

Kapitel 4: Konkrete Verhaltenspflicht

Wurde bislang lediglich die Treuepflicht(bindung), die den jeweiligen Gesellschafter bzw. Gesellschaft trifft, festgestellt, ist noch nichts darüber ausgesagt, ob sich sodann im Einzelfall konkret Verhaltensanforderungen ergeben.²²⁵ Die sorgfältige Feststellung der konkreten Verhaltenspflicht ist unabdingbar und Voraussetzung für die Bestimmung der Rechtsfolge, da erst die Missachtung einer solchen Verhaltenspflicht einen Verstoß darstellt.

Im Rahmen der Treuepflicht in der jeweiligen durch die konkreten Treuepflicht verliehenen Gestalt ist die Gesellschaft und der Gesellschafter verpflichtet, bei der Ausübung der jeweiligen Gesellschafterrechte auf die aner kennenswerten Belange der Gesellschaft wie auch der (Mit-)Gesellschafter Rücksicht zu nehmen und sich nicht willkürlich über deren Interessen hinwegzusetzen, für die Gesellschafter drohenden Schaden abzuwenden und den Gesellschaftszweck aktiv zu fördern. Inhaltlich wird dies, wie dargestellt, durch eine Förderpflicht in vertikaler Richtung sowie einer Rücksichtnahmepflicht in der horizontalen Richtung umgesetzt.

Voraussetzung für eine Verhaltenspflicht, also eine Begrenzung der Rechtsausübung des Gesellschafters oder der Gesellschaft, ist stets, dass der Anwendungsbereich der Treuepflicht überhaupt betroffen ist. Es müsste folglich eine Beeinträchtigung oder Verletzung der Förder- oder Rücksichtnahmepflicht vorliegen oder drohen, bevor geklärt werden kann, ob sich dies zu einer Verhaltenspflicht verdichtet. Dies wird regelmäßig durch das Vorliegen eines (drohenden) Schadens gegeben sein, auf den die fragliche Rechtsausübung eine Auswirkung hat oder haben könnte. Ist ein Schaden bzw. eine Auswirkung der fraglichen Rechtsausübung oder ein sonstiges Tangieren der Förder- oder Rücksichtnahmepflicht von vorneherein auszuschließen, bedarf es keines Eingriffs in die Privatautonomie bzw. die Ausübung der jeweiligen Rechte und der Auferlegung einer Verhaltenspflicht. Eine Verhaltenspflicht kommt also immer dann in Betracht, wenn durch ein Verhalten die Gesellschaft oder ein (Mit-)Gesellschafter geschädigt oder aber ein anderweitig vorliegender oder drohender Schaden durch die Rechtsausübung verschlimmert oder aber trotz entsprechender Möglichkeit aufrechterhalten bzw. nicht abgewendet wird. Es müsste

225 Vgl. *Guntz*, Treubindungen von Minderheitsaktionären, S. 161.

also ein Schaden bei der Gesellschaft oder dem Gesellschafter vorliegen, der durch die Rechtsausübung tangiert ist. Es darf dabei jedoch nicht ausreichen, nur im Falle einer bereits eingetretenen Schädigung über eine Verhaltenspflicht nachzudenken, vielmehr ist auch schon die überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend anzusehen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Zweck der Treuepflicht, die verschiedenen Interessen miteinander bestmöglich, also auch präventiv, zu versöhnen. Demnach bedarf es getreu dem Interessenausgleich als Ziel der Treuepflicht zur Bestimmung der Verhaltenspflichten einer Interessenabwägung. Diese ist dabei entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorzunehmen.²²⁶ Zuvörderst bedarf dieses Ansinnen jedoch der Spezifikation des Prüfungsobjekts, also was im Rahmen der Verhältnismäßigkeit geprüft werden muss.

Nach der wohl h. M. unterliegt der Gesellschafter bei der Ausübung seiner Rechte dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, wonach seine gewählte Maßnahme für die Interessendurchsetzung geeignet und erforderlich sein muss und nicht außer Verhältnis zu dem den Mitgesellschaftern und der Gesellschaft zugefügten Schaden stehen darf.²²⁷ Dass ein Gesellschafter bei der Ausübung seiner Rechte die Verhältnismäßigkeit zu wahren hat, dient und ermöglicht hierbei den von der Treuepflicht intendierten Interessenausgleich und soll zu einer weiteren Konkretisierung derselben bei-

226 So wohl auch BGH, Hinweisbeschluss v. 2. Juli 2007 – Az.: II ZR 181/06, NZG 2007, 860 = ZIP 2007, 1988 (m. Anm.) = WM 2007, 2016; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590; Böttcher, NZG 2019, 61, 62.

227 BGH, Urt. v. 5. Juli 1999 – Az.: II ZR 126/98, BGHZ 142, 167 = NJW 1999, 3197 = ZIP 1999, 1444 = WM 1999, 1767; BGH, Urt. v. 16. Februar 1981 – Az.: II ZR 168/79, BGHZ, 80, 69 = NJW 1981, 1512 = ZIP 1981, 399 = BB 1981, 574.; BGH, Urt. v. 13. März 1978 – Az.: II ZR 142/76, BGHZ 71, 40, 46 = NJW 1978, 1316 = BB 1978/, 776 = Die AG 1978, 196; OLG München, Urt. v. 14. August 2014 – Az.: 23 U 4744/13, NZG 2015, 66, 67 = GmbHR 2015, 84 = BeckRS 2014, 22908; OLG Stuttgart, Urt. v. 12. Mai 1999 – Az.: 20 U 62/98, NZG 2000, 159, 161 = AG 2000, 229 = BeckRS 9998, 42463; Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 93; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 159; Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 26 f.; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 14 Rn. 30; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76, 98; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 53; Mimberg, Marsch-Barner/Schäfer Hdb börsennotierte AG, § 36 Rn. 36.3.5, 36.3.8; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 234; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 104; Born, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 20; Henze, BB 1996, 489, 494.

tragen.²²⁸ Demnach hat ein Gesellschafter beispielsweise bei der Rechtsausübung von mehreren Möglichkeiten stets die schonendere zu wählen.²²⁹

Dies ist jedoch nicht ganz unproblematisch. So wird teilweise die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit einer umfassenden Abwägung im Privatrecht grundsätzlich abgelehnt.²³⁰ So fehle es für eine derartige Freiheitseinschränkung an einer gesetzlichen Ermächtigung, da es sich namentlich § 242 BGB nicht entnehmen lasse, dass Interessen nur so weit verwirklicht werden dürfen, wie es keine entgegenstehenden gewichtigeren Interessen gebe. Weder habe eine private Handlung ein legitimes Ziel zu verfolgen – solange dies nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, könne nach Belieben auch ein sinnloses Ziel verfolgt werden – noch müsse ein Verhalten zur Erreichung eines solchen geeignet sein. Gleichfalls müsse eine private Person die Rechtsausübung auch nicht an einer Erforderlichkeit messen lassen. Wozu ein Gläubiger seine Rechte verwendet und ob sein angestrebtes Ziel anderweitig leichter zu erreichen sein mag, bedarf anders als hinsichtlich staatlicher Handlungen keiner Rechtfertigung. Die Rechtsausübung müsse auch nicht angemessen sein, vielmehr könne ein Recht auch dann geltend gemacht werden, wenn das Interesse daran gering sei.²³¹

Eine grundsätzliche Ablehnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für das gesamte Privatrecht scheint zwar als zu weitgehend, insbesondere mit Blick auf die gesellschaftsrechtliche Besonderheit, dem Zusammenschluss zur gemeinsamen Zweckverfolgung und der damit einhergehenden Pflicht zur Förderung und Rücksichtnahme. Dennoch sind gewisse Bedenken bei der grundsätzlichen Einschränkung der Rechtsausübung eines Gesellschafters oder der Gesellschaft durch die Verhältnismäßigkeit nicht von der Hand zu weisen. Dass folglich entgegen der h. M. nicht das Verhalten des Gesellschafters, sondern vielmehr die ihm auferlegte Pflicht verhältnismäßig sein muss, ergibt sich daher schon daraus, dass der Gesellschafter dem Grundsatz der Privatautonomie folgend grundsätzlich seine Rechte frei ausüben können soll.²³² Schließen sich Gesellschafter zu einer Gesellschaft zusammen, sind diese in den Grenzen des Zulässigen frei, ihren Zusammenschluss durch Gesellschaftsvertrag bzw. Satzung zu

228 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 93.

229 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 26a.

230 So etwa *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 228 ff. m. w. N.

231 *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 231 ff.

232 Zur Stimmrechtsausübung OLG München, Urt. v. 23. Februar 2017 – Az.: 23 U 4888/15, BeckRS 2017, 102600 = GmbHR 2017, 476 = DB 2017, 476.

regeln. Werden keine Bestimmungen getroffen, so ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter in ihren Handlungen frei sein sollen. Aus den gesetzlichen Bestimmungen, der versprochenen Förderpflicht, mithin der Treuepflicht, ergeben sich Grenzen dieser Freiheit. Die Beschränkung der Treuepflicht stellt folglich einen Eingriff in die grundsätzliche Freiheit dar. Sämtliche Ausübungen der gesellschaftlichen Rechte der Verhältnismäßigkeit zu unterstellen würde zu weit führen. Vielmehr sind die Eingriffe in die unternehmerische Freiheit und Rechtsausübung der Verhältnismäßigkeit zu unterstellen. Entsprechend führt der BGH zur Stimmrechtsausübung aus:

„Eine Pflicht zur Abstimmung in einem bestimmten Sinn besteht daher nur, wenn zur Verfolgung der Interessen der Gesellschaft keine andere Stimmabgabe denkbar ist, andernfalls nur schwere Nachteile entstehen und die eigenen Interessen des Gesellschafters dahinter zurückstehen müssen.“²³³

In diese Richtung geht der BGH unter Zustimmung der Literatur bei der Zustimmungspflicht zu einer Anpassung des Gesellschaftervertrags. Eine solche, also eine Einschränkung der Rechtsausübung, komme nur dann in Betracht, wenn diese (dringend) erforderlich und dem jeweiligen Gesellschafter zumutbar sei.²³⁴ Der BGH führt hierzu aus:

„Abgesehen von unverzichtbaren und schon deshalb unentziehbaren Rechten – unabhängig davon, ob und in welchem Umfang man solche überhaupt anerkennen will – kommt es bei Eingriffen in die individuelle Rechtsstellung des Gesellschafters, d. h. in seine rechtliche und vermögensmäßige Position in der Gesellschaft, letztlich maßgeblich immer darauf an, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten

233 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14, NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

234 BGH, Urt. v. 24. April 1954 – Az.: II ZR 35/53, BeckRS 1954, 31205785 = BB 1954, 456 = DB 1954, 452; BGH, Urt. v. 12. Januar 1956 – Az.: II ZR 120/54, WM 1956, 351 = BB 1956, 221 = DB 1956, 221; BGH, Urt. v. 26. Januar 1961 – Az.: II ZR 240/59, NJW 1961, 724 f. = WM 1961, 301 = BB 1961, 304; BGH, Urt. v. 28. April 1975 – Az.: II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 258 = NJW 1975, 1410 = BB 1975, 896 = GmbHR 1975, 179; BGH, Urt. v. 19. November 1984 – Az.: II ZR 102/84, NJW 1985, 972, 973 = WM 1985, 256 = GmbHR 1985, 188; BGH, Urt. v. 20. Oktober 1986 – Az.: II ZR 86/85, NJW 1987, 952, 954 = ZIP 1987, 166 (m. Anm.) = BB 1987, 20; Lettl, AcP 202 (2002), 3, 6; Holzborn, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 177.

und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwerten Belange zumutbar ist.“²³⁵

Die hiesige Auffassung scheint auch mit der jüngsten Auffassung des BGH konform zu gehen, wenn er ausführt, dass die Rücksichtnahme unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit stehe.²³⁶

Eine Vorzugswürdigkeit der h. M. ergibt sich im Übrigen auch nicht hinsichtlich des Interessenausgleichs. Obgleich der h. M. durchaus zuzugeben ist, dass eine Unterwerfung der Rechtsausübung eines Gesellschafters ebendiesem Ziel der Treuepflicht dient, kann dies für die Verhältnismäßigkeitsprüfung der aufzuerlegenden Treuepflicht nicht minder gelten. Tatsächlich wird sich die Verhältnismäßigkeit der aufzuerlegenden Treuepflicht regelmäßig mit der Unverhältnismäßigkeit einer Rechtsausübung nach h. M. decken. Jedoch erscheint es für die Fälle, in denen dies nicht der Fall sein sollte, auch und gerade im Lichte des Interessenausgleichs näherliegend, die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit der Verhältnismäßigkeit zu unterwerfen. So lässt sich jedenfalls eine erhöhte Schutzwürdigkeit des passiv bleibenden Gesellschafters gegenüber einem aktiv werdenden bzw. seine Rechte ausübenden Gesellschafter nicht erkennen. Nicht zuletzt lässt sich eine weitere Konkretisierung der Treuepflicht durch den hiesigen Ansatz – was im Folgenden deutlich wird – mindestens gleichermaßen erreichen.

Jede dem Gesellschafter aufzulegende Pflicht muss daher einen legitimen Zweck aufweisen, geeignet, erforderlich und angemessen sein, den (drohenden) Schaden abzuwenden.

Verhaltenspflichten als Begrenzung der Rechtsausübung kommen dabei sowohl seitens der Gesellschafter wie auch seitens der Gesellschaft in Betracht. Diese sollen im Folgenden untersucht werden, wobei zunächst auf die Rechtsausübung des Gesellschafters bei Vorliegen einer (drohenden) Schädigung der Gesellschaft (A. I.), des Mitgesellschafters (A. II.) und

235 BGH, Urt. v. 21. Oktober 2014 – Az.: II ZR 84/13, BGHZ 203, 77, 89 f. = NZG 2014, 1296 = NJW 2015, 859 = ZIP 2014, 2231 = WM 2014, 2168; zuvor schon BGH, Urt. v. 4. Juli 2005 – Az.: II ZR 354/03, NZG 2005, 753, 754 = WM 2005, 1608 = ZIP 2005, 1455; BGH, Urt. v. 10. Oktober 1994 – Az.: II ZR 18/94, NJW 1995, 194, 195 = ZIP 1994, 1942 = WM 1994, 2244; zustimmend *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 58.

236 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 152 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; zustimmend *Döge*, ZIP, 1220, 1222.

zuletzt auf die Rechtsausübung der Gesellschaft bei Vorliegen einer (drohenden) Schädigung eines Gesellschafters (B.) eingegangen werden soll.

