsführer und Gesellschafterversammlung bei der GmbH¹⁵⁹ sowie Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung der AG,¹⁶⁰ gebunden. Der jeweilige Organwalter ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, den sie bindenden Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren.¹⁶¹ Etwas missverständlich ist die Aussage, die „Mehrheit der Gesellschafter“ sei an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.¹⁶² Diese Mehrheit ist maßgeblich für die Beschlussfassung innerhalb des jeweiligen Verbandes und in dieser Funktion Normadressat. Entscheidend ist insgesamt nur, dass die Maßnahme der Gesellschaft zugerechnet werden kann.¹⁶³ Zusammenfassend sind Adressaten des Gleichbehandlungsgrundsatzes also die

153 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 b) bb).

154 *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 b) bb).

155 Siehe bereits oben § 5 I 3 d).

156 Statt aller *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 171.

157 Zum Begriff *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 294 f.

158 Vgl. *Hadding/Kießling* in: Soergel, § 705 Rn. 66.

159 *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 34; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 124.

160 *Lutter/Zöllner* in: Kölner Komm. AktG, § 53a Rn. 25; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 29.

161 Vertiefend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 c) aa) (2) mwN.

162 Vgl. OLG München NJW-RR 1995, 746.

163 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 226; aus der neueren Literatur statt aller *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 171 f (zum Kapitalgesellschaftsrecht) und *Ulmer* in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 244 (zum Personengesellschaftsrecht).

Gesellschafterversammlung, die Organe der Gesellschaft und die Gesellschaft selbst.¹⁶⁴

Zweifelhaft ist, ob auch einzelne Gesellschafter Adressaten des *verbandsrechtlichen* Gleichbehandlungsgrundsatzes sein können.¹⁶⁵ Davon sind horizontale Gleichbehandlungspflichten aus anderen Rechtsgrundlagen, insbesondere kapitalmarktrechtlicher Natur, zu unterscheiden. Das Problem lässt sich anhand des Sachverhalts in der Rs. *Audiolux* verdeutlichen:¹⁶⁶ Die Bertelsmann AG kontrollierte 80 % der Anteile an der Bertelsmann Westdeutsche TV GmbH, die ihrerseits 37 % der Aktien an RTL hielt. 30 % der Aktien hielt die Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL), 22 % waren in Händen eines weiteren Großaktionärs, der Pearson Television und 11 % im Streubesitz. Im Zuge mehrerer Transaktionen übertrug GBL ihren Anteil von 30 % am Kapital von RTL an Bertelsmann im Austausch gegen 25 % an deren Kapital. Schließlich erwarb Bertelsmann auch die Anteile von Pearson. Audiolux klagte in Luxemburg u.a. auf Schadensersatz. Bertelsmann habe die gesetzliche Verpflichtung nicht eingehalten, auch ihr anzubieten, ihre Aktien an RTL gegen Aktien von Bertelsmann zu den mit GBL vereinbarten Bedingungen zu tauschen. Der Europäische Gerichtshof malt die Konsequenzen einer Gleichbehandlungspflicht eindringlich aus:

„Diese Pflicht zwänge ihn zum Vertragsabschluss mit allen Minderheitsaktionären zu denselben Bedingungen wie denen, die beim Erwerb einer die Kontrolle verschaffenden oder verstärkenden Beteiligung vereinbart wurden, und führte zu einem entsprechenden Recht aller Aktionäre, ihre Aktien an den Hauptaktionär zu verkaufen.“¹⁶⁷

Allerdings tritt diese Rechtsfolge nur unter zwei kumulativ vorliegenden Voraussetzungen ein: (1.) RTL ist Adressat einer allgemeinen *verbandsrechtlichen*¹⁶⁸ Gleichbehandlungspflicht und (2.) die Differenzierung zwischen dem Erwerb eines Kontrollpakets und dem Erwerb sonstiger Anteile ist sachlich nicht gerechtfertigt. Es ist also nicht die Existenz eines den Gesellschafter treffenden Gleichbehandlungsgrundsatzes als solche, die zur Gleichbehandlung zwingt, sondern erst ein fehlender Rechtfertigungsgrund. Der Europäische Gerichtshof differenziert hier leider nicht mit der notwendigen Klarheit. Im Ergebnis lehnt der Gerichtshof eine verbandsrechtliche Pflicht des Mehrheitsgesellschafters ab, die Aktien von Minderheitsgesellschaftern zu den gleichen Bedingungen aufzukaufen, die er zum

164 Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 47 (zum schweizerischen Recht).

165 Dazu vertiefend Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 172 ff und zuletzt Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 c) aa) (3).

166 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 20-24.

167 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 55.

168 Zum kapitalmarktrechtlichen Pflichtangebot und der daraus folgenden Gleichbehandlung siehe unten § 5 III 4 b) (2).

Erwerb der Kontrollmehrheit geboten hat.¹⁶⁹ Bettet man diese Aussagen in den Kontext der Entscheidung ein, folgt daraus, dass sich der persönliche Anwendungsbereich eines möglichen unionsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruchs im Verbandsrecht¹⁷⁰ auf das Verhältnis von Gesellschaft und Gesellschaftern beschränkt.

Auch im deutschen Gesellschaftsrecht wird der persönliche Anwendungsbereich nach ganz überwiegender Auffassung auf dieses Verhältnis beschränkt.¹⁷¹ Gesellschafter und Aktionäre untereinander sind nicht verbandsrechtlich zur Gleichbehandlung verpflichtet. Kapitalmarktrechtlich kann dagegen eine Gleichbehandlungspflicht aus § 3 Abs. 1 WpÜG und §§ 29 ff WpÜG folgen.¹⁷² Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungsgebots ließe sich eine Pflicht des Mehrheitsaktionärs, die übrigen Aktionäre am Paketzuschlag zu beteiligen, aus der ihn treffenden Treuepflicht konstruieren.¹⁷³ Im Ergebnis werden daraus folgende Gleichbehandlungspflichten ganz überwiegend abgelehnt.¹⁷⁴ Treue- und Gleichbehandlungspflichten kollidieren hier mit dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundsatz der freien Verfügbarkeit des Gesellschaftsanteils bzw. der Aktie.¹⁷⁵ Es geht also erneut um den Konflikt von privatautonom zu gestaltender Freiheit des Gesellschafters mit Gleichbehandlungspflichten zugunsten anderer Gesellschafter. Das Ergebnis zeigt, dass er wieder methodisch über die Vorrangfrage gelöst wird. Dadurch kommt es zu einer methodisch unglücklichen Zweiteilung: Innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des WpÜG ist der Mehrheitsgesellschafter verpflichtet, die Minderheitsgesellschafter nicht ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln.¹⁷⁶ Außerhalb davon soll dagegen schon keine Pflicht zur Gleichbehandlung existieren. Zwingend vorgegeben ist diese dogmatische Einordnung nicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bietet mit dem sachlichen Grund das notwendige methodische Instrumentarium, die Fälle herauszufiltern, in denen die freie Verfügbarkeit zu Lasten der Minderheitsaktionäre nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

169 EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-101/08 – *Audiolux S.A. v. Groupe Bruxelles Lambert SA, Bertelsmann AG* = Slg. 2009, I-9823 Rn. 64.

170 Dazu oben § 5 II 3 a).

171 OLG Düsseldorf WM 1992, 986, 989; näher zum Ganzen *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 173 ff; aA *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, 270 ff; *Berding*, WM 2002, 1149, 1152 f.

172 Dazu unten § 5 III 4.

173 *Reul*, Die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre bei privaten Kontrolltransaktionen, 1991, 252 ff.

174 Näher zum Streitstand *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 180 ff; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 c) aa) (3).

175 Vgl. dazu *Henze/Notz* in: *Großkomm. AktG*, § 53a Anh Rn. 116.

176 Zu den Einzelheiten unten § 5 III 4.

(2) Sachlicher Anwendungsbereich: mitgliedschaftlicher Bereich

Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nach allgemeiner Auffassung nur im mitgliedschaftlichen Bereich, also nur für die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern.¹⁷⁷ Der Anwendungsbereich ist nur eröffnet, wenn ein Gesellschafter im Vergleich zu anderen Gesellschaftern ungleich behandelt wird. Er greift nicht, wenn ein gesellschaftsfremder Dritter begünstigt wird.¹⁷⁸ Davon wird eine Ausnahme gemacht, wenn das Verhalten des Dritten einem Gesellschafter zugerechnet werden kann.¹⁷⁹ Probleme bereiten die Fälle, in denen der ungleich behandelte Gesellschafter zugleich Dritter ist. Die ganz überwiegende Meinung differenziert hier zwischen der verbandsrechtlich geprägten Gemeinschaftsbeziehung und den schuldrechtlich geprägten Individualbeziehungen zwischen Gesellschaft und Aktionär. Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei nur gegeben, wenn die Gesellschaft im mitgliedschaftlichen Bereich ungleich behandelt. Maßgebend für die Abgrenzung dieser Bereiche sei bei einem Vertragsschluss zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, ob die Gesellschaft den Vertrag wegen der Gesellschaftereigenschaft des Vertragspartners eingeht.¹⁸⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist danach nur dann anzuwenden, wenn zwischen der Entscheidung der Gesellschaftsorgane und der Gesellschaftereigenschaft ein innerer Zusammenhang besteht. Ist die Gesellschaftereigenschaft dagegen ein rein „zufälliger“ Begleitumstand, ist der Grundsatz unanwendbar.¹⁸¹ Handle es sich um einen beherrschenden oder maßgeblich beteiligten Gesellschafter, sollen nach umstrittener Auffassung Beweiserleichterungen zugunsten der ungleich behandelten Gesellschafter gelten.¹⁸² Die Geschäftsleitung könne diese Vermutung widerlegen, indem sie „die geschäftlichen Auswahlkriterien darlegt und ihre Auswahl insbesondere damit begründet, dass der Geschäftsabschluss mit dem Gesellschafter dem Gesellschaftsinteresse

177 BGH AG 1997, 414 und aus der Literatur statt aller *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 5 ff, 18 ff.