A. Rechtsausübung durch den Gesellschafter

I. Bei (drohender) Schädigung der Gesellschaft

1. Anwendungsbereich der Treuepflicht

Zunächst bedarf es der Eröffnung des Anwendungsbereichs der (allgemeinen) Treuepflicht. Dieses ist dann anzunehmen, wenn eine Beeinträchtigung oder Verletzung der Förder- oder Rücksichtnahmepflicht möglich scheint. Dies kann regelmäßig dann bejaht werden, wenn ein Schaden kausal durch das Verhalten des Gesellschafters oder der Eintritt eines solchen aller Wahrscheinlichkeit nach bei der Gesellschaft vorliegt. Allerdings kommen Verhaltenspflichten nicht nur für den Fall eines auf das schuldhafte Verhalten des Gesellschafters zurückzuführenden Schadens in Betracht. Eine Verhaltenspflicht im Wege der Treuepflicht kann auch dann gegeben sein, wenn zwar kein Verschulden vorliegt, die Rechtsausübung des Gesellschafters jedoch Auswirkungen auf den Schaden hat oder haben könnte, diesen mithin trotz anderweitiger Möglichkeit aufrechterhalten, vertiefen oder nicht verhindern würde. Voraussetzung ist also stets das Vorliegen eines (drohenden) Schadens, auf welchen der Gesellschafter in irgendeiner Art und Weise Einfluss nehmen kann oder konnte. Relevante Schäden kommen dabei sowohl in wirtschaftlicher als auch in rechtlicher Hinsicht in Betracht, wie etwa ein nachteiliger Gewinnverwendungsbeschluss oder die Nichtzulassung eines Beraters zur Gesellschafterversammlung.²³⁷

In einem zweiten Schritt gilt es festzustellen, ob die fragliche Konstellation von der konkreten Treuepflicht noch umfasst ist. Insbesondere gilt es festzustellen, ob der Gesellschafter überhaupt einer Treuepflichtbindung unterfällt. Ob die fragliche Konstellation inhaltlich von der konkreten Treuepflicht umfasst ist, sollte an dieser Stelle ebenfalls grundsätzlich überprüft werden. Gibt es entsprechende gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Regelungen, bleibt kein Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sollten keine grundlegend vorrangigen Regelungen existieren, gilt

²³⁷ Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 25. August 2016 – Az.: 8 U 347/16, NJW-RR 2016, 1374 = NZG 2016, 1225 = ZIP 2016, 2062.

es auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, die Grenze der konkreten Treuepflicht zu berücksichtigen.

Ist der Anwendungsbereich sowohl hinsichtlich der allgemeinen als auch der konkreten Treuepflicht gegeben, so ist die Auferlegung einer Verhaltenspflicht anhand der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu prüfen.

2. Verhältnismäßigkeit

a. Legitimer Zweck

Eine Verhaltenspflicht im Rahmen der Treuepflicht muss darauf abzielen, den (drohenden) Schaden abzuwenden bzw. zu beseitigen. Richtet sich das fragliche Verhalten gegen die Gesellschaft bzw. entsteht oder droht ein Schaden durch das Verhalten bei dieser, liegt ein legitimer Zweck vor, wenn die Verhaltenspflicht der Förderung des Gesellschaftszwecks dient. Die Förderung der Gesellschaft umfasst dabei als „Minus“ die Rücksichtnahmepflicht ihr gegenüber. Ein legitimer Zweck wird dabei regelmäßig zu bejahen sein. Mangels legitimen Zwecks kommt eine Verhaltenspflicht dann nicht in Betracht, wenn beispielsweise gesellschaftsfremde oder private Ziele Dritter begünstigt werden. In diesem Verhältnis vermag selbst eine Rücksichtnahme gegenüber den Mitgesellschaftern für einen legitimen Zweck nicht ausreichen, sofern dieser sich nicht (auch) auf die Förderung der Gesellschaft auswirkt. Droht beispielsweise durch das Ansziehen einer Geschäftschance durch den Gesellschafter der Gesellschaft ein Schaden in Form von entgangenem Gewinn, so verfolgt eine Verhaltenspflicht zur Verhinderung dessen einen legitimen Zweck, der Förderung der Gesellschaft. Kein legitimer Zweck läge hingegen bei der Frage nach einer Stimmpflicht bezüglich der Stundung einer Forderung gegenüber einem Gesellschaftsschuldner zur Verhinderung von dessen Insolvenz, sofern dies nicht zur Förderung der Gesellschaft gereicht.

b. Geeignetheit

Die in Frage stehende Verhaltenspflicht muss ferner geeignet sein, den Schaden abzuwenden. Stellt sich die Frage, ob ein bestimmtes, schon abgeschlossenes Verhalten treuwidrig war, ist zu beurteilen, ob die Erfüllung der Verhaltenspflicht geeignet gewesen wäre, den Schaden zu verhindern. Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung ist folglich der Zeitpunkt,

an dem das Verhalten vorgenommen worden ist oder vorgenommen werden soll. Auch wenn eine Verhaltenspflicht die Förderung der Gesellschaft bezweckt, der zur Frage stehende Schaden oder drohende Schaden jedoch nicht abgewendet werden kann, so fehlt es folglich an der Eignung. Eine Stimmpflicht bezüglich eines Gesellschafterbeschlusses zur Bildung einer Gewinnrücklage zum Zwecke einer Sanierung wäre, auch wenn dies der Förderung der Gesellschaft grundsätzlich dienlich wäre, dann nicht geeignet, wenn die Sanierung ohnehin scheitern würde bzw. eine solche objektiv nicht zur Verhinderung des Schadens, der Insolvenz, ausreichen und diese ohnehin eintreten würde.

c. Erforderlichkeit

Von gesteigerter Bedeutung wird regelmäßig die Erforderlichkeit sein. Hierbei wird die Frage nach dem relativ mildesten Mittel aufgeworfen. Eine Verhaltenspflicht ist dann erforderlich, wenn eine mildere Maßnahme, die denselben Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielt, nicht existiert. Dabei soll sichergestellt werden, dass so wenig wie möglich und so viel wie nötig in die privatautonome Ausübung der Gesellschafterrechte eingegriffen wird. So wäre beispielsweise die Pflicht, auf eine bestimmte Art und Weise abzustimmen, ein größerer Eingriff, als lediglich auf eine Art und Weise nicht abzustimmen – bzw. allgemeiner gewendet, stellt eine Handlungspflicht regelmäßig einen größeren Eingriff dar, als lediglich die Pflicht zur Rücksichtnahme bei der Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte durch eine Unterlassungspflicht.²³⁸

d. Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheit folgt endlich die eigentliche Interessenabwägung und damit der Kern einer jeden Verhältnismäßigkeitsprüfung selbst. Hierbei sind die Interessen des handelnden Gesellschafters gegen das Interesse der Gesellschaft abzuwägen. Hierbei gilt es außerdem, die Intensität der Treuepflicht miteinzubeziehen.

238 Pöschke, ZGR 2015, 550, 576; wohl auch Henze, BB 1996, 489, 493; Staub, in: Staub HGB, § 105 Rn. 230.

aa. Interesse des Gesellschafters

Auf der einen Seite sind zunächst die Interessen des Gesellschafters, dessen Verhalten in Rede steht, einzustellen. Je bedeutender sich die Rechtsausübung gestaltet, umso größer fällt sein Interesse aus. Eine Betrachtung ist unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte der geschützten Positionen des Gesellschafters – besonders wirtschaftlicher und rechtlicher Art – durchzuführen. Kommt der Gesellschafter durch die Rechtsausübung beispielsweise seiner Verpflichtung zur Rücksichtnahme gegenüber den Mitgesellschaftern nach, kann dies ebenso interessensteigernd wirken wie wirtschaftlicher Gewinn. Bei der Bewertung des Interesses des Gesellschafters dürfte es sich nicht um ein schlechthin schutzwürdiges Interesse handeln.

(1) Schutzwürdiges Interesse

Um ein nicht schutzwürdiges Interesse handelt es sich nicht *per se* schon dann, wenn individuelle bzw. persönliche Interessen verfolgt werden. Dies kann sogar dann gelten, wenn eigene Interessen den Interessen der Gesellschaft diametral entgegenstehen. Von entscheidender Bedeutung ist an dieser Stelle, in welchem Verhältnis die Treuepflichtverletzung zur Debatte steht bzw. ob der Schaden bei der Gesellschaft oder bei einem oder mehreren Mitgesellschaftern entsteht bzw. entstanden ist. Diese Unterscheidung ergibt sich mit Blick auf die Wirkrichtungen (horizontal und vertikal) der Treuepflicht und der Tatsache, dass es schließlich der Förderung der Gesellschaft, nicht jedoch der Förderung der Interessen der Mitgesellschafter bedarf. Bezüglich der Gesellschaft, also der vertikalen Treuepflicht, kommt es entscheidend auf die Art der Maßnahme in Ansehung des Verhaltens an und andererseits darauf um was für eine Maßnahme bzw. Verhalten es sich handelt.

Zur Einordnung der Art der in Frage stehenden Maßnahme wird zu-
meist zwischen eigennützigen und uneigennützigen Mitgliedschaftsrechten der Gesellschafter unterschieden.²³⁹ Als uneigennützige Gesellschafter-

239 Rieckers, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 22; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 231; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 53; Grigoleit, in: Grigoleit AktG, § 1 Rn. 66 ff.; Laubert, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 17; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 17; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 103; Laubert, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 17; Schlitt/Maier-Reinhardt,

rechte werden dabei solche Rechte eingestuft, die dem Gesellschafter nicht primär zum eigenen Nutzen eingeräumt sind, sondern zuvorderst dem Gesellschaftszweck dienen sollen. Hierzu zählen insbesondere solche Rechte wie die Geschäftsführung selbst sowie Geschäfte, die mit dieser verbunden sind. Eigennützige Mitgliedschaftsrechte sind hingegen etwa das Recht zum Austritt sowie sämtliche Vermögensrechte.²⁴⁰

Da uneigennützige Rechte dem Gesellschafter gerade nicht zum eigenen Nutzen, sondern zur Förderung der Gesellschaft eingeräumt sind, sollen persönliche Interessen des Gesellschafters hierbei regelmäßig hinter den Interessen der Gesellschaft zurückzustehen haben.²⁴¹ Die Ausübung dieser Rechte soll sich an den Eigeninteressen des Gesellschafters nur dann ausrichten dürfen, wenn die Belange der Gesellschaft hierdurch keine Beeinträchtigung erfahren.²⁴² Uneigennützige Rechte weisen eine stärkere Zweckverfolgungsnähe auf und sind damit dogmatisch der Förderungspflicht aus § 705 BGB näher als der Rücksichtnahmepflicht. Bei uneigennützigen Rechten fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse also schon dann, wenn der Gesellschafter eigene Interessen zum Nachteil der Gesellschaft über deren Interessen stellt. Je mehr ein Verhalten der Förderungspflicht zuzuschreiben ist, desto mehr ist dabei das Interesse der Gesellschaft vorrangig. Dies gilt insbesondere für Geschäftsführungsmaßnahmen. So sollen etwa Weisungsbeschlüsse gem. § 116 Abs. 2 HGB einer „gesteigerten Treuepflicht“ unterliegen.²⁴³ Die Terminologie mag an der Stelle missverständlich sein. Nach hiesigem Verständnis liegt in diesen Fällen zunächst keine (jedenfalls nicht *per se*) „gesteigerte Intensität der Treuepflicht“ vor. Vielmehr ist hier eine höhere Hürde für das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses gegeben, womit die Annahme der gewährten Verhältnismäßigkeit wahrscheinlicher wird.

in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 14 f.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 26; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 19 ff., 95 ff., 121; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1633 f.; *Henze*, BB 1996, 489, 492; kritisch hingegen *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 55 der die Unterscheidung als „ersten Anhalt“ versteht; ebenso *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 52 der von einer „ersten Orientierung“ spricht; ebenso *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 43.

240 *Hofmann*, Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht, S. 29 f.

241 Ganz h. M., vgl. nur *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 217.

242 *Hadding/Kießling*, in: Soergel BGB, § 705 Rn. 59; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 20.

243 BGH, Urt. v. 11. September 2018 – Az.: II ZR 307/16, NJW 2019, 157 = NZG 2018, 1226 = ZIP 2018, 2024 = WM 2018, 1935.

Eigennützige Mitgliedschaftsrechte sind dem Gesellschafter gerade zu seinem eigenen Nutzen verliehen. So schlägt sich in den Vermögensrechten gerade der individuelle Wert der Beteiligung nieder und motiviert den Gesellschafter, sich zum eigenen finanziellen Nutzen zu beteiligen.²⁴⁴ Ebenfalls eigennützig sind die individuellen Kontrollrechte oder das Recht zur Lösung von der Gesellschaft.²⁴⁵ Bei Ausübung dieser Rechte soll daher kein Bedarf der Unterordnung unter das Gesellschaftsinteresse bestehen. Die Förderungspflicht tritt hier, aus der Natur der eingeräumten Rechte heraus, in den Hintergrund. Eine Pflicht soll in dem Fall nur in der Rücksichtnahme, die Belange der Gesellschaft und Mitgesellschafter nicht willkürlich oder unverhältnismäßig zu belasten, bestehen – ihr kommt daher primär eine Schrankenfunktion bzw. Missbrauchskontrolle zu.²⁴⁶ An einem schutzwürdigen Interesse fehlt es somit erst dann, wenn mit dem Verhalten die Schädigung des Mitgesellschafters oder der Gesellschaft zumindest mitverfolgt oder billigend in Kauf genommen wird.²⁴⁷

Insbesondere *Bungeroth* kritisiert die Nützlichkeit der Unterscheidung nach eigen- und uneigennützigen Rechten gänzlich. So sei der Erkenntnisgewinn aufgrund der in der Rechtswirklichkeit auftretenden komplizierten Gemengelage von Eigeninteressen des Gesellschafters und Gesellschaftsinteressen eher gering.²⁴⁸ Deutlich wird die Problematik an der Einordnung des Stimmrechts als einer der wichtigsten mitgliedschaftlichen Befugnisse.²⁴⁹ Wird dieses teilweise uneingeschränkt zu den uneigennützi-

244 *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 97.

245 *Verse*, in: Henssler/Strohn GesR, § 14 Rn. 110; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 29; *Jaeger*, in: Oppenländer/Trölitzsch GmbH-Geschäftsführung, § 19 Rn. 66; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 20 f.

246 *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 54; *Ring/Grziwotz*, in: Ring/Grziwotz Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 107; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 230; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 25; *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 42b; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 104; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1633.

247 Dies gilt insbesondere für die Fälle in denen § 226 BGB noch nicht verwirklicht ist.

248 *Bungeroth*, in: MünchKomm AktG, 4. Auflage, Vor 53a Rn. 25 m. w. N; in der Neuauflage geht *Götze* immerhin von einer ersten Orientierungshilfe aus, *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 43, ebenfalls kritisch *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 55; *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 52.

249 *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 54; *Dreher*, ZHR 1993, 150, 153 der in der Stimmrechtsübung bei der Aktiengesellschaft das wichtigste mitgliedschaftliche Verwaltungsrecht sieht.

gen Rechten gezählt,²⁵⁰ soll nach anderer Ansicht nach dem jeweiligen Beschlussgegenstand differenziert werden.²⁵¹ Richtigerweise ist jedoch festzuhalten, dass formal betrachtet das Stimmrecht zwar mit guten Argumenten als uneigennütziges Recht einzuordnen ist. So übt der Gesellschafter dieses in den Angelegenheiten der Gesellschaft und im Falle der Kapitalgesellschaften als Mitglied eines Gesellschaftsorgans aus und folgerichtig werden in diesen Fällen die Beschlüsse der Gesellschaft zugerechnet.²⁵² Tatsächlich ist eine rein formale Betrachtung jedoch nicht sonderlich zielführend. Wenn es bezüglich des Beschlussgegenstandes hauptsächlich um die Interessen der Gesellschafter geht und nur ein geringer Zusammenhang mit der Zweckverfolgung besteht, wie etwa bei dem Gewinnverwendungsbeschluss, wäre es widersinnig, dem Gesellschafter aufzuerlegen, seine eigenen Interessen hinter die der Gesellschaft zu stellen.²⁵³ Daher ist das Stimmrecht entsprechend dem jeweiligen Beschlussgegenstand einzuordnen.