178 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 31, 39; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 6 und *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 27 f (zum schweizerischen Aktienrecht).

179 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 40 (dort auch zu den maßgeblichen Zurechnungskriterien); *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 6; *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 20 f; vertiefend zur Zurechnung *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 244 ff.

180 Siehe OLG Hamm GmbHR 1996, 768, 769; BGH AG 1997, 414 und aus der Literatur *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 193 ff und *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV c) bb) jeweils mwN.

181 Aus der Literatur grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 227 f; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 305 f; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 196 f.

182 *Lutter/Zöllner* in: Kölner Komm. AktG, § 53a Rn. 21; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 199 ff; aA *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 42; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 7; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 18; anders jetzt *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 47.

dient“.¹⁸³ Damit führt man auf der Ebene des sachlichen Anwendungsbereichs nichts anderes als eine verkappte Rechtfertigungsprüfung ein!

Dieser methodische Umweg wirft ein bezeichnendes Licht auf einen untauglichen Versuch, das eigentliche Problem zu adressieren. Man kann schon grundsätzlich nicht ausschließen, dass eine begünstigende oder benachteiligende Entscheidung der Gesellschaft ohne Rücksicht auf die Gesellschafterstellung erfolgt ist.¹⁸⁴ Die Vorstellung, man könne zwischen der Rolle des Gesellschafters als Gesellschafter und als Dritter grundsätzlich trennen, ist Fiktion. Eine Person ist nicht „lediglich zufällig“ auch Gesellschafter. Sie spielt insofern eine *Doppelrolle* und ist immer eine der Gesellschaft *nahe stehende Person*¹⁸⁵. Das zeigt ein vom OLG Hamm entschiedener Fall:¹⁸⁶

Die beklagte GmbH hatte fünf Gesellschafter mit gleichen Anteilen, die zugleich Geschäftsführer mit unterschiedlichen Aufgabenbereichen waren. Die GmbH vereinbarte mit allen Geschäftsführern Bezüge in gleicher Höhe, die von der Gesellschafterversammlung sukzessive auf 14.000 DM erhöht wurden. Mit zwei 1994 gefassten Beschlüssen wurden zunächst die Gehälter auf 17.000 DM erhöht und dann das Gehalt des Klägers auf 10.000 DM gekürzt, weil er angeblich zu geringe oder nicht hinreichend ergiebige Arbeitsleistungen erbracht habe. Das OLG geht selbstverständlich davon aus, dass für den Abschluss und die Konditionen des Geschäftsführungsvertrages die Gesellschaftereigenschaft mitbestimmend war. Dagegen wurde eingewendet, man dürfe nur darauf abstellen, ob die Kürzung der Bezüge den davon betroffenen Gesellschafter wie einen externen Gesellschafter – dann keine Gleichbehandlung – oder als Gesellschafter treffe, weil es sich um eine Benachteiligung handle.¹⁸⁷ Das greift zu kurz, weil man dabei die übrigen vier Geschäftsführer nicht berücksichtigt. Hätte die GmbH nur einen Beschluss gefasst und darin die Bezüge der vier erhöht und die des Klägers unverändert gelassen, müsste man nämlich fragen, ob die vier wegen ihrer Gesellschafterstellung bevorzugt werden oder ob das „rein zufällig“ mit ihrer Gesellschaftereigenschaft zusammenhängt. Das zeigt, wie spitzfindig die Trennung letztlich ist. Im Ergebnis kann man diese Frage nicht entscheiden, ohne auf die für die Maßnahme relevanten Kriterien zurückzugreifen. Auch das OLG schließt den Gesellschafterbezug der Maßnahme implizit daraus, dass keine objektiven Gründe für die Ungleichbehandlung gegeben werden.

Die Trennung von Mitgliedschaft und Drittgeschäft kann man offenbar nicht ohne Rückgriff auf sachliche Gründe durchführen. Jeder Versuch einer Differenzierung auf Tatbestandsebene ist zwangsläufig mit Erklärungsaufwand verbunden.¹⁸⁸ Dann ist es methodisch konsequent, diese Prüfung innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes durchzuführen und sie nicht in den sachlichen

183 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV c) bb).

184 Ähnlich auch Michalski in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 128.

185 Dieser Begriff stammt aus Art. 678 Abs. 1 schweizerisches OR, näher dazu im Kontext der Gleichbehandlung Huguenin Jacobs, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 255 ff.

186 OLG Hamm GmbHR 1996, 768.

187 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 204.

188 Das gilt auch für den Vorschlag von Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV c) bb), im Anschluss an Bayer in: MünchKomm AktG, § 57 Rn. 36 ff zwischen Vorgängen innerhalb und außerhalb „normaler“ Umsatzgeschäfte zu differenzieren.

Anwendungsbereich zu verlagern. Es spricht daher alles dafür, den Anwendungsbereich auch auf Drittgeschäfte der Gesellschafter auszudehnen.¹⁸⁹ Das behindert die Gesellschaft freilich nicht, mit Gesellschaftern Individualvereinbarungen zu treffen. Voraussetzung dafür ist nur, dass sie rechtfertigen kann, warum sie mit einem Gesellschafter kontrahiert und mit dem anderen nicht. Die Anforderungen an den sachlichen Grund hängen dann von den Umständen des Einzelfalls ab. Handelt es sich beispielsweise um den dominierenden Mehrheitsgesellschafter, muss die Gesellschaft ihre Entscheidung mit Leistungsqualität, Zuverlässigkeit, Produktmodernität, Preisgestaltung etc. rechtfertigen können.¹⁹⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz kompensiert hier die Tatsache, dass Verkehrsgeschäfte mit Gesellschaftern wegen deren Doppelrolle nicht zwangsläufig den Marktgesetzen unterliegen.¹⁹¹ Sie muss einen Auftrag im Ergebnis auch nicht zwischen allen in Betracht kommenden Gesellschaftern aufteilen,¹⁹² weil es immer einen Sachgrund geben kann, nur mit einem Partner abzuschließen.¹⁹³ Entscheidend aber ist, dass diese Gründe offenbart werden, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Transparenz im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern erhöht und dadurch dem Interesse der Gesellschaft insgesamt dient. Gekünstelte Beschränkungen seines sachlichen Anwendungsbereichs schaffen dagegen Abgrenzungsprobleme und Intransparenz.

(3) Zeitlicher Anwendungsbereich: Vertrags- und Satzungsautonomie

Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt den Gesellschafter für die Dauer seiner Mitgliedschaft in dem Verband und in der Vorgesellschaft.¹⁹⁴ Zweifelhaft ist, ob er den Verband auch zur Gleichbehandlung des ausgeschiedenen oder des zukünftigen Gesellschafters verpflichtet.¹⁹⁵ Eine ganz andere Dimension hat die Frage, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz auch für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gilt. Das ist für seine Ausprägung als Gleichberechtigungsprinzip¹⁹⁶ sicher zu bejahen.¹⁹⁷ In der Praxis sind die Mitwirkungsbefugnisse der ein-

189 IE auch *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 13 Rn. 63; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 128.

190 AA *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 42, die einen zu beweisenden (!) tatsächlichen Einfluss auf die Organe der Gesellschaft verlangen.

191 Vgl. *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 255 f; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 178.

192 So aber *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 128.

193 Zutreffend insoweit *Drygala* in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 16 f.

194 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 44.

195 Für eine Nachwirkung *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 45; gegen eine Vor- oder Nachwirkung bei der Gesellschafterbenachteiligung aber *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 223 ff.