Ungeachtet des grundsätzlichen Nutzens der Einteilung ist zu attestieren, dass die Unterscheidung zwischen uneigennützigem und eigennützigem Rechten im Einzelfall nicht immer problemlos möglich ist. Trotz dieser Schwierigkeiten und der Tatsache, dass der BGH dieser Differenzierung bisher nicht gefolgt ist,²⁵⁴ liefert sie einen Maßstab zur Beurteilung des Interesses des Gesellschafters. Vor dem Hintergrund dieser aufgezeigten Problematik ist bei der Einordnung jedoch Zurückhaltung geboten. Als Eingriff in die privatautonome Ausübung seiner Gesellschaftsrechte sollte im Zweifel von eigennützigem Rechten ausgegangen bzw. ein schutzwürdiges Interesse bejaht werden.

Fehlt es nun schon an einem schützenswerten Interesse, fällt die Interessenabwägung zugunsten der Gesellschaft und somit einer Verhaltenspflicht aus.

250 *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 17; *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 68; *Hofmann*, Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht, S. 30; wohl auch OLG Stuttgart, Urt. v. 28. Januar 2004 – Az.: 20 U 3/03, ZIP 2004, 1145, 1150 = NZG 2004, 436 = DB 2004, 749; *Laubert*, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 17.

251 *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 98; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 54; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 230 f.; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 234; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 6; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 44; *Gesell*, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 90; wohl auch *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1633; *Henze*, BB 1996, 489, 492.

252 *Henze*, BB 1996, 489, 492.

253 *Reichert*, NZG 2018, 134, 141.

254 Vgl. *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 43.

(2) Unternehmerisches Ermessen

Sowohl bei der Bewertung des Interesses des Gesellschafters als auch in der Prüfung insgesamt ist zu beachten, dass dem Gesellschafter ein unternehmerisches Ermessen zukommt. Das gilt insbesondere bezüglich der Bewertung im Hinblick auf die uneigennützigen Rechte bzw. der Förderungspflicht.²⁵⁵ Es kann und darf nicht Aufgabe der Gerichte sein, unternehmerisches Handeln auf Zweckmäßigkeit zu prüfen bzw. festzulegen, was einer Unternehmung am zuträglichsten ist. Dies fällt in den ureigensten Aufgabenbereich der Gesellschafter. Folglich kann ein Verhalten, insbesondere ein Stimmverhalten, nicht lediglich deshalb beanstandet werden, weil es oder dessen Begründung unzumutbar oder gar töricht bzw. nicht im Interesse der Gesellschaft erscheint.²⁵⁶ Darüber hinaus darf es im Gewand der Treuepflicht nicht zu einer Ergebniskontrolle kommen. Aus der *ex-ante*-Sicht eines Gesellschafters – insbesondere von unerfahrenen (Klein-)Gesellschaftern – wird eine stets richtige Einschätzung der Auswirkungen eines Verhaltens nicht immer möglich sein. Ähnlich dem Gesetzgeber in der öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung muss dem Gesellschafter daher eine Einschätzungsprärogative zugestanden werden. Dies gilt vor allem hinsichtlich der vertikalen Treuepflicht und der damit einhergehenden Förderfunktion derselben. Nach *Zöllner* ist das Ermessen spätestens dann überschritten, wenn die Gesellschafter schuldhaft dem Interesse zuwiderhandeln – „nicht die absolute, objektive Förderung ist Inhalt der Verbandsverfassung, sondern Förderung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens“.²⁵⁷ Das ist dann nicht gegeben, wenn der Gesellschafter bei uneigennützigen Rechten bewusst eigene Interessen zum Nachteil der Gesellschaft voranstellt (Ermessensfehlgebrauch) oder wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bzw. der Rechtsausübung (*ex ante*) diese erkennbar zur Förderung schlechthin ungeeignet bzw. für den Mitgesellschafter schädlich war (Ermessensüberschreitung).²⁵⁸ Als erkennbar zur Förderung nicht geeignet dürfen dabei nicht nur solche Maßnahmen gelten, die zweifellos zu einer Schädigung führen, sondern darüber hinaus

255 So auch *Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern, S. 100; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 105.

256 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14, NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

257 *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 321.

258 *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 107; *Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern, S. 101.

auch solche, bei denen das mit dem Geschäft verbundene Risiko in krassem Missverhältnis zu dessen Nutzen steht.²⁵⁹

bb. Interesse der Gesellschaft

In das Interesse der Gesellschaft ist bei der vorzunehmenden Abwägung als größter Faktor der (drohende) Schaden einzustellen. Je schwerer sich hierbei der (zu erwartende) Schaden darstellt, umso eher wird die Abwägung in Richtung einer Verhältnismäßigkeit der etwaig aufzuerlegenden Verhaltenspflicht ausschlagen. Als in Frage kommende Schäden gelten sowohl konkret messbare, wirtschaftliche als auch immaterielle bzw. rechtliche Schäden, obgleich deren Gewichtung regelmäßig Schwierigkeiten bereiten wird. Als drohender Schaden kommt hier beispielsweise die (drohende) Insolvenz der Gesellschaft bei ausbleibenden Sanierungsmaßnahmen in Betracht. Wenngleich der drohende Schaden in diesem Fall schwerlich exakt bemessen werden kann, ist doch klar, dass dieser bzw. das entsprechende Interesse der Gesellschaft als sehr hoch einzustufen sein wird. Da eine Gewichtung des Schadens in anderen Fällen häufig deutlich schwerer fallen wird, ist es umso wichtiger, die weiteren in die Abwägung einzustellenden Faktoren zu erarbeiten bzw. die Feststellung der Intensität der konkreten Treuepflicht vorzunehmen.

Der Komplexität und Mehrdimensionalität des Gesellschaftsverhältnisses geschuldet, wäre eine simple Abwägung der Interessen des Gesellschafters mit dem (drohenden) Schaden zu kurz gegriffen und aufgrund der, wie gezeigt, häufig schwierigen Gewichtung des Schadens kaum möglich. Neben dem Interessenausgleich als Ziel der Treuepflicht bezweckt diese die Sicherstellung, der Förderung der Gesellschaft sowie der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung gerecht zu werden. Für die Bestimmung der Verhaltenspflichten ist anerkanntermaßen ein bedeutender Faktor, wie intensiv die Treuepflicht wirkt. Je intensiver die Treuepflicht wirkt, desto weiter greifen die Verhaltensanforderungen.²⁶⁰ Dies darf jedoch nicht dergestalt falsch verstanden werden, dass eine erhöhte Intensität sich unmittelbar kausal auf die Verhaltenspflichten auswirkt. Vielmehr wirkt sich die Intensität mittelbar im Rahmen der Abwägung der jeweiligen Interessen aus. So wird ein Überwiegen der Interessen des Gesellschafter-

259 Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern, S. 102.

260 Ganz h. M., vgl. nur Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 90; implizit Grunewald, in: MünchKomm HGB, § 161 Rn. 138.

ters mit zunehmender Intensität der Treuepflicht zunehmend schwieriger, womit es faktisch zu höheren Verhaltensanforderungen kommt. Je größer dabei die Einwirkungsmacht eines Gesellschafters bzw. die Förderpflichtkomponente ist, umso intensiver wirkt dabei die Treuepflicht. Die Intensität der Treuepflicht korreliert dabei mit den Interessen und der Schutzbedürftigkeit der Gesellschaft. Je höher das Interesse und die Schutzbedürftigkeit eines Gesellschafters, desto intensiver wirkt die Treuepflicht. Eine hohe Intensität der Treuepflicht bedeutet letztlich nichts anderes als ein hohes Interesse bzw. eine hohe Schutzbedürftigkeit auf der abzuwägenden Gegenseite.

Allerdings bedarf es einer Einschränkung des Interesses der Gesellschafter dergestalt, dass es sich auch bei diesem um ein schutzwürdiges handeln muss. Denkbar ist insbesondere das Vorliegen widerstreitender Treuepflichten. Dies etwa dann, wenn eine Rechtsausübung zwar den Interessen der Gesellschaft schadet, jedoch gleichzeitig auf Interessen eines oder mehrerer Mitgesellschafter Rücksicht nimmt. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft möglicherweise kraft Treuepflicht selbst gehalten ist, den Schaden hinzunehmen. Hierbei wirkt sich die horizontale auf die vertikale Treuepflicht aus. In diesem Fall wäre inzident zu prüfen, ob der Gesellschaft eine Verhaltenspflicht in Form der Unterlassungs- bzw. Duldungspflicht obliegt. Hat die Gesellschaft das fragliche Verhalten des Gesellschafters kraft eigener (umgekehrt-vertikaler) Treuepflicht nicht oder nicht so hinzunehmen, besteht mithin ein mindestens teilweises schutzwürdiges Interesse, bleibt dennoch zu prüfen, ob das schutzwürdige Interesse ausreicht bzw. das Interesse des Gesellschafters überwiegt, um eine Verhaltenspflicht zu begründen. Eine Schutzwürdigkeit der Gesellschaft wird jedoch nur in besonderen Ausnahmefällen zu verneinen sein, da es zu bedenken gilt, dass die Förderung der Gesellschaft letztlich dem Interesse aller Gesellschafter entspricht und somit regelmäßig überwiegen wird.

cc. Intensität der Treuepflicht

In die Waagschalen der jeweiligen Interessen sind im Rahmen der Intensität der Treuepflicht daher jeweils folgende aus der Kasuistik herausgearbeiteten Faktoren einzustellen: Die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft,²⁶¹

261 BGH, Urt. v. 5. November 1984 – Az.: II ZR 111/84, NJW 1985, 974 f. = ZIP 1985, 407 = GmbHR 1985, 152; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 –

der Einfluss des jeweiligen Gesellschafters,²⁶² die Realstruktur, also ob die Gesellschaft eher kapitalistisch oder personalistisch strukturiert ist,²⁶³ der Gesellschaftszweck,²⁶⁴ die Dauer der jeweiligen Beteiligung,²⁶⁵ etwaiges Vorverhalten und geschaffenes Vertrauen²⁶⁶. Darüber hinaus sind etwaige Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag und die Rechtsausübung selbst zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Abwägung sind alle relevanten Faktoren in einer Gesamtschau miteinzubeziehen. Dabei kann eine Rechtfertigung einer Verhaltenspflicht, selbst wenn einzelne Faktoren nicht ausreichen mögen, auch erst durch eine Kumulation verschiedener Faktoren entstehen.²⁶⁷

(1) Wirtschaftliche Lage

Besondere Bedeutung im Rahmen des Interesses bzw. Schadens kommt der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu. Gerät die Gesellschaft in

Az.: I 6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 f. = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590.

262 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450.

263 BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 163 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. v. 25. September 1986 – Az.: II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 279 f. = NJW 1987, 189 = ZIP 1986, 1383 = GmbHR 1987, 426; BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. Oktober 1993 – Az.: 6 U 160/92, ZIP 1994, 619, 623 = GmbHR 1994, 172 = DB 1993, 2474; OLG Naumburg, Urt. v. 20. Februar 1995 – Az.: 1 U 213/94, VIZ 1995, 674, 675 = DB 1995, 723 = BeckRS 9998, 94067.

264 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666.

265 BGH, Urt. v. 24. Mai 1993 – Az.: II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = ZIP 1993, 1160 = WM 1993, 1412; OLG Bremen, Beschluss v. 13. März 2013 – Az.: 4 UF 7/12, NJW 2013, 2527, 2529 = ZEV 2013, 460 = NZG 2013, 779.

266 OLG Hamm, Urt. v. 19. Juli 2018 – Az.: 27 U 14/17, NZG 2018, 1145 = BB 2018, 2832 = GmbHR 2018, 1276; LG Münster, Urt. v. 25. Juli 2018 – Az.: 26 O 21/18, BeckRS 2018, 18080; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; zum Ganzen *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76.

267 OLG Stuttgart, Urt. v. 8. Oktober 1999 – Az.: 20 U 59/99, NZG 2000, 490, 497 = BB 1999, 2316 = AG 2000, 369.

eine wirtschaftliche Schieflage dergestalt, dass ihr eine Insolvenz droht, soll der Treuepflicht eine besonders hohe Intensität zukommen.²⁶⁸ Eine solche ergibt sich schon daraus, dass in dem Fall der wirtschaftlichen Schieflage der drohende Schaden im Hinblick auf die drohende Insolvenz größer ausfallen wird. Fraglich ist dabei jedoch, ob das gegenüber der Gesellschaft, den Mitgesellschaftern oder gegenüber beiden gilt.

Hinsichtlich der Gesellschaft wäre an eine gesteigerte Intensität zurückführend auf die Förderpflicht zu denken. Obliegt es dem Gesellschafter, die Gesellschaft zu fördern, könnte sich diese Pflicht durch eine Insolvenzgefahr verstärkt sehen, da die Auflösung der Gesellschaft dem Gesellschaftszweck diametral entgegensteht.²⁶⁹ Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Gesellschaft kein allgemeiner Bestandsschutz gegenüber Maßnahmen ihrer Gesellschafter zukommt. Vielmehr kann diese ohne Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe durch die Gesellschafter aufgelöst und beendet werden.²⁷⁰ Da die Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft durch die Gesellschafter auch gesetzlich vorgesehen ist,²⁷¹ muss ein entsprechendes Verhalten, wie etwa eine entsprechende Stimmabgabe, grundsätzlich möglich sein. Wie dargestellt, stellt vielmehr das geschriebene Recht eine Grenze der Treuepflicht dar, wodurch ein die Auflösung anstrebendes Verhalten, insbesondere entsprechende Stimmabgabe, schon inhaltlich nicht von der Treuepflicht umfasst ist. Allerdings gilt es bei der Auslegung der Norm, die Treuepflicht zu beachten. Auch der Gesetzgeber stellt an die Auflösung Hürden. Deutlich wird das im Hinblick auf die Aktiengesellschaft an § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Hiernach ist das Recht zur Auflösung der Aktiengesellschaft durch Beschluss einer qualifizierten, durch Gesetz oder Satzung bestimmten Mehrheit vorbehalten. „Solange ein solcher Beschluss nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefasst ist, bestehen Gesellschaft und Gesellschaftszweck fort. Eine Min-

268 BGH, Urt. v. 5. November 1984 – Az.: II ZR 111/84, NJW 1985, 974 f. = ZIP 1985, 407 = GmbHR 1985, 152; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I 6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 f. = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590; *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1910.

269 So im Ergebnis auch *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 14.

270 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; OLG München, Beschluss v. 16. Januar 2014 – Az.: 23 AktG 3/13, ZIP 2014, 472, 474 = WM 2014, 943 = DB 2014, 943; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 59; *Helm/Haaf*, in: BeckHdb GmbH, § 16 Rn. 9; *Döge*, ZIP, 1220, 1222.