196 Zum Begriff oben § 5 II 1 b) (1).

197 Vgl. den Überblick bei *Hütte*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 25 ff.

zelen Gesellschafter freilich sehr unterschiedlich gestaltet.¹⁹⁸ Das wirft die Frage auf, ob und inwieweit das Gleichberechtigungsprinzip und der Gleichbehandlungsgrundsatz ieS disponibel sind. Es geht also erneut um den Vorrang von Vertragsfreiheit und Satzungsautonomie. Nach klassischer Position ist ein Grundsatz, wonach die Gesellschafter ungleiche Rechte und Pflichten in Gesellschaftsvertrag oder Satzung nur bei sachlicher Rechtfertigung vereinbaren dürfen, unvereinbar mit der Vertragsfreiheit.¹⁹⁹ Soweit die gesetzlichen Regelungen des Gleichberechtigungsprinzips oder -grundsatzes dispositiv sind, kann der Gesellschaftsvertrag also davon abweichen, ohne dass es eines sachlichen Grundes hierfür bedürfte.²⁰⁰ Der Gestaltungsfreiheit sind zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Gesellschafter Grenzen gesetzt.²⁰¹ Eine dieser Grenzen ist die sog. „Kernbereichslehre“. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:²⁰²

(1.) Die Kernbereichslehre bewirkt einerseits, dass bestimmte Gesellschafterrechte nicht beliebig dispositiv sind und sie daher auch im Gesellschaftsvertrag nicht abbedungen werden können. *Herbert Wiedemann* spricht insoweit von „Grund(mitgliedschafts)rechten“.²⁰³ Zu diesem unverzichtbaren Kernbereich zählen jedenfalls ein Mindestmaß an Teilhaberechten an der internen Willensbildung – das gilt etwa für das Teilnahmerecht an Beratungen, für das Antrags- und für das Kontrollrecht –, ferner das Lösungsrecht aus wichtigem Grund, das Verbot der Hinauskündigung aus freiem Ermessen ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes und die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.²⁰⁴ Auf dessen Geltung kann der Gesellschafter im Vertrag nicht verzichten.²⁰⁵ Nimmt man die Kernbereichslehre in diesem Bereich ernst, bedeutet dies, dass die Ungleichbehandlung von Gesellschaftern in Vertrag und Satzung letztlich nachvollziehbare Ursachen haben muss, die rechtlicher, steuerlicher oder wirtschaftlicher Art sein können.²⁰⁶ Die damit in der Kernbereichslehre implizit vorhandene Gleichbehandlungspflicht führt zur Einschränkung gesellschaftsvertraglicher Privatauto-

198 Dazu *Flume*, Personengesellschaft, Bd. 1, 1977, 133 f.

199 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2002, 463; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 5; *Hadding/Kießling* in: *Soergel*, § 705 Rn. 65; *Altmeyen* in: *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 13 Rn. 61; *Fastrich* in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 13 Rn. 33; in der Sache auch *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 a) aa). Siehe auch den Überblick bei *Hütte*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 34 f.

200 Vgl. *Raiser* in: *Ulmer*, GmbHG, § 14 Rn. 102.

201 *Flume*, Personengesellschaft, Bd. 1, 1977, 191; ähnlich jetzt *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) dd).

202 Dazu *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts, 2001, 11 f; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 218.

203 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 218.

204 *Goette* in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, § 119 Rn. 53; speziell zum Gleichbehandlungsgrundsatz auch *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts, 2001, 13; *Ulmer* in: *MünchKomm-BGB*, § 705 Rn. 247.

205 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 267 f; vgl. auch *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 329 f.

206 *Westermann* in: *Erman*, § 705 Rn. 40.

nomie.²⁰⁷ Es muss nämlich sachliche Gründe für die Vereinbarung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag geben.²⁰⁸ Je nach anzuwendendem Kontrollmaßstab kann man darüber eine erhebliche Einschränkung der Satzungsautonomie erreichen.²⁰⁹

(2.) Die Kernbereichslehre beschränkt andererseits die Möglichkeit, einem Gesellschafter Mitgliedschaftsrechte ohne seine Zustimmung aufgrund Mehrheitsbeschlusses zu entziehen. *Wiedemann* spricht von „unentziehbaren (= mehrheitsresistenten) Mitgliedschaftsrechten“.²¹⁰ Der Kernbereich beschreibt Rechtspositionen, die der Gesellschafter nur willentlich preisgeben kann. Der Bundesgerichtshof geht in seiner neueren Rechtsprechung von einem zweistufigen Schutzkonzept aus:²¹¹ Auf erster Stufe verlangt der Bestimmtheitsgrundsatz, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag – sei es auch durch dessen Auslegung – eindeutig ergibt, dass der in Frage stehende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll. Auf zweiter Stufe der „Kernbereichslehre“ ist zu prüfen, ob ein unzulässiger Eingriff in schlechthin unverzichtbare oder in „relativ unentziehbare“, das heißt in nur mit (gegebenenfalls antizipierter) Zustimmung des einzelnen Gesellschafters oder aus wichtigem Grund entziehbare Mitgliedschaftsrechte, vorliegt. Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre sind insoweit Schranken der Verbandsmacht. Sie treten selbstständig neben den, hier uneingeschränkt anwendbaren, Gleichbehandlungsgrundsatz. Das bestätigt die Entscheidung BGHZ 116, 359:

Mit mehrheitlich gefasstem Beschluss der Gesellschafterversammlung wurde ein neuer Gesellschaftsvertrag für ausscheidende Gesellschafter beschlossen. Darin wurde u.a. geregelt, dass nach dem 31.12.1988 beigetretene Gesellschafter bei Ausscheiden lediglich einen Anspruch auf Rückzahlung der Stammeinlage haben, während den übrigen Gesellschaftern für jedes davor liegende Jahr ihrer Mitgliedschaft ein nach Jahren gestaffelter Betrag von 1.000-1.350 DM zusteht.

Der Bundesgerichtshof prüft das ganz selbstverständlich anhand des Gleichbehandlungsgrundsatzes.²¹² Angesichts des Sachverhalts war das naheliegend: Die mehrheitlich beschlossene nachträgliche Satzungsänderung betrifft den klassischen Anwendungsfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Schranke der Verbandsmacht. Beschränkt man die Bedeutung dieser Aussage auf die konkrete Fallkonstellation, läuft man Gefahr, die Bedeutung der Entscheidung zu relativieren.²¹³ Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang eine Aussage getrof-

207 *Habermeier* in: Staudinger, § 706 Rn. 53.

208 *Märtens* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 27.

209 Kritisch daher *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 5 f.

210 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, 218.

211 BGHZ 170, 283, Rn. 9 f; zum Ganzen statt vieler *Goette* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 119 Rn. 46 ff; *Schmidt*, ZGR 2008, 1, 8 ff, 17 ff; *Ulmer/Schäfer* in: MünchKomm-BGB, § 709 Rn. 84 ff.

212 BGHZ 116, 359, 372 ff.

213 Vgl. *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 5 (Fn. 24).

fen, die ganz allgemein formuliert war und – wie sich mittlerweile herausstellt – auch ganz allgemein gemeint war:

*„Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter. Das bedeutet nicht, daß die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag nicht erlaubt ist. Sie muß lediglich sachlich berechtigt sein und darf nicht den Charakter der Willkür tragen.“*²¹⁴

Dagegen wurde – reflexartig – der vermeintliche Vorrang der Vertragsfreiheit ins Feld geführt.²¹⁵ Die Beteiligungsrechte des „Gesellschafters minderen Rechts“, so der Einwand, seien bereits von Anfang an bewusst ungleich ausgestaltet worden.²¹⁶ Damit erkennt man, dass gerade die Ungleichbehandlung von Gesellschaftern ein Schutzbedürfnis begründet und damit eine Inhaltskontrolle aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten legitimiert.²¹⁷ Zwei jüngere Urteile des Bundesgerichtshofs belegen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auch in der Phase des Zustandekommens der Gesellschaft anzuwenden ist. In beiden Verfahren rügten die Kläger, dass die im sog. „Managermodell“ oder „Mitarbeitermodell“ anzutreffenden Vereinbarungen zur Rückübertragung des GmbH-Gesellschaftsanteils bei Beendigung der Geschäftsführerstellung bzw. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.²¹⁸ Der Bundesgerichtshof hat die grundsätzliche Anwendbarkeit nicht thematisiert und nahm in beiden Fällen eine Ungleichbehandlung der Gesellschafter an, die er für rechtfertigungsfähig hielt.²¹⁹ Die Rechtfertigungsprüfung lässt offensichtlich ausreichend Raum dafür, die mit solchen Klauseln verfolgten Ziele der Gesellschaft zu berücksichtigen. Das lässt sich anhand des Falles zum Mitarbeitermodell gut verfolgen:

„Die Vereinbarung einer Pflicht zur Rückübertragung des Geschäftsanteils bei Ende des Arbeitsverhältnisses ist auch nicht wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz unwirksam. [...] Die Regelung enthält keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Die von dem Landgericht zu Unrecht verneinte Ungleichbehandlung beruht auf einem sachlichen, sie rechtfertigenden Grund. S hat die Gesellschaft – zusammen mit seiner Ehefrau, die zu 10 % beteiligt ist – gegründet und das erforderliche Kapital aufgebracht. Die Mitarbeiter-Gesellschafter haben dagegen in die Gesellschaft kein Kapital eingelegt, sondern allenfalls an S einen Kaufpreis für ihre Anteile bezahlt. Bei dieser Sachlage bestehen keine Bedenken gegen eine Regelung, wonach nur die Mitarbeiter-Gesellschafter und

214 BGHZ 116, 359, 373.

215 Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 463; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 13 Rn. 61.

216 Grundlegend Flume, Personengesellschaft, Bd. 1, 1977, 137 f, 178 ff; in jüngster Zeit Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 34 Rn. 40 ff und dagegen Ulmer/Schäfer in: MünchKomm-BGB, § 737 Rn. 17 ff.

217 Vgl. Henssler, FS Konzen, 2006, 270.

218 Dazu BGHZ 164, 107; BGHZ 164, 98.

219 BGHZ 164, 107, 112; BGHZ 164, 98, 104.

*nicht auch S bei Beendigung ihrer Tätigkeit für die [GmbH] zur Rückgabe ihrer Geschäftsanteile verpflichtet sind.*²²⁰

Damit war allerdings erst eine Hürde genommen. Der Gesellschaftsvertrag war nachträglich von der Gesellschafterversammlung geändert worden und das Abfindungsguthaben der zwingend auszuscheidenden Gesellschafter – und zwar nur dieser – wurde auf die für die Geschäftsanteile gezahlte Summe beschränkt.²²¹ Damit kam es darauf an, ob der Abfindungsanspruch in der Satzung wirksam beschränkt wurde.²²² Der Bundesgerichtshof hat *diese* Klausel interessanterweise nicht auf ihre gleichheitsrechtliche, sondern auf ihre freiheitsrechtliche Wirksamkeit geprüft. Es kam darauf an, ob der Beschluss nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig war, weil die Abfindung außer Verhältnis zum vollen wirtschaftlichen Wert des Anteils steht.²²³ Wieder einmal erleben wir eine Flucht aus der Gleichheitsdogmatik. In der Sache bleiben die Erwägungen freilich gleichheitsrechtlich durchtränkt:

*„Eine derartige Abfindungsbeschränkung ist vielmehr sachlich gerechtfertigt, weil anderenfalls nur die erste Generation von Mitarbeiter-Gesellschaftern in den Genuß der Vorteile dieser Vertragsgestaltung gelangte, mit deren Ausscheiden unter Zahlung einer Abfindung zum Verkehrswert aber die für die weitere Durchführbarkeit des Modells erforderliche finanzielle Grundlage zerstört wäre. Hat er den Anteil unentgeltlich erhalten, kann damit eine Abfindung auch ganz entfallen.“*²²⁴

b) Ungleichbehandlung

(1) Gleichbehandlungsmaßstäbe

§ 53a AktG formuliert, dass Aktionäre „unter gleichen Voraussetzungen“ gleich zu behandeln sind. Das geht zurück auf Art. 42 Richtlinie 77/91/EWG²²⁵, der zur Gleichbehandlung der Aktionäre verpflichtet, „die sich in denselben Verhältnissen“ befinden. Darin wird ein allgemeiner Gedanke des Gleichbehandlungsgrundsatzes exemplarisch ausgedrückt: Nicht jede verschiedene Behandlung von Gesellschaftern ist auch eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung. Entscheidend ist, ob die begünstigten und nicht begünstigten Gesellschafter hinsichtlich des konkreten Regelungsgegenstandes vergleichbar sind. Dass man hier bereits auf Tatbestandsebene differenzieren muss, zeigt sich besonders deutlich im Kapitalgesellschaftsrecht. Bei GmbH und AG verknüpft das Gesetz die Ausübung von

220 BGHZ 164, 107, 112 f.

221 BGHZ 164, 107, 108.

222 Dazu näher BGHZ 116, 359, 368 ff.; aus der Literatur statt vieler *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 34 Rn. 46 ff.; *Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 34 Rn. 25.

223 Vgl. BGHZ 116, 359, 374 ff.

224 BGHZ 164, 107, 116.

225 Dazu oben § 5 II 3 a).

„Hauptrechten“ (Anspruch auf Gewinn, Stimmrecht, Liquidationserlös) mit der Beteiligungsquote des Gesellschafters.²²⁶ Der Gleichbehandlungsmaßstab ist also nicht – wie im Personengesellschaftsrecht²²⁷ – die Person des Gesellschafters im Vergleich zu den Mitgesellschaftern, sondern sein Anteil am Grundkapital.²²⁸ Differenziert die Satzung innerhalb dieser Gruppe und sieht sie beispielsweise Aktien mit verschiedenen Rechten oder Vorzugsaktien ohne Stimmrecht vor (§§ 11, 12, 23 Abs. 3 Nr. 4 AktG),²²⁹ sind bezüglich dieser Rechte²³⁰ nur die Aktionäre innerhalb der jeweiligen Aktiengattung vergleichbar.²³¹ Davon muss man die Frage unterscheiden, ob die Entscheidung, diese Differenzierung überhaupt zu treffen, eine Ungleichbehandlung ist. Die Frage wird für nachträgliche Satzungsänderungen einheitlich bejaht,²³² während nach herkömmlicher Vorstellung im Gründungsstadium beschlossene Differenzierungen nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes fallen sollen.²³³ Handelt es sich dagegen um die sog. „Hilfsrechte“ (Teilnahmerecht, Rederecht, Informationsrechte), spielt die Höhe des investierten Kapitals keine Rolle.²³⁴ Aus Gründen des Minderheitenschutzes²³⁵ ist der Gleichbehandlungsmaßstab daher die jeweilige Person des Gesellschafters.²³⁶

Der Gleichbehandlungsmaßstab drückt aus, welche Gleichbehandlung grundsätzlich geboten ist – welche Gesellschafter vergleichbar sind – und ist daher streng von den sachlichen Gründen zu unterscheiden, die eine davon abweichen- de Ungleichbehandlung rechtfertigen.²³⁷ Wie bereits beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz herausgearbeitet wurde, ist die Vergleichbarkeit rein deskriptiv zu bestimmen, während die normativen Aspekte im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen sind.²³⁸ Diese Trennung wird vielfach nicht nachvollzogen. *Verse* nimmt beispielsweise die gesetzlichen Differenzierungen bei der Ausübung von Minderheitsrechten (vgl. § 122 AktG, § 50 GmbHG) zum Anlass, die Vergleichbarkeit von Aktionären, die das Quorum erfüllen, mit

226 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 228 f.

227 Zu den Unterschieden eingehend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) aa).

228 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 50.

229 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 86.

230 Zutreffend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 208, der hier zwischen dem jeweiligen Regelungsgegenstand der Maßnahme differenziert.

231 *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 22.

232 Vgl. statt aller *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 89 ff; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 23; zum schweizerischen Recht vgl. *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 33 f.

233 Dazu oben II 5 a (3); zum schweizerischen Recht vgl. *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, 1994, 32 f.

234 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 52.

235 Zutreffend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d).

236 Statt aller *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 105; *Fleischer* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 53a Rn. 26; *Michalski* in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 125, 127.

237 Grundlegend *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 199 f; vgl. jetzt auch *Seibt* in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 45a; weniger klar dagegen *Raiser* in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 105.

238 Siehe oben § 5 I 4 b).

den sonstigen Aktionären zu verneinen.²³⁹ Das ist in der Sache eine weitere Beschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die methodisch nicht geboten ist. Ich finde es dagegen überzeugend, die Ungleichbehandlung unter Verweis auf die gesetzliche Differenzierung zu rechtfertigen. Dem steht offensichtlich das Verständnis entgegen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz immer eine „besondere sachliche Rechtfertigung im Gesellschaftsinteresse“ verlange.²⁴⁰ Das ist ein folgenreiches Missverständnis.²⁴¹ Im Gesetz angelegte Differenzierungen vergleichbarer Aktionärsgruppen bilden ebenfalls sachliche Gründe. Diese These wird von der Entscheidung *Mannesmann* (1977) belegt.²⁴² Danach ist die im Wege der Satzungsänderung erfolgte Festlegung eines Höchststimmrechts (§ 134 Abs. 1 S. 2 AktG) zwar eine (substantiell) ungleiche Behandlung des Aktionärs, der diesen Höchstbetrag überschreitet. Die Ungleichbehandlung ist allerdings sachlich gerechtfertigt,²⁴³ weil „der Gesetzgeber die notwendige Abwägung zwischen den Belangen etwa betroffener Aktionäre und dem Interesse der Gesellschaft an einer Abwehr gefährlicher Machteinflüsse von innen oder außen vorweggenommen und diesem den Vorrang eingeräumt hat“²⁴⁴. Das Gesetz schreibt den Rechtfertigungsgrund vor. Der Rechtsanwender ist daran gebunden.²⁴⁵ Daran wurde in der Literatur erhebliche Kritik geübt.²⁴⁶ Sie kann nicht gegen die Methode gerichtet werden, aber bei der – hier nicht weiter zu verfolgenden – Frage ansetzen, ob das vom Bundesgerichtshof ermittelte Abwägungsergebnis wirklich zwingend im Gesetz angelegt ist.²⁴⁷

Die Bindung an gesetzgeberische Wertungen kann auch in die entgegengesetzte Richtung gehen. In diesen Fällen ist eine sachliche Rechtfertigung nach allgemeinen Maßstäben ausgeschlossen. Beispiele dafür sind im Aktienrecht die §§ 60 Abs. 1, 134 Abs. 1 S. 1, 186 Abs. 1 S. 1, 271 Abs. 2 AktG. Diese Vorschriften enthalten nach herkömmlicher Auffassung spezielle Gleichbehandlungsmaßstäbe und sollen daher dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz in § 53a AktG vorgehen. Soweit sie jedoch Spielräume für abweichende Gestaltungen eröffnen, ergebe sich Raum für die Anwendung des § 53a AktG.²⁴⁸ Methodisch kann man dasselbe Ergebnis einfacher erreichen, indem man die Sondervorschriften als gesetzlich vorgeschriebene Rechtfertigungsmaßstäbe liest.