271 Vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB; § 60 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG; § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG.

derheit kann die Auflösung der Aktiengesellschaft nicht erzwingen.²⁷² Zwar kann ein Gesellschafter grundsätzlich auf die Auflösung hinwirken, jedoch besteht der Gesellschaftszweck bis dahin genauso wie die Förderungspflicht fort.²⁷³ Dies hat zur Folge, dass auch die Auflösung nicht rücksichtslos betrieben werden darf. So ist zwar das „ob“ des die Auflösung anstrebenden Verhaltens nicht von der Treuepflicht umfasst, jedoch unterfällt das „wie“ durchaus der Treuepflicht. Das gilt insbesondere beim Hinzutreten von weiteren Umständen, die außerhalb des eigentlichen Beschlusses liegen, wie beispielsweise einem widersprüchlichen Verhalten oder der Umgehung von Vorschriften zum Minderheitenschutz.²⁷⁴ Besteht nun die Förderungspflicht bis zur Auflösung fort, verdichtet sich diese in Zeiten wirtschaftlicher Schieflage unabhängig von der Freiheit eines Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu betreiben, sofern das „wie“ des Betreibens nicht treuwidrig stattfindet. Die Intensität der Treuepflicht steigt, um die Förderung des Zwecks auch in der Krise zu gewährleisten und die Zweckverfolgung damit weiterhin zu ermöglichen. Dass die Auflösung nicht rücksichtslos betrieben werden darf, wird auch schon anhand § 723 Abs. 2 BGB deutlich, der eine Kündigung zur Unzeit für die Gesellschafter der GbR untersagt. Unzeit ist gegeben, wenn der Gesellschafter für seine Kündigung einen Zeitpunkt wählt, der auf die gesellschaftsvertraglich relevanten Interessen der Mitgesellschafter keine Rücksicht nimmt.²⁷⁵ Ist nach § 723 Abs. 2 BGB auf die relevanten Interessen der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen, wird deutlich, dass es unterschiedliche Phasen gibt, in denen gleiche Maßnahmen unterschiedlich

272 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

273 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 159; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 705 Rn. 170.

274 BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; BGH, Urt. v. 28. Januar 1980 – Az.: II ZR 124/78, BGHZ 76, 352 = NJW 1980, 1278 = ZIP 1980, 275 = ZGR 1981, 171; *Drescher*, in: Henssler/Strohn GesR, § 243 Rn. 22; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 28; *Gesell*, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 158; *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 150; vgl. auch *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 46, 59.

275 BGH, Urt. v. 13. Januar 1959 – Az.: I ZR 47/58, GRUR 1959, 384, 388 = BB 1959, 538 = MDR 1959, 547; OLG Karlsruhe, Urt. v. 19. April 2002 – Az.: 14 U 129/00, NZG 2003, 324, 325 = BeckRS 2002, 30254812; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 723 Rn. 53; *Lübke*, in: BeckOGK BGB, § 723 Rn. 89; *Saenger*, in: Schulze BGB, § 723 Rn. 6; *Kilian*, in: Henssler/Strohn GesR, § 723 Rn. 21; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 723 Rn. 28.

bewertet werden. Droht die Insolvenz der Gesellschaft, stehen regelmäßig auch mehr relevante Interessen der Mitgesellschafter auf dem Spiel, wie etwa der Verlust der Mitgliedschaftsrechte sowie ihrer Einlage.²⁷⁶ Mit zunehmender wirtschaftlicher Schieflage steigen also das Verlustpotential bzw. die gefährdeten Interessen der Mitgesellschafter und somit das Interesse am treugemäßen Verhalten des handelnden Gesellschafters und damit letztlich die Intensität der Treuepflicht. Hier wirkt sich die Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern auf die Intensität der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft aus.

Die Intensität steigt mit zunehmender wirtschaftlicher Schieflage folglich sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Mitgesellschaftern.²⁷⁷

(2) Einfluss des jeweiligen Gesellschafters

Um der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung gerecht zu werden, stellt für die Bestimmung der Intensität der Treuepflicht der Umfang der Beteiligung des Gesellschafters bzw. seine Einflussmöglichkeit ebenfalls einen bedeutenden Parameter dar.²⁷⁸ Die Korrelation von Rechtsmacht bzw. Einflussmöglichkeit und Verantwortung ist dabei nicht nur zentrales Element der Treuepflicht, sondern stellt ein allgemeines Rechtsprinzip dar, das sich sowohl durch die Gesellschaft²⁷⁹ als auch durch die ganze Rechtsordnung zieht.²⁸⁰

276 *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 261.

277 Vgl. nur *Reichert*, NZG 2018, 134, 136.

278 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; *Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 31; *Bitter*, in: Scholz GmbHG, § 13 Rn. 52; *Bitter*, ZGR 2010, 147, 174 ff.; *Merk*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 90; *Weller/Discher*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 13 Rn. 9; *Einhaus/Selter*, GmbHR 2016, 1177, 1178 f.; *Seibt*, ZIP 2014, 1909; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: *Reichert GmbH & Co. KG*, § 26 Rn. 16, nach welchen jedoch die Realstruktur im Vordergrund steht.

279 Vgl. „[...] wem viel anvertraut ist, von dem wird man umso mehr fordern.“, *Lukas* 12, 48, Die Bibel; sowie *Soell*, Helmut Schmidt: Macht und Verantwortung; „With great Power there also must come great responsibility“, *Lee/Ditko*, *Amazing Spider-Man*, S. 11.

280 Vgl. nur Art. 14 Abs. 2 GG; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 239; *Wellenhofer-Klein*, *RabelsZ* 2000, 564, 572.

So soll beispielsweise einem beherrschenden Mehrheitsgesellschafter eine weitaus intensivere Rücksichtnahmepflicht im Hinblick auf sein Stimmrecht als dem Minderheitsgesellschafter zukommen.²⁸¹

Eine erhöhte Einflussmöglichkeit besteht aber nicht nur im Falle eines Mehrheitsgesellschafters. Zu denken ist etwa auch an eine Doppelstellung als Gesellschafter einerseits und Mitglied eines Verwaltungsorgans anderseits. Zwar sind die Einflussmöglichkeiten zunächst getrennt zu sehen; als Mitglied der Verwaltung unterfällt der Gesellschafter organschaftlichen Treuepflichten, als Gesellschafter den mitgliedschaftlichen. Jedoch gewinnt der Gesellschafter durch diese Doppelstellung an Einfluss, da er so etwa über bessere Informationsmöglichkeiten oder erhöhte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung verfügt.²⁸² Ein gesteigerter Einfluss kann sich aber auch temporär bzw. situativ sowie in faktischer Hinsicht ergeben. Bedarf es etwa in einer Zweipersonengesellschaft mit einem Mehrheitsgesellschafter trotz grundsätzlichem Mehrheitserfordernis ausnahmsweise eines einstimmigen Beschlusses, kommt diesem ebenfalls – situativ – ein gesteigerter Einfluss zu. Ein großes Maß an Einwirkungsmöglichkeit besteht hinsichtlich des Minderheitsgesellschafters insbesondere dann, wenn etwa der Fortbestand einer Gesellschaft von der Zustimmung eines Minderheitsaktionärs zu einem Sanierungskonzept abhängt.

Dass mit steigender Einflussmöglichkeit auch eine steigende Intensität einhergeht, leuchtet ein. Je größer die Einwirkungsmacht eines Gesellschafters, desto größer wird auch die Schutzbedürftigkeit der anderen Gesellschafter, aber auch der Gesellschaft selbst.

Obgleich die Einflussmöglichkeit einen wichtigen Faktor der Intensität darstellt, darf nicht verkannt werden, dass hierin gleichermaßen auch „nur“ ein Faktor von mehreren zu sehen ist und das Halten einer Mehrheitsmacht nicht mittelbar zur Lähmung der Handlungsmöglichkeiten durch die Auferlegung endloser Verhaltenspflichten führen darf. Wäre das der Fall, würde die vom Gesetz (vgl. § 133 Abs. 1 AktG) vorhergesehene Entscheidungsgewalt der Mehrheit und damit die „Majorisierung“ der Minderheit unterlaufen werden.²⁸³ Es ist gerade der Normalfall, dass die Mehrheit von der Mehrheitsmacht Gebrauch macht.

281 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 90; *Ekkenga*, ZGR 2019, 191, 203; jedenfalls in der Voraufgabe noch *Bungeroth*, in: MünchKomm AktG, 4. Auflage, Vor § 53a Rn. 26.

282 *Weller/Discher*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 13 Rn. 9; *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 70.

283 *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 236.

Festzuhalten bleibt, dass die Einflussmöglichkeit des Gesellschafters für die Intensität der Treuepflicht im Rahmen der Abwägung eine bedeutsame Rolle spielt, jedoch mit Maß einzustellen ist.

(3) Rechtsform/Realstruktur

Regelmäßig wird der Umfang in Abhängigkeit von der Rechtsform hinsichtlich der konkreten Treuepflicht inhaltlich variieren. So wird es bei der GbR regelmäßig zu einem größeren, bei der Aktiengesellschaft hingegen kleineren Umfang bezüglich des Inhalts der konkreten Treuepflicht kommen. Darüber hinaus darf jedoch auch im Rahmen der Intensität die gewählte Rechtsform nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. So besteht im Rahmen der Personengesellschaft eine deutlich stärkere Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter der Gesellschaft und Mitgesellschafter als bei der Kapitalgesellschaft.²⁸⁴ Folglich kommt es hierbei auch zu einer gesteigerten Intensität. Obgleich der Rechtsform eine gute Indikationswirkung zukommt, ist für die Bestimmung der Intensität die Realstruktur noch aussagekräftiger bzw. angemessener.²⁸⁵ So kann die Einwirkungsmöglichkeit bzw. Rechtsmacht für den Fall der Publikumspersonengesellschaft im Vergleich zur personalistisch ausgestalteten GmbH im Einzelfall in tatsächlicher Hinsicht doch größer ausfallen. Demnach kann die Rechtsform als erster Indikator dienen, muss aber sodann um die Realstruktur ergänzt und gegebenenfalls korrigiert werden. Dabei unterfallen sowohl personalistisch als auch kapitalistisch strukturierte Gesellschaften der Treuepflicht.²⁸⁶ Mit Blick auf die Funktionen der Treuepflicht ist die Intensität in Gesellschaften mit vertrauteren, personalistischeren Strukturen höher anzusetzen.²⁸⁷ Das ergibt sich gegenüber der Gesellschaft daraus, dass die

284 OLG Jena, Urt. v. 10. August 2016 – Az.: 2 U 500/14, BeckRS 2016, 16922; Wedemann, in: Oetker HGB, § 230 Rn. 82; Hippeli, GmbHR 2016, 1257, 1258, der jedoch Personengesellschaften und die GmbH zur AG abgrenzt.

285 Im Ergebnis auch Pöschke, ZGR 2015, 550, 576; Kort, ZIP 1990, 294, 296; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 17, nach welchen es auf die Rechtsform jedoch überhaupt nicht ankommen soll; wohl auch Laubert, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 17.

286 Vgl. statt aller nur Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22.

287 BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 163 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. v. 25. September 1986 – Az.: II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 279 f. = NJW 1987, 189 = ZIP 1986, 1383 = GmbHR 1987, 426; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28. Oktober

Förderung der Gesellschaft wesentlich mehr auf die einzelnen Gesellschafter ausgelegt ist und deren Mitwirken eine größere Bedeutung innewohnt. Die Einflussmöglichkeiten des einzelnen Gesellschafters sowohl unmittelbar auf die Gesellschaft als auch gegenüber den Mitgesellschaftern, etwa durch persönliche Verbundenheit und mögliche Absprachen, und somit mittelbar gegenüber der Gesellschaft ist bei personalistischen Gesellschaften deutlich größer als bei kapitalistischen Gesellschaften. Mit steigendem Einfluss bzw. steigender Rechtsmacht steigt wiederum die Intensität.

(4) Gesellschaftszweck

Auch der Gesellschaftszweck kann einen Faktor hinsichtlich der Intensität der Treuepflicht darstellen.²⁸⁸ So besteht beispielsweise gegenüber einer auf aktiven Geschäftsbetrieb ausgelegten Gesellschaft eine deutlich höhere Intensität als bei einer (Mantel-)Gesellschaft, deren Zweck in der Selbstverwaltung liegt. Dies gilt jedenfalls, sofern die in Frage stehende Handlung bzw. Verhaltenspflicht überhaupt von der konkreten Treuepflicht umfasst ist. Da der Gesellschaftsvertrag eine Grenze der konkreten Treuepflicht bildet und der Gesellschafter zu nicht mehr verpflichtet ist, als er versprochen hat,²⁸⁹ werden Verhaltenspflichten im oben genannten Falle der Selbstverwaltung regelmäßig schon daran scheitern, dass diese nicht

1993 – Az.: 6 U 160/92, ZIP 1994, 619, 623 = GmbHR 1994, 172 = DB 1993, 2474; OLG Naumburg, Urt. v. 20. Februar 1995 – Az.: 1 U 213/94, VIZ 1995, 674, 675 = DB 1995, 723 = BeckRS 9998, 94067; *Wedemann*, in: Oetker HGB, § 230 Rn. 82; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 16; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 233; *Weller/Discher*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 13 Rn. 9; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; *Einhaus/Selter*, GmbHR 2016, 1177, 1178; *Bungert*, DB 1995, 1749 ff.

288 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22.

289 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590; *Schneider*, NZG 2011, 575, 577; *Fischer*, in: Knops/Bamverger/Lieser Recht der Sanierungsfinanzierung, § 30 Rn. 11; *Born*, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 20; *Haas*, in: Röhricht/Graf von West-

von der konkreten Treuepflicht umfasst sind. Begründet der Gesellschaftsvertrag jedoch eine berechnete Erwartungshaltung, so steigt mit dieser gleichsam die Intensität. Je mehr Rechtsmacht der Gesellschaftszweck dem Gesellschafter über die Gesellschaft einräumt bzw. je mehr dieser den Gesellschafter zur Förderung verpflichtet, desto höher fällt die Intensität der Treuepflicht aus.

(5) Dauer der Beteiligung

Zur Bestimmung der Intensität der Treuepflicht wird auch die Dauer der Beteiligung angeführt.²⁹⁰ Die Dauer der Beteiligung dient als Indiz für die Intensität des herrschenden Vertrauens zwischen den Gesellschaftern. Der Vertrauensschutz als solcher, sofern nicht im Kontext von Rechtsmacht oder Förderung der Gesellschaft, ist jedoch von der Treuepflicht nicht bezweckt. In den meisten Fällen wird sich die Dauer der Beteiligung allerdings weder auf die eingeräumte Rechtsmacht noch auf die Förderung der Gesellschaft in der Gestalt auswirken, dass eine Steigerung der Intensität damit einhergeht. Die Dauer der Beteiligung stellt daher lediglich in Ausnahmefällen einen zu beachtenden Faktor dar.

(6) Vorverhalten/Geschaffenes Vertrauen

Schafft ein Gesellschafter durch besondere Maßnahmen, Abreden oder Versprechen besonderes Vertrauen, so kann das zu einer gesteigerten Intensität der Treuepflicht führen,²⁹¹ sofern diese in einem Zusammenhang mit der Förderung der Gesellschaft oder der eingeräumten Rechtsmacht

phalen/Haas HGB, § 109 Rn. 12; Müller/Schmidt/Liebscher, in: Thierhoff/Müller Unternehmenssanierung, 8. Kapitel II 5. 2. Rn. 167.

290 BGH, Urt. v. 24. Mai 1993 – Az.: II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = ZIP 1993, 1160 = WM 1993, 1412; OLG Bremen, Beschluss v. 13. März 2013 – Az.: 4 UF 7/12, NJW 2013, 2527, 2529 = ZEV 2013, 460 = NZG 2013, 779; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 89; Einhaus/Selter, GmbHHR 2016, 1177, 1178 f.; als Faktor für die Reichweite der Treuepflicht Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 18.

291 OLG Hamm, Urt. v. 19. Juli 2018 – Az.: 27 U 14/17, NZG 2018, 1145 = BB 2018, 2832 = GmbHHR 2018, 1276, LG Münster, Urt. v. 25. Juli 2018 – Az.: 26 O 21/18, BeckRS 2018, 18080; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76.

stehen, wobei an diesen Zusammenhang aufgrund des intendierten umfassenden Interessenausgleichs keine allzu großen Anforderungen zu stellen sind. Fehlt es trotzdem an diesem Zusammenhang, kommt dem Vorverhalten im Rahmen der Treuepflicht grundsätzlich keine Wirkung zu, da ein reiner Vertrauensschutz durch die Treuepflicht nicht bezweckt ist. Allerdings kommt eine Auswirkung dennoch wie folgt in Betracht: Der Faktor des Vorverhaltens weist eine besondere Nähe zum Rechtsmissbrauch in Form des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB auf. Sind die Voraussetzungen des widersprüchlichen Verhaltens gem. § 242 BGB erfüllt, so wird ein überwiegendes Interesse der Gesellschaft vermutet. Dass es hierbei nicht unmittelbar zur Rechtsfolge des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB hinsichtlich der Rechtsausübung kommt,²⁹² ist der Komplexität des Gesellschaftsverhältnisses geschuldet, weshalb das speziellere Institut der Treuepflicht vorrangig anzuwenden ist. Daher ist ähnlich den sog. „vergleichbaren Anwendungsfällen“²⁹³ auch hier zunächst lediglich eine Vermutung der Treuwidrigkeit bzw. sogar zunächst nur ein überwiegendes Interesse der Gesellschaft anzunehmen, da es nach wie vor eines Interessenausgleichs bedarf. Eine Verhaltenspflicht wäre also verhältnismäßig und eine Nichtbeachtung treuwidrig.

(7) Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag/Gesellschaftervereinbarungen

In eine ähnliche Richtung wie das Vorverhalten bzw. geschaffene Vertrauen geht der Faktor der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen bzw. sonstigen Gesellschaftervereinbarungen. Der Gesellschaftsvertrag stellt nicht nur die Grundlage und Grenze der Treuepflicht dar, sondern kann auch bezüglich der Intensität von Bedeutung sein. Für die Bestimmung derselben kommen darüber hinaus aber auch alle anderen Gesellschafterbeschlüsse und -vereinbarungen in Betracht, aus denen Hinweise über die Intensität gewonnen werden können.²⁹⁴

292 Vgl. grundsätzlich zur Rechtsfolge des widersprüchlichen Verhaltens *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 296 ff.

293 Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 4 D IV.

294 *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 706 Rn. 65.

(8) Rechtsausübung selbst

Nicht zuletzt spielt bei der Einordnung der Intensität der Treuepflicht das fragliche Verhalten bzw. die Rechtsausübung selbst eine entscheidende Rolle. Je einschneidender respektive relevanter die Auswirkung der jeweiligen Rechtsausübung für die Gesellschaft ist, desto höher fällt die Intensität der Treuepflicht für den Gesellschafter aus. Daher wird die Intensität bei zentralen Belangen mit größerer Bedeutung für die Förderung der Gesellschaft, wie etwa Satzungsänderungen, regelmäßig höher ausfallen als bei der Geltendmachung von Informations- und Kontrollrechten.²⁹⁵ Aber auch schon die steigende Nähe der Rechtsausübung zur Geschäftsführung vermag aus diesem Grund eine Steigerung der Intensität begründen.²⁹⁶ Darüber hinaus kann es auch zu einer höheren Intensität kommen, wenn (möglicherweise neben der Gesellschaft) mehrere Gesellschafter von besagter Rechtsausübung betroffen sind.

dd. Abwägung und sonstige Faktoren

Die genannten und jeweils relevanten Faktoren sind folglich im Rahmen der Intensität der Treuepflicht in die Abwägung einzustellen und sodann die gewichteten Interessen gegeneinander abzuwägen. Zu berücksichtigen ist dabei ferner die Wahrscheinlichkeit, mit der die Verhaltenspflicht den Schaden abzuwenden vermag.²⁹⁷ Sollte es nicht schon an der Geeignetheit insgesamt fehlen, so ist die Wahrscheinlichkeit nunmehr in die Abwägung einzubeziehen. Hat eine vergleichbare Maßnahme in der Vergangenheit etwa keinen nachhaltigen Erfolg erzielt, ist das entsprechend zu berücksichtigen.²⁹⁸ Für ein Überwiegen des Interesses der Gesellschaft spricht,

295 Vgl. *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 231; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 232.

296 So wohl auch BGH, Urt. v. 11. September 2018 – Az.: II ZR 307/16, NJW 2019, 157. 160 = NZG 2018, 1226 = ZIP 2018, 2024 = WM 2018, 1935; OLG Frankfurt, Urt. v. 23. Mai 2019 – Az.: 5 U 21/18, GmbHR 2019, 940 = EwIR 2020, 7 (m. Anm.) = BeckRS 2019, 16088; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 232; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1633 f.; *Ekken-ga*, Der Konzern 2015, 409, 414.

297 Vgl. BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 f. = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666.

298 Vgl. OLG München, Beschluss v. 16. Januar 2014 – Az.: 23 AktG 3/13, ZIP 2014, 472, 474 = WM 2014, 943 = DB 2014, 943, in welchem Fall es wohl schon an der Geeignetheit fehlen dürfte; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a

wenn durch die Verhaltenspflicht keinerlei oder nur geringe Nachteile entstehen, sofern es in einem solchen Fall nicht schon am schützenswerten Interesse des Gesellschafters fehlt. Zu berücksichtigen sind ebenfalls die Fallgestaltungen, in denen eine Rechtsausübung zwar die Gesellschaft schädigt, aber die Rücksichtnahme gegenüber einem oder mehreren Mitgesellschaftern verfolgt bzw. erfüllt. Fehlt es hier nicht schon am schutzwürdigen Interesse der Gesellschaft, weil diese kraft eigener Treuepflicht zur Duldung verpflichtet ist, so kann auch dies dennoch in der Abwägung zu berücksichtigen sein. Hier steigt einerseits das Interesse des Gesellschafters an der Rechtsausübung, da diese gerade seine Rücksichtnahmepflicht umsetzt, während es für das Interesse der Gesellschaft eine geringere Gewichtung bedeutet, da auch diese grundsätzlich dazu verpflichtet ist, Rücksicht auf ihre Gesellschafter zu nehmen, selbst wenn im Rahmen seiner Treuepflicht die Rücksichtnahmepflicht nicht derart stark ausgeprägt ist, dass es für eine Pflicht zur Duldung ausreicht. Auch hier gilt jedoch eine lediglich moderate Berücksichtigung, da die Förderung der Gesellschaft grundsätzlich dem Interesse aller Gesellschafter entspricht und ihr somit regelmäßig ein erhöhtes Gewicht zukommen wird. Auch wenn einzelne Faktoren einzeln betrachtet nicht ausreichen, kann ein überwiegendes Interesse der Gesellschaft durch eine Kumulation verschiedener Faktoren entstehen.²⁹⁹

Zu berücksichtigen ist dabei stets, dass die Entscheidung, wie die Interessen der Gesellschaft am besten gewahrt bleiben, grundsätzlich den Gesellschaftern obliegt.³⁰⁰ Das Auferlegen einer Verhaltenspflicht, insbesondere durch gerichtliche Intervention, sollte folglich stets restriktiv verfolgt werden. Insofern ist die unternehmerische Einschätzungsprärogative zu beachten. Kommt es in der Abwägung dennoch zu dem Ergebnis, dass die Interessen der Gesellschaft überwiegen, ist die fragliche Verhaltenspflicht verhältnismäßig und der Gesellschafter kraft Treuepflicht an diese gebunden. Eine Nichtbeachtung führt zu einer Treuepflichtverletzung.

Rn. 52; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 222 Rn. 15a; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 222 Rn. 14; *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1913.

299 OLG Stuttgart, Urt. v. 8. Oktober 1999 – Az.: 20 U 59/99, NZG 2000, 490, 497 = BB 1999, 2316 = AG 2000, 369.

300 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14, NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

II. Bei (drohender) Schädigung des Gesellschafters

1. Anwendungsbereich der Treuepflicht

Ist der Anwendungsbereich der (allgemeinen) Treuepflicht dergestalt eröffnet, dass die Rücksichtnahmepflicht gegenüber einem Mitgesellschafter tangiert sein könnte – droht insbesondere ein Schaden, auf den die Rechtsausübung eine Auswirkung haben könnte, bei einem oder mehreren Mitgesellschaftern zu entstehen bzw. ist dieser schon entstanden – gilt es in einem zweiten Schritt festzustellen, ob die fragliche Konstellation von der konkreten Treuepflicht noch umfasst ist. Sollten keine grundlegend vorrangigen Regelungen existieren, gilt es auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, die Grenze der konkreten Treuepflicht zu berücksichtigen.

Liegt eine Eröffnung des Anwendungsbereichs vor, so gilt es zu prüfen, ob dem Gesellschafter bezüglich seiner Rechtsausübung eine Verhaltenspflicht in Form einer Unterlassungs- oder Handlungspflicht aufzuerlegen ist. Diese Überprüfung erfolgt gleich der Betrachtung der Verhaltenspflichten gegenüber der Gesellschaft anhand der Verhältnismäßigkeit. Dabei muss die fragliche Verhaltenspflicht verhältnismäßig sein, also einen legitimen Zweck verfolgen, und in dessen Ansehung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

2. Verhältnismäßigkeit

a. Legitimer Zweck und Geeignetheit

Richtet sich das möglicherweise einzuschränkende Verhalten gegen einen Gesellschafter, muss die Verhaltenspflicht die Verwirklichung der Rücksichtnahme verfolgen. An einem legitimen Zweck und somit an einer Verhaltenspflicht würde es beispielsweise dann fehlen, wenn die zur Frage stehende Rücksichtnahmepflicht auf gesellschaftsfremde, private Belange abzielen würde. So sind nur die gesellschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter von Relevanz für die Treuepflicht.³⁰¹ Eine Verhaltenspflicht wäre aber auch dann nicht geeignet, wenn sie zwar die Förderung der Gesellschaft bezweckt oder bewirkt, nicht jedoch die Rücksichtnahme.

301 BGH, Urt. v. 22. Juni 1992 – Az.: II ZR 178/90, NJW 1992, 3167, 3171 = ZIP 1992, 1464, = DB 1992, 2284 = Die AG 1993, 28; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 134; *Bungert*, DB 1995, 1749 ff.

Weiter muss die in Frage stehende Verhaltenspflicht geeignet sein, den Schaden gegenüber dem Mitgesellschafter abzuwenden. Stellt sich die Frage, ob ein bestimmtes, schon abgeschlossenes Verhalten treuwidrig war, ist zu beurteilen, ob die Verhaltenspflicht geeignet gewesen wäre, den Schaden zu verhindern. Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung ist folglich der Zeitpunkt, an dem das Verhalten ausgeübt worden ist oder ausgeübt werden soll. Insofern ergeben sich keine nennenswerten Unterschiede zur Geeignetheit bei einer Rechtsausübung mit Schädigung gegenüber der Gesellschaft.

b. Erforderlichkeit

Sodann müsste die Erforderlichkeit gegeben sein. Hierbei ist von entscheidender Bedeutung, dass es keine mildere Maßnahme gibt, die denselben Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielt. Wie dargelegt, wäre beispielsweise die Pflicht, auf eine bestimmte Art und Weise abzustimmen, ein größerer Eingriff, als lediglich auf eine Art und Weise nicht abzustimmen – bzw. stellt eine Handlungspflicht regelmäßig einen größeren Eingriff dar, als lediglich die Pflicht zur Rücksichtnahme bei der Ausübung der mitgliederschaftlichen Rechte durch eine Unterlassungspflicht.³⁰²

Dabei kommt jedoch die grundsätzliche Frage auf, ob eine Handlungspflicht im Rahmen der Rücksichtnahmepflicht bzw. genauer formuliert der horizontalen Treuepflicht überhaupt denkbar ist. Hinsichtlich der vertikalen Treuepflicht, welche der dogmatischen Wurzel der Förderpflicht aus § 705 BGB nähersteht, ist dies grundsätzlich möglich. Da jedoch eine Förderpflicht gegenüber den Mitgesellschaftern gerade nicht besteht, fragt sich, inwieweit überhaupt eine Pflicht zur Handlung auferlegt werden kann oder ob diese lediglich eine Schranke der Rechtsausübung darstellt. Dogmatisch steht die Komponente der Rücksichtnahmepflicht § 242 BGB nahe. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt – gleich der Treuepflicht – eine Abwägung zwischen den anerkannten Interessen der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Personen sowie eine Auflösung derselben im Falle einer Kollision.³⁰³ § 242 BGB umfasst dabei in aller Regel,

302 Pöschke, ZGR 2015, 550, 576; wohl auch Henze, BB 1996, 489, 493; Staub, in: Staub HGB, § 105 Rn. 230.

303 BGH, Urt. v. 22. Dezember 1967 – Az.: V ZR 11/67, BGHZ 49, 153 = NJW 1968, 549 = WM 1968, 228; BGH, Urt. v. 7. Mai 1997 – Az.: IV ZR 179/96, BGHZ 135, 337 = NJW 1997, 2519 = NZA 1997, 827 = ZTR 1997, 562 =

anders als die Treuepflicht, zumindest in vertikaler Wirkrichtung keine Förderpflicht der jeweils anderen Partei. Dem Grundsatz von Treu und Glauben kommen verschiedene Funktionen zu. Neben der Schrankenfunktion können mithilfe des Grundsatzes von Treu und Glauben unter anderem auch Rechte und Pflichten begründet werden.³⁰⁴ Dies bezieht sich hauptsächlich auf Nebenpflichten; ausnahmsweise kommt allerdings auch eine Begründung von Hauptpflichten über § 242 BGB in Betracht.³⁰⁵

Kommt nun grundsätzlich sogar die Begründung von Hauptpflichten im Rahmen des § 242 BGB in Betracht, bei welchem sich üblicherweise zwei Parteien im Austauschverhältnis gegenüberstehen, muss dies umso mehr für die Treuepflicht gelten, bei welchem die Parteien auf Dauer mitgliedschaftlich verbunden sind, mithin eine deutlich engere Beziehung besteht. Darüber hinaus handelt es sich bei der Treuepflicht, obgleich mit verschiedenen Wirkrichtungen und Ausprägungen, dennoch um ein einheitliches Rechtsinstitut der richterlichen Rechtsfortbildung, weshalb wenigstens eine Ausstrahlungswirkung der Förderpflicht anzunehmen ist, die auch im horizontalen Verhältnis Handlungspflichten nicht ausschließen lässt. Eine Berücksichtigung der Problematik findet jedoch im Rahmen der Abwägung statt. Es bleibt somit festzuhalten, dass auch in der horizontalen Wirkrichtung Handlungspflichten denkbar sind.

c. Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheit folgt endlich die Interessenabwägung. Hierbei sind die Interessen des handelnden Gesellschafters gegen das Interesse des Mitgesellschafters oder der Mitgesellschaftler abzuwägen.

aa. Interesse des Gesellschafters

Auf der einen Seite sind zunächst die Interessen jenes Gesellschafters einzustellen und zu gewichten, dessen Rechtsausübung eingeschränkt werden

BeckRS 9998, 172804; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 46; *Mansel*, in: Jaurnig BGB, § 242 Rn. 4, der statt Konkretisierungsfunktion aber von Ermächtigungsfunktion spricht; eine Abwägung im Privatrecht jedoch grundsätzlich ablehnend *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 228 ff. m. w. N.