239 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 210.

240 Siehe *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 210.

241 Vgl. auch OLG Hamm NZG 2008, 914, 915, das § 53a AktG nicht anwenden will, weil § 101 Abs. 2 AktG die Ungleichbehandlung gesetzlich billige.

242 BGH BGHZ 70, 1977, 117.

243 BGH BGHZ 70, 1977, 117, 121 ff; *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 82; aA *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 24: Ausnahme.

244 So die Zusammenfassung der Position in BGHZ 71, 40, 45.

245 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 83.

246 Vgl. die Angaben bei *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 211.

247 *Hüffer* in: *Hüffer*, AktG, § 53a Rn. 11; genau daran setzt auch die Kritik von *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 212 ff an.

248 *Henze/Notz* in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 54; *Bungeroth* in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 8.

Beispiel: Ein Aktionär wird ungleich behandelt iSv § 53a AktG, wenn ihm bei einer Kapitalerhöhung keine seinem Anteil entsprechenden neuen Aktien zugeteilt werden (§ 186 Abs. 1 S. 1 AktG). Die bei § 53a AktG grundsätzlich mögliche Rechtfertigung dieser Entscheidung mit sachlichen Gründen hat der Gesetzgeber in § 186 Abs. 1 S. 1 AktG abschließend vorgenommen und verneint. Wird das Bezugsrecht wirksam ausgeschlossen (§ 186 Abs. 3 AktG),²⁴⁹ entfällt die gesetzgeberische Interessenbewertung und die Ungleichbehandlung der Aktionäre bei der anschließenden Verteilung ist aufgrund sachlicher Gründe (§ 53a AktG) zu rechtfertigen.

(2) Arten der Ungleichbehandlung

Keine großen Probleme bereitet die Feststellung einer formalen Ungleichbehandlung: Die Maßnahme knüpft an eine Differenzierung in der Person des Gesellschafters oder an einzelne Anteile an.²⁵⁰ Erheblich mehr Probleme bereiten die sog. „materialen“ Ungleichbehandlungen. Das sind Maßnahmen, die zwar alle Gesellschafter formal gleich behandeln, sich aber im Ergebnis unterschiedlich stark auf die Gesellschafter auswirken.²⁵¹ Dazu zwei Beispiele:

In RGZ 68, 210 war über den Beschluss der Generalversammlung einer GmbH zu entscheiden, wonach die Quote zur Einberufung der Versammlung von 10 % auf 20 % der Anteile erhöht wurde. Das Landgericht war der Auffassung, dieser Beschluss sei ungültig, weil er gegen die Minderheitsgesellschafter gerichtet sei, die zusammen auf 12,25 % der Stimmen kamen. Das Reichsgericht sah darin einen richtigen Gedanken „falsch angewendet“. Bei „der Frage, wann die Gleichberechtigung verletzt ist, muß von den rein zufälligen Verhältnissen der Gesellschaft und der Gesellschafter abgesehen werden.“ Der Beschluss wäre nur dann unzulässig, „wenn er schon seinem Inhalte nach, ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände, die einzelnen ungleich treffe.“²⁵²

In RGZ 122, 159 beschloss die Gesellschafterversammlung mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters eine Kapitalerhöhung und ließ die Übernahme dieser Anteile durch die Steinhandelsgesellschaft zu, die vom Mehrheitsgesellschafter kontrolliert wurde. Das Reichsgericht stellte fest, dass der „Beschluss an und für sich [...] nicht gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter“ verstieß. „Durch den Beschluss über die Zulassung der Steinhandelsgesellschaft ist gleichzeitig die Bezugsberechtigung des bisherigen Gesellschaftes ausgeschlossen worden. Der Ausschluss traf formell beide Gesellschafter gleichmäßig. Der Umstand, daß er mittelbar und wirtschaftlich dem [Mehrheitsgesellschaft] besondere Vorteile bringen mochte, weil er Hauptgesellschafter der Steinhandelsgesellschaft war, würde für sich allein die Gültigkeit des Beschlusses nicht in Frage stellen.“²⁵³

²⁴⁹ Dazu statt aller Hüffer in: Hüffer, AktG, § 186 Rn. 25 ff.

²⁵⁰ Statt aller Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 231 f und jüngst Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb) (1).

²⁵¹ Siehe dazu vertiefend Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb) (2).

²⁵² RGZ 68, 210, 213. Heute würde der Fall anders gelöst, weil § 50 Abs. 1 GmbHG als zwingende Mindestgrenze angesehen wird, vgl. Zöllner in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 50 Rn. 1 mwN.

²⁵³ RGZ 122, 159, 163.

Die These des Reichsgerichts, den Gleichbehandlungsgrundsatz auf formale Ungleichbehandlungen zu beschränken, ist mittlerweile überholt.²⁵⁴ In der Sache handelt es sich bei diesen Fällen um eine mittelbare Ungleichbehandlung. Geeignete Kriterien dafür zu finden, ob sich eine Entscheidung lediglich zwangsläufig unterschiedlich auswirkt oder ob sie einen oder mehrere Gesellschafter in ihrer Position als Gesellschafter besonders trifft, ist außerhalb des besonderen Nichtdiskriminierungsrechts besonders schwierig.²⁵⁵ Regelmäßig wird zwischen den in der Mitgliedschaft angelegten und den persönlichen, außerhalb der Gesellschaft liegenden Verhältnissen unterschieden.²⁵⁶ Soweit sich die Maßnahme auf die Rechtsposition des Gesellschafters nachteilig auswirkt, liegt in der Regel eine materielle Ungleichbehandlung vor.²⁵⁷ Beispiele dafür sind der Stimmrechtsausschluss in RGZ 122, 159 und die Kapitalherabsetzung mit der Zusammenlegung von Aktien, wie sie im *Hilgers-Fall* exerziert wurde.²⁵⁸

Die Hauptversammlung beschloss eine Kapitalherabsetzung auf Null mit anschließender Kapitalerhöhung. Der Nennbetrag von Alt- und Neuaktien betrug 50 DM, wobei den ursprünglichen 138.600 Aktien nur mehr 2310 neue Aktien gegenüberstanden. Der Beschluss hatte zur Folge, dass eine neue Aktie nur von Aktionären gezeichnet werden konnte, die 60 Altaktien im Gesamtwert von 3.000 DM innehatten. Das führte wegen der vorhandenen Aktionärsstruktur zur Ungleichbehandlung von Kleinaktionären, weil diese aus der Gesellschaft ausscheiden mussten. Hätte man stattdessen den gesetzlichen Mindestbetrag von 5 DM gewählt, hätten sechs alte Aktien genügt und die Kleinaktionäre hätten Anteilseigner bleiben können.

Bei faktischen Beeinträchtigungen wird man danach fragen müssen, ob sie im Einzelfall dem Gewicht einer rechtlichen Beeinträchtigung gleichkommen.²⁵⁹ Das war im Fall RGZ 88, 220 zu bejahen:

*Mit Satzungsänderung wurde in den Gesellschaftsvertrag einer GmbH eine Klausel aufgenommen, nach der sich Gesellschafter, die an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt sind, bei Ausübung ihrer Gesellschafterrechte von einem anderen Gesellschafter vertreten lassen müssen. Der Beschluss erging, nachdem ein zwischen dem früheren geschäftsführenden Gesellschafter und der GmbH vereinbartes Wettbewerbsverbot erloschen war.*²⁶⁰

254 Vgl. BGH BGHZ 70, 1977, 117, 120 f.; näher Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 64 ff; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 232 ff mwN.

255 Näher Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 234 ff.

256 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 190 ff; Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 67; Drygala in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 22 f; vgl. auch BGH NZG 2005, 722, 724, wo eine Umwandlung einer AG in eine GmbH & Co KG im steuerlichen Interesse der Mehrheitsgesellschafterin war.

257 Siehe die im Einzelnen differierenden Vorschläge bei Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 242 f; Michalski in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 125 und Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb).

258 BGHZ 142, 167. Der Bundesgerichtshof hat den Fall allerdings nicht über den Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern über die Treuepflicht gelöst; dazu weiterführend Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 43 ff.

259 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 243 f.