304 Zu den verschiedenen Funktionen vgl. Kapitel 5 B VI, S. 169 ff.

305 So etwa *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, § 242 Rn. 36; a. A. jedoch *Stimpel*, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 18; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 181 f.

soll. Es darf sich nicht um ein schlechthin schutzunwürdiges Interesse handeln. Anders als gegenüber der Gesellschaft ist eine Unterscheidung zwischen eigennützigen und uneigennützigen Gesellschafterrechten in Ermangelung einer Förderpflicht nicht notwendig. Vielmehr erstreckt sich die Überprüfung in horizontaler Ebene, wie bei eigennützigen Rechten, auf eine Missbrauchskontrolle. An einem schutzwürdigen Interesse fehlt es somit auch hier erst, wenn mit dem Verhalten die Schädigung des Mitgesellschafters respektive der Gesellschaft verfolgt wird. So fehlt es etwa an einem solchen, wenn der zu 51 Prozent beteiligte Gesellschafter vergleichsweise geringfügige Vorfälle zum Anlass nimmt, den zu 49 Prozent beteiligten Gesellschafter um seine Lebensgrundlage zu bringen und ihn in der Gesellschaft an den Rand zu drängen.³⁰⁶

Fehlt es an einem schützenswerten Interesse, fällt die Interessenabwägung regelmäßig zugunsten der Mitgesellschafter aus und führt somit zu einer Annahme einer Verhaltenspflicht.

Grundsätzlich ist dem Gesellschafter bei der Ausübung seiner Rechte ein unternehmerisches Ermessen zuzubilligen und in der Abwägung zu berücksichtigen. Das folgt aus der Überlegung, dass es nicht den Gerichten zukommt, über die Zweckmäßigkeit von Maßnahmen zu entscheiden. Vielmehr fällt dies den Gesellschaftern bzw. der Gesellschaft anheim. Diese Entscheidungshoheit gilt hauptsächlich für die Führung der Geschäfte der Gesellschaft. Hinsichtlich der horizontalen Treuepflicht bzw. der Rücksichtnahmefunktion vermag das unternehmerische Ermessen hingegen wenig bis keine unmittelbare Wirkung zu entfalten. Hier sind vielmehr objektive Maßstäbe anzulegen. Schwierigkeiten können sich vor allem dann ergeben, wenn eine Maßnahme zwar der Gesellschaft förderlich ist, allerdings einen Schaden bei einem der Mitgesellschafter hervorruft. Das gilt es im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.

bb. Interesse des Mitgesellschafters

Auf Seiten des Interesses des Mitgesellschafters ist insbesondere der Schaden bzw. der drohende Schaden einzustellen und zu gewichten. Zu einer stärkeren Gewichtung kann es dabei auch kommen, wenn mehrere Gesellschafter betroffen sind, da insofern regelmäßig ein höherer Schaden vorliegen wird. Als in Frage kommende Schäden sind sowohl konkret messbare

³⁰⁶ Vgl. BGH, Beschluss v. 29. November 1993 – Az.: II ZR 61/93, DStR 1994, 214 = BeckRS 9998, 87749.

wirtschaftliche Schäden als auch immaterielle bzw. rechtliche Schäden zu berücksichtigen. Wird etwa treuwidrig die Teilnahme eines Gesellschafters an der Gesellschafterversammlung verhindert,³⁰⁷ so lässt sich der Schaden nur schwerlich beziffern. Obgleich hierdurch nicht zwingend ein monetärer Schaden erwachsen muss, liegt ein solcher zumindest in Form der fehlenden Anfechtungsmöglichkeit bzw. noch allgemeiner in der Obstruktion der Ausübung der entsprechenden Gesellschafterrechte vor. Schwierig wird mangels messbaren Schadens die Gewichtung eines solchen. Deutlich wird damit, dass eine Gewichtung nicht lediglich anhand wirtschaftlicher Maßstäbe erfolgen kann. Da die Gewichtung des Schadens der Mitgesellschafter, vor allem wenn sich kein konkret messbarer Schaden beziffern lässt, schwer möglich ist, kommt den weiteren Faktoren zur Feststellung der Intensität der Treuepflicht eine umso bedeutendere Rolle zu.

Einzuschränken gilt es das Interesse der oder des Mitgesellschafter jedoch dergestalt, dass es sich auch bei diesem um ein schutzwürdiges handeln muss. Denkbar ist insbesondere das Vorliegen widerstreitender Treuepflichten. Dies etwa dann, wenn eine Rechtsausübung zwar den Interessen eines Mitgesellschafter schadet, jedoch den Gesellschaftszweck fördert. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der Mitgesellschafter möglicherweise kraft Treuepflicht selbst gehalten ist, den Schaden hinzunehmen. Hierbei wirkt sich wiederum die vertikale auf die horizontale Treuepflicht aus. In diesem Fall bedarf es einer inzidenten Prüfung, ob dem Mitgesellschafter eine Verhaltenspflicht qua Förderpflicht gegenüber der Gesellschaft in Form der Unterlassungs- bzw. Duldungspflicht obliegt. Hat der Mitgesellschafter das fragliche Verhalten des Gesellschafters kraft eigener (vertikaler) Treuepflicht nicht oder nicht so hinzunehmen, besteht mithin ein mindestens teilweise schutzwürdiges Interesse, bleibt dennoch zu prüfen, ob das schutzwürdige Interesse ausreicht bzw. dem Interesse des Gesellschafters überwiegt, um eine Verhaltenspflicht zu begründen. Es gilt, anhand der bereits dargestellten Faktoren eine Feststellung der Intensität der Treuepflicht und die Abwägung der beiderseits schutzwürdigen Interessen vorzunehmen.

307 Vgl. LG Münster, Urt. v. 25. Juli 2018 – Az.: 26 O 21/18, BeckRS 2018, 18080, wobei es in diesen Fällen wohl regelmäßig schon an einem schutzwürdigen Interesse des handelnden Gesellschafters fehlen wird.

cc. Intensität der Treuepflicht

Zur Feststellung der Intensität der Treuepflicht gegenüber dem oder den Mitgesellschaftern gilt wiederum zu berücksichtigen, dass diesen gegenüber keine Förderpflicht besteht. Demnach hat sich, ausgehend vom Zweck der Treuepflicht, die Intensität anhand der Gewährleistung der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung, umgesetzt durch die Rücksichtnahmepflicht, zu orientieren. Entscheidend für die Intensität ist also insbesondere das Maß an Rechtsmacht. Je mehr Rechtsmacht bzw. Einwirkungsmöglichkeit dem Gesellschafter zukommt, umso größer ist die Intensität anzusetzen. Besonders relevant ist insofern der konkrete Einfluss des Gesellschafters.³⁰⁸

(1) Einfluss des Gesellschafters

Wie zuvor dargestellt, ergibt sich der Einfluss eines Gesellschafters hauptsächlich aus einer Mehrheitsmacht, kann jedoch auch faktisch situativ bei einem Minderheitsgesellschafter gegeben sein. Eine gesteigerte Einflussmöglichkeit kann sich auch durch eine Doppelstellung des Gesellschafters, beispielsweise als Mitglied eines Verwaltungsorgans neben der Gesellschafterstellung, ergeben. Aus einer derartigen doppelten Stellung resultiert als Folge der erhöhten Einwirkungsmöglichkeit auch eine ebenfalls ansteigende Intensität der Treuepflicht. Dieser Anstieg ergibt sich aus dem Zweck der Treuepflicht, die Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung, inhaltlich umgesetzt durch die Rücksichtnahmepflicht, zu gewährleisten. Die Bedeutung des Einflusses des Gesellschafters gerade auch in horizontaler Hinsicht liegt folglich auf der Hand. Da jedoch die Majorisierung der Minderheit bzw. die Tatsache, dass die Mehrheit von ihrer Mehrheitsmacht auch Gebrauch macht, gerade den Normalfall darstellt,³⁰⁹ darf der

308 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 31; Bitter, in: Scholz GmbHG, § 13 Rn. 52; Bitter, ZGR 2010, 147, 174 ff.; Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 90; Weller/Discher, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 13 Rn. 9; Einhaus/Selter, GmbHR 2016, 1177, 1178 f.; Seibt, ZIP 2014, 1909; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 16, nach welchen jedoch die Realstruktur im Vordergrund steht. Zu den einzelnen Faktoren der Intensität bereits ausführlich hinsichtlich der Schädigung der Gesellschaft durch Rechtsausübung des Gesellschafters, S. 82 ff.

309 Hennrichs, AcP 195 (1995), 222, 236.

Faktor der Mehrheitsmacht, obgleich von großer Bedeutung, gleichfalls im Rahmen der Intensität nicht übermäßig berücksichtigt werden.

(2) Wirtschaftliche Lage

Darüber hinaus gilt es, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft im Rahmen der Intensität zu berücksichtigen.³¹⁰ Dieser kommt hinsichtlich der vertikalen Treuepflicht eine große Bedeutung zu. Mit steigender Schiefeite bis hin zur drohenden Insolvenz steigt dort die Intensität der Treuepflicht. So ist in vertikaler Hinsicht schließlich die wirtschaftliche Lage unweigerlich mit dem Zweck der Förderung der Gesellschaft verbunden. Bezüglich der Mitgesellschafter besteht eine solche Förderpflicht aber gerade nicht. Daher kommt der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft in der Abwägung bezüglich der horizontalen Treuepflicht eine derart prominente Rolle nicht zu. Dennoch kann auch auf horizontaler Ebene der wirtschaftlichen Lage eine Bedeutung zukommen, da insofern ein gesteigertes mittelbares Schadensrisiko bzw. Verlustpotential besteht. Hierzu müsste jedoch die fragliche Rechtsausübung in einem konkreten Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen.

(3) Rechtsform/Realstruktur

Mit Blick auf die Funktionen der Treuepflicht ist die Intensität in Personengesellschaften im Grundsatz höher anzusetzen als bei Kapitalgesellschaften. Da die Rechtsform jedoch nur einen ersten Anhaltspunkt bieten und sich im Einzelfall mit Blick auf die Realstruktur ein anderes Bild ergeben kann, ist diese sodann korrigierend zu berücksichtigen. Die Intensität ist folglich in Gesellschaften mit vertrauteren, personalistischeren Strukturen auch gegenüber den Mitgesellschaftern höher anzusetzen.³¹¹

310 Zur vertikalen Treuepflicht siehe Fn. 268.

311 BGH, Urt. V. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 163 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; BGH, Urt. V. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. V. 25. September 1986 – Az.: II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 279 f. = NJW 1987, 189 = ZIP 1986, 1383 = GmbHR 1987, 426; OLG Düsseldorf, Urt. V. 28. Oktober 1993 – Az.: 6 U 160/92, ZIP 1994, 619, 623 = GmbHR 1994, 172 = DB 1993, 2474; OLG Naumburg, Urt. v. 20. Februar 1995 – Az.: 1 U 213/94, VIZ 1995, 674, 675 = DB 1995, 723 = BeckRS 9998, 94067.

Das ergibt sich schon daraus, dass in horizontaler Hinsicht eine personalistische Ausgestaltung mit einer höheren Einwirkungsmöglichkeit bzw. Rechtsmacht inklusive dahinterstehendem Vertrauensmoment einhergeht. Je personalistischer und damit mehr auf das gegenseitige Vertrauen der Mitgesellschafter untereinander angewiesen und ausgelegt die Realstruktur einer Gesellschaft ausgestaltet ist, desto eher wird unter normalen Umständen ein Gesellschafter seine Rechtsgüter der Einwirkungsmöglichkeit der Mitgesellschafter aussetzen. Mit einer steigenden Einflussmöglichkeit bzw. Rechtsmacht steigt die Intensität.

(4) Gesellschaftszweck

Nicht nur die Rechtsform und Realstruktur sind als Faktor bezüglich der Intensität zu berücksichtigen. Auch der Gesellschaftszweck selbst kann zu berücksichtigen sein.³¹² Zwar werden insbesondere in Extremfällen die meisten Verhaltenspflichten schon inhaltlich von der konkreten Treuepflicht umfasst sein. Dennoch ist auch eine Berücksichtigung des Gesellschaftszwecks im Einzelfall denkbar. Je mehr Rechtsmacht der Gesellschaftszweck dem jeweiligen Gesellschafter über die Mitgesellschafter eröffnet, umso höher wird die Intensität der Treuepflicht ausfallen.

(5) Dauer der Beteiligung

Auch bezüglich der Mitgesellschafter wird der Dauer der Beteiligung nur in wenigen Fällen eine Bedeutung zukommen.³¹³ Denkbar wäre dies nur,

Wiedemann, in: Oetker HGB, § 230 Rn. 82; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 16; Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22; Schäfer, in: Staub HGB, § 105 Rn. 233; Weller/Discher, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 13 Rn. 9; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; Einhaus/Selter, GmbHR 2016, 1177, 1178; Bungert, DB 1995, 1749 ff.

312 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22.

313 BGH, Urt. v. 24. Mai 1993 – Az.: II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = ZIP 1993, 1160 = WM 1993, 1412; OLG Bremen, Beschluss v. 13. März 2013 – Az.: 4 UF 7/12, NJW 2013, 2527, 2529 = ZEV 2013, 460 = NZG 2013, 779; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 89;

wenn gerade aufgrund der Dauer der Beteiligung dem Gesellschafter besondere Rechtsmacht bezüglich der Mitgesellschafter eingeräumt wird. Sollte dies jedoch nicht der Fall sein, ist die Dauer der Beteiligung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

(6) Vorverhalten und Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bzw. Gesellschaftervereinbarungen

Schafft ein Gesellschafter durch besondere Maßnahmen, Abreden oder Versprechen besonderes Vertrauen, so führt auch dies regelmäßig zu einer gesteigerten Intensität der Treuepflicht, sofern diese in einem Zusammenhang mit der eingeräumten Rechtsmacht stehen.³¹⁴ Begründet der Gesellschafter durch sein Vorverhalten eine berechnete Erwartungshaltung oder schafft Vertrauen, welches sich auf die ihm anvertraute Rechtsmacht auswirkt bzw. sich in einer erhöhten Einwirkungsmöglichkeit manifestiert, so fällt dem oder den Mitgesellschaftern eine gesteigerte Schutzwürdigkeit durch die Treuepflicht diesbezüglich zu. Selbst wenn ein Zusammenhang mit der eingeräumten Rechtsmacht nicht besteht, kommt dem Vorverhalten bzw. dem geschaffenen Vertrauen dann eine Wirkung zu, wenn ein Schutz durch allgemeine Grundsätze, insbesondere in Form des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB, gegeben ist. Sind die Voraussetzungen erfüllt, kommt es zu einer (widerlegbaren) Vermutung des überwiegenden Interesses der Mitgesellschafter. Dass es hierbei nicht unmittelbar zur Rechtsfolge des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB hinsichtlich der Rechtsausübung kommt,³¹⁵ ist der Komplexität des Gesellschaftsverhältnisses geschuldet, weshalb das speziellere Institut der Treuepflicht vorrangig anzuwenden ist. Daher ist ähnlich den sog. vergleichbaren Anwendungsfällen³¹⁶ auch hier zunächst lediglich eine Vermutung des überwiegenden Interesses des Mitgesellschafters gegeben. Dies beispielsweise dann, wenn einer von zwei Gesellschaftern, nachdem

Einhaus/Selter, GmbHR 2016, 1177, 1178 f.; als Faktor für die Reichweite der Treuepflicht *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 18.