260 RGZ 88, 220 f.

Nach Lage des Falles war die Regelung ersichtlich auf diesen Gesellschafter gemünzt. Obwohl der Gesellschafter dem Vertretungsgebot hätte ausweichen können, wenn er den Wettbewerb eingestellt hätte, liegt eine unzumutbare faktische Beeinträchtigung und damit eine materiale Ungleichbehandlung vor.²⁶¹

Eine zumutbare faktische Beeinträchtigung ist es dagegen, wenn ein Aktionär an einer beschlossenen Kapitalerhöhung aus finanziellen Mitteln nicht partizipieren kann.²⁶² Hier ist der Gesellschafter nicht als Verbandsmitglied, sondern „in seinen persönlichen Verhältnissen und eigenverantwortlich betroffen.“²⁶³ Zusammenfassend liegt eine mittelbare Ungleichbehandlung vor, wenn eine Maßnahme einen qualifiziert unterschiedlichen Effekt auf verschiedene Gruppen von Gesellschaftern aufweist. Die auch mit diesem Begriff verbundenen Unschärfen und Abgrenzungsschwierigkeiten lassen sich nicht vermeiden, wenn man Ungleichbehandlungen effektiv bekämpfen möchte.²⁶⁴

c) Sachliche Rechtfertigung

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet nach traditioneller Auffassung nur eine willkürliche, also sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter.²⁶⁵ Diese Formel ermöglicht dem Rechtsanwender eine flexible Handhabung des Gleichbehandlungsgrundsatzes:²⁶⁶ Welche Differenzierungen jeweils sachlich gerechtfertigt sind und welche willkürlich sind, steht nicht fest, sondern unterliegt jeweils zeitgenössischen Verständnissen.²⁶⁷ Dennoch ist diese Formel zu unpräzise, weil sie keinen Entscheidungsmaßstab vorgibt, an dem sich der sachliche Grund messen lassen muss.²⁶⁸ Zugleich trifft sie keine Aussagen zur Kontrolldichte. Daher ist eine Konkretisierung notwendig. Dazu bieten sich zwei Ansätze an: In der aktienrechtlichen Literatur wird ganz überwiegend eine Parallele zur substantiellen Beschlusskontrolle gezo-

261 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 193; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 243.

262 Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 67.

263 Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) bb) (2).

264 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 107 f, 244.

265 BGHZ 33, 175, 186 (im Anschluss an Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 340, 182 ff); BGHZ 116, 359, 373; BGHZ 120, 141, 150; ähnlich auch BGHZ 164, 107, 112; aus der Literatur Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 427; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, 464; Raiser in: Ulmer, GmbHG, § 14 Rn. 106; Seibt in: Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 45; Hadding/Kießling in: Soergel, § 705 Rn. 65; Märten in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 109 Rn. 27; Westermann in: Erman, § 705 Rn. 39; Altmeyen in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 13 Rn. 60; Ulmer in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 245; Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13 Rn. 32; Schöne in: Bamberger/Roth, BGB, § 705 Rn. 108.

266 Hütte, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im deutschen und französischen Recht der Personengesellschaften, 2003, 68.

267 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 183.

268 Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 281 f; aus anderen Gründen kritisch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) cc) (2).

gen.²⁶⁹ Interessanter ist der zweite Ansatz, der eine im Ergebnis vergleichbare Prüfungsdichte erreicht, indem man sich an der Prüfungsstruktur des Art. 3 Abs. 1 GG²⁷⁰ orientiert. Wie bereits beim allgemeinen arbeitsrechtlichem Grundsatz werden die dort geltenden Anforderungen auf den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz übertragen.²⁷¹ Die in der Begründung zu § 53a AktG hervorgehobene Strukturähnlichkeit beider Normen²⁷² bietet dafür einen methodischen Anhaltspunkt.

(1.) Danach muss mit der Differenzierung ein legitimer Sachgrund verfolgt werden. Darunter fallen grundsätzlich alle Belange, deren Verwirklichung im Interesse der Gesellschaft liegt. Das Gesellschaftsinteresse leitet sich nach traditionellem Verständnis ausschließlich aus dem von den Gesellschaftern gesetzten Verbandszweck ab und wird vom Unternehmensgegenstand begrenzt.²⁷³ Darunter lassen sich auch die Ziele der Gewinn- oder Marktwertmaximierung²⁷⁴ der Gesellschaft fassen.²⁷⁵ Umstritten, aber im Ergebnis zu bejahen, ist die Frage, ob daneben auch das Unternehmensinteresse ein sachlicher Grund sein kann.²⁷⁶ Damit kann man ein heterogenes Bündel von Interessen zusammenfassen, das neben dem Gesellschaftsinteresse auch andere Interessen, beispielsweise die der Arbeitnehmer oder öffentliche Interessen, einbezieht.²⁷⁷ Der Gesellschaft und ihren Organen kommt diesbezüglich eine Einschätzungsprärogative zu. Es ist insoweit nicht die Aufgabe der Gerichte, die eigene wirtschaftliche Beurteilung nachträglich an die Stelle einer in unternehmerischer Verantwortung beschlossenen, sachlich abgewogenen Entscheidung zu setzen.²⁷⁸ Voraussetzung für das unternehmerische Ermessen ist eine von Verantwortungsbewusstsein getragene, ausschließlich am Unternehmenswohl orientierte, auf sorgfältiger Ermittlung der

269 Lutter/Zöllner in: Kölner Komm. AktG, § 53a Rn. 13 ff; Tettinger, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss, 2003, 93 f; Henze/Notz in: Großkomm. AktG, § 53a Rn. 70 ff; Bungeroth in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; Hüffer in: Hüffer, AktG, § 53a Rn. 10; anders jetzt Drygala in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 9 f; vertiefend zum Ganzen Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 283 ff.

270 Dazu bereits oben § 5 I 4 c).

271 Bungeroth in: MünchKomm-AktG, § 53a Rn. 15; Michalski in: Kommentar GmbHG, § 13 Rn. 123; ergänzend auch Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 286.

272 BT-Drs. 8/1678, S. 13.

273 Grundlegend Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 23 ff; aus jüngerer Zeit vgl. Tettinger, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss, 2003, 77 ff; Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 253 ff (jeweils mwN).

274 Dazu Mühlbert, ZGR 1997, 129, 156 ff.

275 Näher Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 256 ff, der die Frage verneinen möchte, vgl. S. 268 ff.

276 Zum Meinungsstand näher Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 264 ff.

277 So die Definition bei Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 254; grundlegend auch hier Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 73 ff; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, 625 ff; kritisch Mühlbert, ZGR 1997, 129, 147 ff.

278 BGHZ 71, 40, 49 f (zur materiellen Beschlusskontrolle).

Entscheidungsgrundlagen beruhende unternehmerische Entscheidung.²⁷⁹ Als Entscheidungsmaßstab kann danach die sog. *business judgment rule* herangezogen werden,²⁸⁰ die in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert wurde.²⁸¹

(2.) Die Entscheidung muss ihrerseits verhältnismäßig sein. Es genügt nicht, dass die betreffende Maßnahme im Gesellschafts- oder Unternehmensinteresse ist.²⁸² Es besteht kein nachweisbarer Zusammenhang, dass eine Entscheidung im Interesse der Gesellschaft zugleich auch im Interesse *aller* Gesellschafter ist.²⁸³ Das zu verfolgende Ziel darf nicht auf einem gleichheitsneutralen Weg ebenfalls erreicht werden können. Vielmehr muss es gerade die Ungleichbehandlung verlangen.²⁸⁴ Das setzt voraus, dass die Ungleichbehandlung (a) geeignet ist, das Gesellschafts- oder Unternehmensinteresse auch tatsächlich zu erreichen und sie muss (b) dazu auch erforderlich sein. Erforderlich ist sie, wenn kein schonenderes gleichheitsfreundliches Mittel zur Verfügung steht, das den angestrebten Zweck mindestens ebenso gut erreichen kann.²⁸⁵ Ein Beispiel für eine schonendere Maßnahme findet sich in der *Hilgers*-Entscheidung:²⁸⁶ Es wäre für die mittelbar ungleich behandelten Kleinaktionäre schonender gewesen, wenn der Nennbetrag der neuen Aktien auf den gesetzlichen Mindestbetrag von 5 DM statt 50 DM festgelegt worden wäre. Der Hauptversammlungsbeschluss war insoweit nicht erforderlich und verstieß daher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁸⁷ Weil die Geschäftsleitung einen Spielraum zur Ausübung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit benötigt, kommt ihr ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Eignung zur Zielerreichung der ungleich behandelnden Maßnahme zu.²⁸⁸ Die Ungleichbehandlung muss (c) auch angemessen (verhältnismäßig i.e.S.) sein. Der Verbandszweck, das daraus abgeleitete Gesellschaftsinteresse und u. U. das Unternehmensinteresse bleiben für die Rechtfertigung maßgeblich. Diese Interessen müssen dann von solchem Gewicht sein, dass sie in angemessenem Verhältnis zu den Interessen der benachteiligten Gesellschafter stehen.²⁸⁹ Nach ganz überwiegender Meinung kann die Ungleichbehandlung nicht mit einem angemessenen Ausgleich nach § 243 Abs. 2 S. 2 AktG gerechtfertigt werden.²⁹⁰ Nach klassischer

279 Vgl. BGHZ 135, 244, 253 – *ARAG/Garmenbeck*; BGHZ 136, 133, 139 f – *Siemens/Nold*.

280 Zu den Einzelheiten *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 272 ff.

281 Dazu statt aller *Spindler* in: MünchKomm-AktG, § 93 Rn. 35 ff mwN.

282 AA *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002, 186 ff, 80 ff, 122 ff.

283 *Schockenhoff*, Gesellschaftsinteresse und Gleichbehandlung beim Bezugsrechtsausschluss, 1988, 30 ff.

284 *Tettinger*, Materielle Anforderungen an den Bezugsrechtsausschluss, 2003, 93 f; *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 286 f.

285 *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 292 f.

286 Dazu bereits oben § 5 II 4 b) (2).

287 Zutreffend *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 293.

288 Überzeugend *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 IV 4 d) cc) (4).

289 Vertiefend zur notwendigen Strukturierung der Abwägung *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 293 ff.

290 Dazu *Verse*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 308 ff mit Nachweisen zum Streitstand.

Auffassung rechtfertigt eine einseitig erklärte und der Gesellschaft zugegangene Verzichtserklärung die konkret vorliegende Ungleichbehandlung.²⁹¹ Die Wirksamkeit des situationsbezogenen Einzelverzichts hängt allerdings davon ab, dass der unverzichtbare Kernbereich ihrer Mitwirkungsrechte dadurch nicht berührt wird.²⁹²

5. Exkurs zur Wohnungseigentümergeinschaft

a) Einordnung der Wohnungseigentümergeinschaft

In der Vergangenheit wurde die Wohnungseigentümergeinschaft wegen §§ 1 Abs. 2 und 10 Abs. 2 S. 1 WEG von der überwiegenden Auffassung als eine besonders ausgestaltete Bruchteilsgemeinschaft konzipiert.²⁹³ Davon muss man sich verabschieden, seit der Bundesgerichtshof die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft festgestellt²⁹⁴ und der Gesetzgeber diese in § 10 Abs. 6 WEG positiv angeordnet hat.²⁹⁵ Dabei ist mit der herrschenden Auffassung zwischen den „Wohnungseigentümern“ (Miteigentümergeinschaft am Gemeinschaftseigentum iSd §§ 741 ff, 1008 ff BGB) einerseits und dem Verband „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ (§ 10 Abs. 6 S. 1 BGB) andererseits zu unterscheiden: Mit dem – rechtsfähigen – Verband und der – nicht rechtsfähigen – Miteigentümergeinschaft existieren zwei verschiedene Zuordnungsobjekte von Rechten und Verbindlichkeiten.²⁹⁶ Der Verband „Wohnungseigentümergeinschaft“ vereint Elemente verschiedener Verbandstypen in sich, ohne insgesamt einem von ihnen anzugehören. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist „eine Personenmehrheit, die durch Gesetz zu einer Organisation zusammengefasst ist“. ²⁹⁷ Der Bundesgerichtshof sieht in ihr daher einen rechtsfähigen Verband sui generis.²⁹⁸ Im Gegensatz zu anderen Verbänden ist ihr Zweck nicht frei vereinbar oder gegenüber dem gesetzlichen Leitbild abänderbar. Sie bleibt auf

291 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 260; Drygala in: Kölner Komm. AktG, (3. Aufl.), § 53a Rn. 33; vgl. dazu jetzt Verse, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2006, 320 ff.

292 Vgl. Ulmer in: MünchKomm-BGB, § 705 Rn. 247.

293 Siehe BGHZ 150, 109, 114 mwN; aus der Literatur statt vieler den Überblick über den Streitstand bei Rapp in: Staudinger, Einl. zum WEG Rn. 2 ff, 23 ff.

294 BGHZ 163, 154, 158 ff; grundlegend bereits Bärmann, Die Wohnungseigentümergeinschaft, 1986, 215 ff; Bärmann, NJW 1989, 1057, 1060 ff.

295 Vertiefend dazu Wenzel, ZWE 2006, 2 ff; Fauser, Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nach neuem WEG, 2007, 7 ff; Commichau in: MünchKomm-BGB, Vor § 1 WEG Rn. 55 ff.

296 BGH NJW-RR 2007, 955 Rn. 10; siehe auch BGHZ 163, 154, 177; Dötsch in: Timme, WEG, § 10 Rn. 369 ff; Hügel in: Bamberger/Roth, BGB, § 10 WEG Rn. 4 f, jeweils mwN; Bassenge in: Palandt, Einl. WEG Rn. 5; aA beispielsweise Armbrüster, ZWE 2006, 470, 471 f; Wenzel, ZWE 2006, 462, 463 f.

297 Bärmann, Die Wohnungseigentümergeinschaft, 1986, 209.

298 BGHZ 163, 154, 172; vertiefend dazu Fauser, Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nach neuem WEG, 2007, 243 ff.

Verwaltungsfunktionen im Innern, insbesondere das Finanz- und Rechnungswesen, und die Erleichterung des Rechtsverkehrs nach außen beschränkt.²⁹⁹ Auch die Legitimation der Verbandsmitgliedschaft des Miteigentümers unterscheidet sich von den sonstigen Verbänden.³⁰⁰ Die Mitgliedschaft wird kraft Gesetzes erworben. Mit dem dinglichen Rechtserwerb (§§ 3, 8 WEG) wird jeder Wohnungseigentümer automatisch Zwangsmitglied im Verband.³⁰¹ Zwischen den Mitgliedern einer Wohnungseigentümergeinschaft untereinander und im Verhältnis zum Verband besteht eine schuldrechtliche Sonderverbindung kraft Gesetzes.³⁰²

b) Gleichberechtigungsprinzip im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft

Das Prinzip der *Gleichberechtigung*³⁰³ aller Wohnungseigentümer ist im Recht der Wohnungseigentümergeinschaft Strukturmerkmal des rechtsfähigen Verbandes und der nicht rechtsfähigen Miteigentümergeinschaft. Das kommt exemplarisch in der grundsätzlich gleichberechtigten (quotalen) Verteilung von Nutzungen (§ 16 Abs. 1 WEG) und Lasten (§ 16 Abs. 2 WEG) des gemeinschaftlichen Eigentums zum Ausdruck. Nach dem Vorbild der Bruchteilsgemeinschaft (§ 743 Abs. 2 BGB) ist jeder Wohnungseigentümer zum gleichen Gebrauch des Gemeinschaftseigentums berechtigt (§ 13 Abs. 2 WEG).³⁰⁴ Von dem Gleichberechtigungsprinzip ist nach hier vertretener Auffassung der eigentliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu unterscheiden.³⁰⁵ In der Praxis des Wohnungseigentumsrechts ist die Geltung des Gleichberechtigungsprinzips im Ergebnis anerkannt.³⁰⁶ Dabei wird es nicht als eigenständige Schranke der Verbandsmacht aufgefasst, sondern als Anwendungsfall der im WEG angeordneten Grenzen der Mehrheitsherrschaft verstanden: Mehrheitlich darf nur entschieden werden, wenn es sich um einen Gegenstand handelt, der in die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümersammlung fällt (§ 23 Abs. 1 WEG)³⁰⁷ oder soweit vorher einstimmig vereinbart wurde, dass auch über außerhalb davon liegende Gegenstände beschlossen werden darf.³⁰⁸ Das Gesetz beschränkt daher die Mehrheitsmacht auf bestimmte Bereiche und jeder Eigentümer darf darauf vertrauen, dass sein Wohnungseigentum im Übrigen mehrheitsfest ist.³⁰⁹ Mit der Beschränkung des Rege-

299 BGHZ 163, 154, 172.

300 *Fauser*, Die Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nach neuem WEG, 2007, 208 f., 222 f., 244 f.

301 *Dötsch* in: Timme, WEG, § 10 Rn. 7.

302 BGHZ 163, 154, 175; BGH NZM 2007, 88 Rn. 8.

303 Dazu oben § 5 II 1 b).

304 *Commichau* in: MünchKomm-BGB, § 13 WEG Rn. 25.

305 Siehe oben § 5 II 1 b).

306 Vgl. BGHZ 139, 288, 296; *Bub* in: Staudinger, § 21 WEG Rn. 82.

307 Dazu BGHZ 145, 158, 166; näher *Bub* in: Staudinger, § 23 WEG Rn. 112 ff; *Commichau* in: MünchKomm-BGB, § 10 WEG Rn. 47 ff; *Steinmeyer* in: Timme, WEG, § 23 Rn. 141 ff.