314 OLG Hamm, Urt. v. 19. Juli 2018 – Az.: 27 U 14/17, NZG 2018, 1145 = BB 2018, 2832 = GmbHR 2018, 1276; LG Münster, Urt. v. 25. Juli 2018 – Az.: 26 O 21/18, BeckRS 2018, 18080; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76.

315 Vgl. grundsätzlich zur Rechtsfolge des widersprüchlichen Verhaltens *Schubert*, in: MünchKommBGB, § 242 Rn. 296 ff.

316 Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 4 D IV.

beschlossen wurde, die eigentlich einberufene Gesellschafterversammlung nicht abzuhalten, fünf Minuten nach Verlassen des anderen Gesellschafters des Versammlungsorts eine außerordentliche Gesellschafterversammlung abhält und sodann die Abberufung des anderen Gesellschafters als Geschäftsführer beschließt. Mit der übereinstimmenden Stimmabgabe, die Gesellschafterversammlung nicht abhalten zu wollen, wird ein berechtigtes Vertrauen geschaffen, dass die Rechtsmacht nicht ausgenutzt und in Abwesenheit Tatsachen geschaffen werden würden.³¹⁷

Gleichmaßen sind auch Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag und sonstige Gesellschaftervereinbarungen bezüglich der Intensität zu berücksichtigen.³¹⁸ Dies jedenfalls dann, wenn aus dem Gesellschaftsvertrag oder den Gesellschaftervereinbarungen Hinweise über die Intensität der Treuepflicht gewonnen werden können und diese nicht bereits als Grenze im Rahmen des Anwendungsbereichs hinsichtlich der konkreten Treuepflicht berücksichtigt werden müssen. Hierbei ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede zur Rechtsausübung des Gesellschafters bei Schädigung der Gesellschaft.

(7) Rechtsausübung selbst

Ebenfalls keine nennenswerten Unterschiede bestehen bei der Rechtsausübung selbst. Je einschneidender respektive relevanter die Auswirkung der jeweiligen Rechtsausübung für die Mitgesellschafter ist, desto höher fällt die Intensität der Treuepflicht für den Gesellschafter aus. Daher wird die Intensität bei zentralen Belangen wie etwa der Beschlussfassung über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis regelmäßig höher ausfallen als bei der Geltendmachung von Informations- und Kontrollrechten.³¹⁹ Zu einer höheren Intensität kann es insbesondere auch dann kommen, wenn nicht nur ein Mitgesellschafter, sondern mehrere durch die fragliche Rechtsausübung nachteilig betroffen sind.

317 LG Münster, Urt. v. 25. Juli 2018 – Az.: 26 O 21/18, BeckRS 2018, 18080.

318 *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 706 Rn. 65.

319 Vgl. *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 231; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 232.

dd. Abwägung und sonstige Faktoren

Die genannten Faktoren sind sodann im Rahmen der Intensität bei der Abwägung der zuvor gewichteten Interessen zu berücksichtigen. Problematisch sind Fallgestaltungen, in denen eine Rechtsausübung zwar die Gesellschaft fördert, aber einem oder mehreren Mitgesellschaftern schadet. Fehlt es hier nicht schon am schutzwürdigen Interesse des Mitgesellschafter, weil dieser kraft eigener Treuepflicht zur Duldung verpflichtet ist, so kann dies in der Abwägung zu berücksichtigen sein. In einer solchen Fallgestaltung steigt einerseits das Interesse des Gesellschafters an der Rechtsausübung, da diese gerade seine Förderpflicht umsetzt, während es für das Interesse des Mitgesellschafter eine geringere Gewichtung bedeutet. So ist auch dieser selbstredend dazu verpflichtet, die Gesellschaft zu fördern, was im Rahmen seines Interesses, als dieses mindernd, zu berücksichtigen ist. Dies gilt selbst dann, wenn im Rahmen seiner Treuepflicht die Förderpflichtskomponente nicht derart stark ausgeprägt ist, dass es für eine Pflicht zur Duldung ausreicht.

Ferner gilt es, die Wahrscheinlichkeit, mit der die Verhaltenspflicht den Schaden abzuwenden vermag, zu berücksichtigen.³²⁰ Sollte es nicht schon an der Geeignetheit insgesamt fehlen, so ist die Wahrscheinlichkeit nunmehr in die Abwägung einzubeziehen. Hat eine vergleichbare Maßnahme beispielsweise in der Vergangenheit keinen nachhaltigen Erfolg erzielt, ist dies entsprechend zu berücksichtigen.³²¹ Ein starkes Indiz für ein Überwiegen des Interesses der Mitgesellschafter liegt vor, wenn durch die Verhaltenspflicht keinerlei oder nur geringe Nachteile entstehen.

Kommt die Abwägung zu dem Ergebnis, dass die Interessen der Mitgesellschafter überwiegen, ist die fragliche Verhaltenspflicht verhältnismäßig und der Gesellschaft kraft Treuepflicht an diese gebunden. Eine Nichtbeachtung führt zu einer Treuepflichtverletzung.

320 Vgl. BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 f. = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666.

321 Vgl. OLG München, Beschluss v. 16. Januar 2014 – Az.: 23 AktG 3/13, ZIP 2014, 472, 474 = WM 2014, 943 = DB 2014, 943, in welchem Fall es wohl schon an der Geeignetheit fehlen dürfte; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 52; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 222 Rn. 15a; *Veil*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 222 Rn. 14; *Seibt*, ZIP 2014, 1909, 1913.

B. Rechtsausübung der Gesellschaft

Nachdem nun erläutert wurde, wann ein Verhalten des Gesellschafters treuwidrig ist bzw. wann eine entsprechende Verhaltenspflicht vorliegt, deren Nichteinhaltung zum Treuepflichtverstoß führt, gilt es zu klären, wann ein Treuepflichtverstoß seitens der Gesellschaft gegeben ist. Die Treuepflicht manifestiert sich nämlich nicht nur in Verhaltenspflichten der Gesellschafter, obgleich in der Literatur vertieft hauptsächlich auf diese eingegangen wird.³²² Zu Verstößen gegen die Treuepflicht kann es, obgleich postuliert wird, dass dies in der Praxis selten relevant sei, ebenfalls von Seiten der Gesellschaft kommen (umgekehrt-vertikale Treuepflicht).³²³ Dass eine Praxisrelevanz nicht gänzlich zu verneinen ist, zeigt sich an der normierten Ausprägung der umgekehrt vertikalen Treuepflicht in § 53a AktG. Ein Verstoß ist dabei auch für die Gesellschaft nur im Rahmen der konkreten Treuepflicht denkbar. Ein weiteres und gleichzeitig überaus praxisrelevantes Beispiel für die umgekehrt-vertikale Treuepflicht sind Beschlüsse der Gesellschaft. Das ergibt sich daraus, dass der Beschluss das Ergebnis der Willensbildung des zuständigen Gesellschaftsorgans ist und der Gesellschaft zugerechnet wird.³²⁴ Für die Anfechtung eines Beschlusses mit treuwidrigem Inhalt ist es nicht notwendig, einen in den ihn herbeiführenden Stimmabgaben liegenden Treuepflichtverstoß nachzuweisen.³²⁵ Der Beschluss ist folglich von den ihn herbeiführenden – möglicherweise treuwidrigen – Stimmabgaben zu unterscheiden bzw. ge-

322 Vgl. etwa *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 110; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 160.

323 BGH, Urt. v. 27. April 2009 – Az.: II ZR 167/07, NJW 2009, 2300, 2301 = ZIP 2009, 1158 = NZG 2009, 707 = WM 2009, 1141; BGH, Urt. v. 19. September 1994 – Az.: II ZR 248/92, BGHZ 127, 107, 111 = NJW 1994, 3094 = ZIP 1994, 1597 = WM 1994, 1879; BGH, Urt. v. 30. September 1991 – Az.: II ZR 208/90, NJW 1992, 368 = ZIP 1991, 1584 = GmbHR 1992, 104; BGH, Urt. v. 15. Mai 1972 – Az.: II ZR 70/70, WM 1972, 931 = GmbHR 1972, 224 = BB 1972, 894; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 100; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 140; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 14 Rn. 31; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 73; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20; *Wicke*, in: Wicke GmbHG, § 13 Rn. 19; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 48; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 27; *Lutter*, AG 2000, 342, 344.

324 *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 133 Rn. 2; *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 133 Rn. 3 ff.; *Römermann*, in: Michalski GmbHG, § 47 Rn. 7; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 50; *Herrler*, in: Grigoleit AktG, § 133 Rn. 2.

325 *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 73.

sondert zu beurteilen. Ein treuwidriger Beschluss fällt unter die in Literatur und Rechtsprechung behandelte Problematik des Beschlussmangels. Beschlussmängel mit Bezug zur Treuepflicht kommen insbesondere hinsichtlich des Zustandekommens in Betracht. Exemplarisch können Fälle treuwidriger Ladung zur Gesellschafterversammlung oder der Mitzählung einer treuwidrig abgegebenen Stimme genannt werden. Aber auch Beschlussmängel inhaltlicher Natur, etwa bei Treuwidrigkeit des Beschlussinhalts selbst, sind durchaus denkbar. Ist ein Beschlussmangel hinsichtlich treuwidrigen Zustandekommens gegeben, ist das, da hier das treuwidrige Verhalten bzw. der Schwerpunkt des Verhaltens vorausgelagert ist, für die Treuwidrigkeit des Beschlusses selbst weniger von Bedeutung und mit Blick auf den Beschluss vielmehr eine Frage der Rechtsfolge. Bezüglich eines Beschlusses kommt eine Verhaltenspflicht dergestalt in Betracht, dass ein Beschluss nicht oder nicht so gefasst werden dürfte – oder möglicherweise ein Beschluss überhaupt gefasst werden müsste.

Bei der Gesellschaft wird insgesamt deutlich, dass die Verhaltenspflichten weit zu verstehen sind. Die Treuepflicht kann beispielsweise bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags eine Rolle spielen, wenn etwa eine Regelung desselben oder eine spezielle Auslegung die Rücksichtnahmepflicht gegenüber einem Gesellschafter verletzt.³²⁶ So kann etwa die Verhaltenspflicht dahin gehen, eine spezielle Auslegung nicht oder aber gar nur eine spezielle Auslegung vorzunehmen. Gleichwohl hat sich auch für die Gesellschaft die Beurteilung, ob ein Verhalten treuwidrig ist, an dem mit der Treuepflicht verfolgten Ziel des Interessenausgleichs auszurichten.

I. Anwendungsbereich der Treuepflicht

Voraussetzung ist auch hier zunächst stets, dass grundsätzlich eine Beeinträchtigung oder Verletzung der Förder- bzw. der Rücksichtnahmepflicht möglich erscheint. Zu beachten ist hierbei, dass eine Beeinträchtigung der Förderpflicht nicht in Betracht kommt, da die Gesellschaft nur zur Rücksichtnahme hinsichtlich der Gesellschafter, nicht jedoch zu deren Förderung verpflichtet ist. Eine Eröffnung des Anwendungsbereichs der allgemeinen Treuepflicht ist also dann gegeben, wenn eine Beeinträchtigung

326 *Wertenbruch*, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 101; *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB, § 105 Rn. 98; *Kindler*, in: Koller/Kinder/Roth/Drüen HGB, § 105 Rn. 7; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 40; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 193 f.; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 13.

oder Verletzung der Rücksichtnahmepflicht zumindest möglich erscheint. Entsprechend dem Vorstehenden ist dieses regelmäßig anzunehmen, wenn ein Schaden bei einem der Gesellschafter vorliegt oder droht und die fragliche Rechtsausübung Auswirkung auf den Schaden hat oder haben könnte, diesen mithin trotz anderweitiger Möglichkeit aufrechterhalten, vertiefen oder nicht verhindern würde. Relevante Schäden kommen dabei sowohl in wirtschaftlicher als auch in rechtlicher Hinsicht in Betracht, wie etwa ein nachteiliger Gewinnverwendungsbeschluss oder die Nichtzulassung eines Beraters zur Gesellschafterversammlung.³²⁷ So stellt etwa der Verlust der Mitgliedschaft oder der Geschäftsführung aufgrund eines entsprechenden Beschlusses einen obgleich nicht zwingend wirtschaftlichen, wohl aber juristischen Schaden in Form des Verlustes einer Rechtsposition dar.

In einem zweiten Schritt ist sodann die Feststellung erforderlich, ob die fragliche Konstellation von der konkreten Treuepflicht noch umfasst ist. Gibt es entsprechende gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Regelungen, bleibt kein Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sollten keine grundlegend vorrangigen Regelungen existieren, gilt es, auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die Grenze der konkreten Treuepflicht zu berücksichtigen.

Ist der Anwendungsbereich sowohl hinsichtlich der allgemeinen als auch der konkreten Treuepflicht eröffnet, gilt es auch hier, anhand einer Abwägung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu prüfen, ob eine Verhaltenspflicht und sodann ein Treuepflichtverstoß gegeben ist. Muss schon bei Auferlegung einer Verhaltenspflicht bei der Ausübung eines Gesellschafterrechts der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden, gilt dies mit Blick auf die Gesellschaft umso mehr. Soll das Verhalten der Gesellschaft im weiten Sinne eingeschränkt werden oder, genauer formuliert, soll dieser eine Verhaltenspflicht auferlegt – letztlich also ein Verhalten als treuwidrig eingestuft – werden so bedarf dies der Rechtfertigung. Auch bei der Gesellschaft ist nicht das Verhalten der Gesellschaft durch die Verhältnismäßigkeit zu beschränken, sondern vielmehr die zu diskutierende Verhaltenspflicht. Stellen im Außenverhältnis gesetzliche Normen die Grenze des Handelns dar, kommen Restriktionen im Innenverhältnis – vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelungen – nur in Ausnahmefällen in Betracht. Dies rührt nicht zuletzt daher, dass die Gesellschaft die Kumulation der Interessen der Gesellschafter darstellt und

327 Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 25. August 2016 – Az.: 8 U 347/16, NJW-RR 2016, 1374 = NZG 2016, 1225 = ZIP 2016, 2062.

die Willensbildung letztlich, je nach Mehrheitserfordernis, zumindest dem Willen der (Stimmen-)Mehrheit entspricht. Soll also der Wille oder das Interesse der Mehrheit aufgrund von Einzelinteressen eingeschränkt werden, so muss diese Einschränkung in Form einer Verhaltenspflicht verhältnismäßig erfolgen.³²⁸

II. Verhältnismäßigkeit

1. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit

Bezüglich der Voraussetzungen des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und Erforderlichkeit ergeben sich keine nennenswerten Unterschiede im Vergleich zur Rechtsausübung des Gesellschafters. Insofern kann auf die ausführlicheren Ausführungen hierzu verwiesen werden. Auch bei der Rechtsausübung bedarf es folglich zunächst eines legitimen Zwecks. Die diskutierte Verhaltenspflicht bzw. die Klassifizierung eines Verhaltens oder Zustandes als treuwidrig muss also darauf abzielen, den (drohenden) Schaden abzuwenden oder die gesellschaftlichen Belange anderweitig zu fördern. Bezweckt werden muss hier also die Verwirklichung der Rücksichtnahme gegenüber einem oder mehreren Gesellschaftern.