308 BGHZ 145, 158, 167.

309 BGHZ 145, 158, 166.

lungsgegenstandes (§§ 23 Abs. 3, 15 Abs. 2 WEG) sichert das Gesetz die gleiche Berechtigung aller Wohnungseigentümer am gemeinschaftlichen Eigentum. Hat die Wohnungseigentümerversammlung beispielsweise einen im Gemeinschaftseigentum stehenden Vorgarten einem Eigentümer zur Nutzung als Freischankfläche seiner Gaststätte mehrheitlich zugewiesen, ist dieser Beschluss nichtig (§ 23 Abs. 4 S. 1 WEG), weil die Zuweisung nicht mehr zum ordnungsgemäßen Gebrauch (§ 15 Abs. 2 WEG) zählt.³¹⁰ Die Zuweisung der Sondernutzung schließt alle übrigen Miteigentümer vom Mitgebrauch vollständig aus. Dieser Eingriff in die gleiche Berechtigung (§ 13 Abs. 2 WEG) bedarf einer einstimmigen Vereinbarung.³¹¹

c) Geltungsgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Schließlich darf ein Beschluss der Mehrheit „dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen“ nicht widersprechen (§§ 23 Abs. 4, 15 Abs. 3 WEG). Darauf stützt sich der Bundesgerichtshof, um die gleiche Behandlung der Wohnungseigentümer sicherzustellen.³¹² Das ist methodisch denselben Einwänden ausgesetzt, wie die Verankerung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in § 315 BGB,³¹³ des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in § 242 BGB³¹⁴ oder des bruchteilsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in § 745 Abs. 2 BGB³¹⁵. Stattdessen plädiere ich dafür, im Wohnungseigentumsrecht den verbandsrechtlichen bzw. den bruchteilsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz anzuwenden. Die jüngst erfolgte verbandsrechtliche Konzeption der Wohnungseigentümergeinschaft legt es nahe, den verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz als Schranke der Verbandsmacht einzusetzen. Dafür spricht insbesondere die vom Bundesgerichtshof hervorgehobene Parallele in der Willensbildung zwischen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und dem Recht der Kapitalgesellschaften.³¹⁶ In den Fällen, in denen die Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung nicht als Organ des Verbandes handeln, sondern Beschlüsse für die daneben bestehende Bruchteilsgemeinschaft treffen, scheidet diese Möglichkeit aus. Hier greift dann der bruchteilsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.

310 BGHZ 145, 158, 167 f.

311 *Bassenge* in: Palandt, § 13 WEG Rn. 10.

312 BGHZ 139, 288, 296.

313 Siehe oben § 5 I 3.

314 Siehe oben § 5 II 3 b).

315 Siehe oben § 5 II 1 b).

316 BGHZ 163, 154, 172.

d) Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes lässt sich schön an einem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall exemplifizieren:³¹⁷

E ist Saxophonspieler und Wohnungseigentümer einer Wohnanlage in Marbach. Die Eigentümerversammlung beschließt gegen seine Stimme mehrheitlich eine Hausordnung, in der folgende Regelung enthalten ist: „Das Singen und Musizieren ist nur von 8 Uhr bis 12 Uhr und von 14 Uhr bis 20 Uhr und nur in nicht belästigender Weise und Lautstärke gestattet. Rundfunk- und Fernsehgeräte, Plattenspieler usw. dürfen nur in der Lautstärke betrieben werden, daß die Mitbewohner nicht belästigt werden. In Fällen schwerer Erkrankung eines Hausbewohners ist dies nur in Zimmerlautstärke gestattet. Nähmaschinen sind auf schalldämpfende Unterlagen zu stellen. Alle unnötigen Geräusche, z.B. das Zuwerfen von Türen und störendes Treppenlaufen sind im Interesse der Hausbewohner zu vermeiden.“ E beantragt, den Beschluss für ungültig zu erklären, §§ 43 Nr. 4, 23 Abs. 4 S. 2 WEG.

Der Beschluss fällt in die Kompetenz der Wohnungseigentümerversammlung nach §§ 23 Abs. 1, 15 Abs. 2 WEG. Er regelt den ordnungsgemäßen Gebrauch des Sondereigentums. Die konkrete Festlegung der Ruhezeiten liegt grundsätzlich innerhalb des im Rahmen des Selbstorganisationsrechts der Wohnungseigentümergeinschaft bestehenden Ermessensspielraums. Obwohl das Musizieren innerhalb der eigenen Wohnung Bestandteil eines sozial üblichen Verhaltens ist und zur Zweckbestimmung der Wohnanlage zählt, darf es auf bestimmte Zeiten und einen bestimmten Umfang beschränkt, nur nicht insgesamt verboten werden.³¹⁸ Die Regelung leidet aber unter einem inhaltlichen Mangel, weil sie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Das sieht der Bundesgerichtshof im Ergebnis ähnlich, auch wenn er sein Ergebnis nicht damit, sondern mit § 21 Abs. 3 WEG begründet:

„Ihr Selbstorganisationsrecht geht nicht so weit, durch Mehrheitsbeschluß einzelne Störer gegenüber anderen ohne sachlichen Grund zu bevorzugen. Die Gebrauchsregelung darf nicht willkürlich sein, sondern muß in den Grenzen des billigen Ermessens unter Beachtung des Gebots der allgemeinen Rücksichtnahme in Abwägung der allseitigen Interessen erfolgen; andernfalls ist Einstimmigkeit erforderlich.“³¹⁹

Die Regelung in S. 1 ist für sich genommen keine formale Ungleichbehandlung, weil sie einheitlich für alle Wohnungseigentümer gilt. Ob darin eine – grundsätzlich ebenfalls relevante³²⁰ – mittelbare Ungleichbehandlung von Wohnungseigentümern liegt, die Musiker sind, kann dahinstehen. Dass die Regelung zwischen Musikern und Nicht-Musikern formal differenziert, ergibt sich im Vergleich von S. 1 mit S. 2. Die Regelung behandelt verschiedene Geräuschquellen hinsichtlich

317 Nach BGHZ 139, 288.

318 BGHZ 139, 288, 293 f.

319 BGHZ 139, 288, 296.

320 Siehe oben § 5 II 4 b).

der Ruhezeiten formal unterschiedlich.³²¹ Die Ungleichbehandlung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die Regelung lässt sich zwar auf einen legitimen Grund stützen. Die anderen Hausbewohner haben ein schützenswertes Interesse daran, dass es verbindliche Ruhezeiten gibt, in denen Geräusche, die von einer Wohnung nach außen dringen können, unterbleiben. Die Differenzierung nach Geräuschquellen in S. 1 und S. 2 der Regelung ist allerdings schon nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen: „Vom Schutzzweck der Anordnung einer Ruhezeit her macht es keinen Unterschied, ob die Mitbewohner in der Ruhezeit durch die Ausübung oder das Anhören von vokaler oder instrumentaler Musik bzw. durch lautstarke Wortsendungen gestört werden.“³²² Der Beschluss ist daher teilweise unwirksam. Das führt zur Unwirksamkeit der gesamten Regelung, § 139 BGB analog.³²³

III. Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht

1. Gleichbehandlung als Instrument des Anleger- und Institutionenschutzes

Obwohl man eine allseits anerkannte Antwort auf die Frage: Was ist Kapitalmarktrecht?¹ nicht gefunden zu haben scheint,² ist man sich über die Aufgaben und Ziele des Kapitalmarktrechts im Wesentlichen einig. Es dient dem Funktionsschutz der Kapitalmärkte und dem Anlegerschutz.³ Deshalb wird „Kapitalmarktrecht“ hier als investorenbezogenes und anlegerschützendes Transaktionsrecht⁴ der Primär- und Sekundärmärkte des Kapitalmarkts verstanden. Anlegerschutz ist eine Querschnittsmaterie:⁵ Der Anleger handelt im Regelungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt.⁶ Man kann den Kapitalmarkt als System auffassen, in dem die Verbände als Kapitalnachfrager, die Anleger als Kapitalanbieter und Finanzinstitute als Marktintermediäre agieren. Die Verbände bilden gleichzeitig Subsysteme, in die die Anleger ein- und austreten können. Der Anleger ist daher sowohl Akteur in der Ordnung des Markts als auch – jedenfalls potentieller Akteur im Subsystem „Verband“. Der Wechsel vom Markt in das Subsystem Verband oder der Wechsel zwischen einzelnen Verbandssystemen erfolgt jeweils über den Markt. Dabei sind Schnittstellen zu passieren, an denen

321 So BGHZ 139, 288, 296.

322 BGHZ 139, 288, 296.

323 Zur Begründung BGHZ 139, 288, 297 f.

1 Dazu instruktiv *Fleischer*, ZIP 2006, 451, 458 f.

2 Dazu näher *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217; *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 2009, Rn. 4 ff.

3 Grundlegend *Hopt*, ZHR 141 (1977), 389, 431; näher *Merkt/Rosbach*, JuS 2003, 217, 220; *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 2009, Rn. 7 ff.; zur Entwicklung des Kapitalmarktrechts siehe *Hopt*, WM 2009, 1873 ff mwN.

4 Vgl. *Fleischer*, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 14.

5 Dazu *Fleischer*, Gutachten F, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, F 20 f.

6 Grundlegend dazu und zum Folgenden *Kalss*, Anlegerinteressen, 2001, 1 ff.