Ein Treupflichtverstoß bzw. eine diesem vorausgehende Verhaltenspflicht kann ebenfalls nur angenommen werden, wenn die Verhaltenspflicht geeignet ist oder gewesen wäre, den Schaden abzuwenden bzw. zu verhindern. Außerdem müsste die Verhaltenspflicht zur Erreichung des legitimen Ziels erforderlich sein, also das mildeste Mittel darstellen. Eine Unterlassungspflicht wird dabei regelmäßig ein milderer Mittel als die Auferlegung einer Handlungspflicht darstellen.³²⁹ Eine Verhaltenspflicht, einen Beschluss nicht in einer jeweiligen Form zu fassen, wäre beispielsweise ein milderer Mittel im Vergleich zur Pflicht, einen Beschluss in einer konkreten Form zu fassen.

328 Zur ausführlichen Begründung siehe die Ausführungen im Rahmen der Rechtsausübung des Gesellschafters bei (drohender) Schädigung der Gesellschaft, S. 74 ff.

329 *Pöschke*, ZGR 2015, 550, 576; wohl auch *Henze*, BB 1996, 489, 493; *Staub*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 230; zur Frage nach der grundsätzlichen Möglichkeit von Handlungspflichten im Rahmen der Rücksichtnahmepflicht siehe die Ausführungen zur Rechtsausübung des Gesellschafters bei (drohender) Schädigung des Gesellschafters, S. 95 f.

2. Angemessenheit

Sodann gilt es die Interessen im Rahmen der Angemessenheit zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Die Abwägung umfasst das Interesse der Gesellschaft auf der einen und das Interesse des Gesellschafters, bei dem ein Schaden entstand oder zu entstehen droht, auf der anderen Seite.

a. Interesse der Gesellschaft

Das Interesse der Gesellschaft ist regelmäßig als hoch einzustufen. Nicht nur stellt die Gesellschaft die Kumulation der Interessen ihrer Gesellschafter dar, hinzu tritt die Förderpflicht eines jeden Gesellschafters, was reflexartig zu einem grundsätzlich höheren Interesse führt. Bei der Beurteilung, ob es sich um ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft handelt, muss, obwohl die Wirkungsrichtung letztlich die umgekehrt-vertikale Treuepflicht ist, der Maßstab der horizontalen Treuepflicht gelten. Die Förderpflichtkomponente der Treuepflicht obliegt der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter gerade nicht. Die Gesellschaft trifft folglich lediglich die Komponente der Rücksichtnahmepflicht, womit es bei einer Missbrauchskontrolle bleibt. An einem schutzwürdigen Interesse fehlt es also erst dann, wenn mit dem Verhalten die Schädigung des Gesellschafters zumindest mitverfolgt oder billigend in Kauf genommen wird. Auch für die Gesellschaft ist das unternehmerische Ermessen zu berücksichtigen. Da es nicht Aufgabe der Gerichte sein darf, unternehmerisches Handeln auf Zweckmäßigkeit hin zu prüfen, gilt es, der Gesellschaft eine Einschätzungsprärogative zuzugestehen. Insbesondere kann beispielsweise ein Beschluss nicht allein deshalb beanstandet werden, weil er oder dessen Begründung unzweckmäßig oder töricht erscheint.³³⁰

b. Interesse des Gesellschafters

Demgegenüber steht das Interesse des geschädigten oder schadensbedrohten Gesellschafters. Hierbei ist der Schaden bzw. der zu erwartende Schaden des Gesellschafters zu gewichten. Weder kommen dabei lediglich wirtschaftliche oder monetäre Schäden in Betracht noch darf diese Ge-

330 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14, NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

wichtung lediglich anhand wirtschaftlicher oder monetärer Maßstäbe erfolgen. Der Verlust eines mitgliedschaftlichen Rechts ist ebenso zu berücksichtigen wie die etwa noch unbestimmte Gewinnerwartung. Zu einer stärkeren Gewichtung kann es dabei auch kommen, wenn mehrere Gesellschafter betroffen sind, da insofern regelmäßig ein höherer Schaden vorliegen wird. Offensichtlich wird die Gewichtung des Interesses bzw. des (drohenden) Schadens des Gesellschafters regelmäßig schwer ausfallen. Umso wichtiger sind deshalb die weiteren in die Abwägung einzustellenden Faktoren, insbesondere die Feststellung der Intensität der konkreten Treuepflicht.

Das Interesse des Gesellschafters muss aber auch im Verhältnis zur Gesellschaft auf schutzwürdige Interessen begrenzt werden. An einem solchen fehlt es insbesondere dann, wenn er wiederum selbst mittels Rücksichtspflicht aus seiner horizontalen Treuepflicht gegenüber einem Mitgesellschafter verpflichtet ist, die fragliche Rechtsausübung der Gesellschaft hinzunehmen. Hat der Gesellschafter das fragliche Verhalten der Gesellschaft nicht oder nicht so hinzunehmen, besteht mithin ein mindestens teilweises schutzwürdiges Interesse, bleibt dennoch zu prüfen, ob das schutzwürdige Interesse ausreicht bzw. gegenüber dem Interesse der Gesellschaft überwiegt, um eine Verhaltenspflicht zu begründen. So gilt es, anhand der bereits dargestellten Faktoren eine Feststellung der Intensität der Treuepflicht und die Abwägung der beiderseits schutzwürdigen Interessen vorzunehmen.³³¹

c. Intensität der Treuepflicht

aa. Wirtschaftliche Lage

Die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft hat vor allem dann Auswirkungen auf das abzuwägende Interesse der Gesellschaft, wenn diese in einer wirtschaftlichen Notlage ist und auch eine Insolvenz möglich erscheint. So wirkt sich die Förderpflichtkomponente, die auch dem geschädigten oder schadensbedrohten Gesellschafter zukommt, auch insofern aus, dass er unter Umständen auch eigene Schäden zugunsten der Gesellschaft in Kauf nehmen muss. Dies gilt selbstredend nur für den Fall, dass das in Frage stehende Verhalten der Gesellschaft einen Bezug zur wirtschaftlichen

331 Zu den einzelnen Faktoren der Intensität bereits ausführlich hinsichtlich der Schädigung der Gesellschaft durch Rechtsausübung des Gesellschafters, S. 82 ff.

Situation der Gesellschaft aufweist. Besteht hier kein Zusammenhang, darf dem Faktor der wirtschaftlichen Lage keine Bedeutung zukommen. Im Gegenteil muss gelten, dass im Falle des wirtschaftlichen Florierens der Gesellschaft eine Rücksichtnahme auf schutzwürdige Belange des Gesellschafters eher zuzumuten ist. Obgleich hierbei grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist, da der Gesellschaft gerade keine Förderpflicht gegenüber dem Gesellschafter obliegt, kann diese Überlegung auch in die Abwägung eingestellt werden.

bb. Einfluss des Gesellschafters

Spielt der Einfluss des Gesellschafters im Rahmen der Abwägung seiner Verhaltenspflicht eine prominente Rolle, gilt es zu hinterfragen, inwiefern bei der Beurteilung eines Verhaltens seitens der Gesellschaft dies zu berücksichtigen ist. Wie gezeigt, steigt grundsätzlich die Intensität der Treuepflicht für den Gesellschafter mit steigendem, möglicherweise lediglich situativem Einfluss. Problematisch hingegen ist, ob und inwieweit der Einfluss des Gesellschafters für das Interesse der Gesellschaft zu berücksichtigen ist. So führt mehr Einfluss letztlich in aller Regel zu einer Stimmenmehrheit und somit einer gewichtigeren Bedeutung des Interesses des Gesellschafters im Gesellschaftsinteresse, welches letztlich eine Kumulation der Gesellschafterinteressen darstellt. Einer hierdurch gesteigerten Intensität der Treuepflicht könnte jedoch entgegenstehen, dass das geschriebene Recht eine Grenze der Treuepflicht darstellt. Dabei gilt es konkret, § 53a AktG zu beachten, wonach Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln sind. Auf die Einzelheiten bezüglich § 53a AktG und entsprechende Fälle bei der GmbH und den Personengesellschaften wird noch zurückzukommen sein. Sind die Voraussetzungen von § 53a AktG erfüllt, besteht jedenfalls kein Raum mehr für eine Abwägung.³³² Sollten die Voraussetzungen nicht erfüllt sein, wird sich der Einfluss des Gesellschafters regelmäßig nicht unmittelbar auf die Intensität der Treuepflicht der Gesellschaft ihm gegenüber auswirken. Verfügt zwar der einflussreiche Gesellschafter über mehr Rechtsmacht über die Gesellschaft, was in diesem Verhältnis eine höhere Intensität begründet, gilt dies für den umgekehrten Fall nicht *per se*. Obgleich nicht an den Einfluss des Gesellschafters gekoppelt, sollte dennoch berücksichtigt bleiben, dass auch für die Gesellschaft

332 Zum geschriebenen Recht als Grenze der Treuepflicht siehe Kapitel 3 B I, S. 53 ff.

die Intensität mit der Rechtsmacht bzw. Einflussmöglichkeit steigt. Hier wird es zu Schnittpunkten mit der Rechtsform und der Realstruktur der Gesellschaft kommen. Eine größere Rechtsmacht der Gesellschaft über den Gesellschafter wird in aller Regel bei Personengesellschaften gegeben sein.

cc. Rechtsform, Realstruktur und Gesellschaftszweck sowie Dauer der Beteiligung

Wie bereits erwähnt, kommt eine gesteigerte Intensität regelmäßig nicht nur hinsichtlich der Rechtsform (gesteigerte Intensität bei der Personengesellschaft im Vergleich zur Kapitalgesellschaft) in Betracht. Entscheidender für die Bestimmung der Intensität ist regelmäßig die Realstruktur der Gesellschaft. Demnach ist aufgrund der gesteigerten Einwirkungsmöglichkeit nicht *per se* bei der Personengesellschaft, sondern vielmehr bei der personalistisch strukturierten Gesellschaft im Verhältnis zur kapitalistisch strukturierten Gesellschaft eine gesteigerte Intensität anzunehmen. Dies gilt, wie für den Gesellschafter zuvor ausgeführt, in gleichem Maße für die Gesellschaft.

Gleich wie bei der Rechtsausübung des Gesellschafters kann auch bezüglich der Gesellschaft dem Faktor des Gesellschaftszwecks eine intensitätssteigernde Wirkung zukommen. Begründet der Gesellschaftszweck eine entsprechende Erwartungshaltung und fällt die fragliche Verhaltenspflicht nicht schon inhaltlich aus der konkreten Treuepflicht heraus, so kommt, abhängig von dem Umfang der durch den Gesellschaftszweck eröffneten Rechtsmacht der Gesellschaft, dieser eine gesteigerte Intensität der Treuepflicht zu. Ein Gesellschaftszweck, der nicht wesentlich über die Selbstverwaltung hinausgeht, wird daher auch für die Gesellschaft grundsätzlich nur eine sehr geringe Intensität entfalten.

Die Dauer der Beteiligung eines Gesellschafters wird auch auf Seiten der Gesellschaft regelmäßig keine Auswirkung auf die Intensität der Treuepflicht mit sich bringen. Die Dauer der Mitgliedschaft wird nur in Ausnahmefällen mit einer erhöhten Rechtsmacht einhergehen, die eine Steigerung der Intensität begründen mag.

dd. Vorverhalten und Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bzw. Gesellschaftervereinbarungen

Schafft die Gesellschaft durch ein Vorverhalten, wie z. B. einer Abrede oder eines Versprechens, ein besonderes Vertrauen, welches mit der eingeräumten Rechtsmacht zusammenhängt, führt dies zu einer Steigerung der Intensität der Treuepflicht.³³³

Für eine Verhaltenspflicht in Form der Unterlassungspflicht spricht etwa, wenn die Mitgesellschafter auf das Vorliegen von Umständen, die eine Einziehung rechtfertigen, nicht unverzüglich mit einem Einziehungsbeschluss reagieren, sondern untätig bleiben oder dem Gesellschafter gar signalisieren, dass sie mit dem Verbleiben des Betroffenen in der Gesellschaft einverstanden sind und dieser deshalb (weiterhin) der Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern Rechtsmacht einräumt. Ergeht später dennoch ein Einziehungsbeschluss, wird dies regelmäßig aufgrund des Vorverhaltens für eine derart starke Intensität sprechen, dass ein Überwiegen des Interesses des Gesellschafters gegeben ist und damit eine Verhaltenspflicht besteht.³³⁴ Der Gesellschaft ist dabei das Vorverhalten seiner Gesellschafter unter den Voraussetzungen des § 31 BGB (analog) zuzurechnen.

Fehlt es an diesem Zusammenhang, kommt dem Vorverhalten jedenfalls dann dennoch eine Bedeutung zu, wenn die allgemeinen Grundsätze des Rechtsmissbrauchs in Form des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB greifen. Sind dessen Voraussetzungen erfüllt, wird ein überwiegendes Interesse der Gesellschaft vermutet. Eine Verhaltenspflicht wäre also verhältnismäßig und eine Nichtbeachtung treuwidrig. Insofern kann auf die Ausführungen im Rahmen der Rechtsausübung des Gesellschafters verwiesen werden.³³⁵

Nicht nur im Rahmen der konkreten Treuepflicht sind die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag und sonstige Gesellschaftervereinbarungen als Grenzen der Treuepflicht zu berücksichtigen. Sollten sich hieraus Abreden und Bestimmungen bezüglich der Intensität der

333 OLG Hamm, Urt. v. 19. Juli 2018 – Az.: 27 U 14/17, NZG 2018, 1145 = BB 2018, 2832 = GmbHR 2018, 1276; LG Münster, Urt. v. 25. Juli 2018 – Az.: 26 O 21/18, BeckRS 2018, 18080; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76.

334 OLG Celle, Urt. v. 31. Juli 1998 – Az.: 9 U 1/98, NZG 1999, 167, 168 = BeckRS 9998, 42314.

335 Siehe Kapitel 4 A, S. 90 f., S. 102 f.

Treuepflicht der Gesellschaft entnehmen lassen, sind diese ebenfalls zu berücksichtigen.³³⁶

ee. Rechtsausübung selbst

Endlich gilt es, auch die fragliche Rechtsausübung bzw. das Verhalten selbst zu berücksichtigen, soweit dies nicht bereits im Rahmen des festzustellenden Interesses Eingang gefunden hat. Das gilt beispielsweise für den Fall, dass mehrere Gesellschafter von der Rechtsausübung der Gesellschaft nachteilig betroffen sind. Darüber hinaus wird die Intensität bei zentralen Belangen wie etwa bei Beschlüssen über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis regelmäßig hoch ausfallen als bei weniger zentralen Belangen.³³⁷

d. Abwägung und sonstige Faktoren

Wie bereits zuvor sind nunmehr die jeweils relevanten Faktoren bezüglich der Intensität der Treuepflicht im Rahmen einer Gesamtabwägung einzustellen. Anders als im Falle der Abwägung der fraglichen Verhaltenspflicht eines Gesellschafters ergibt sich bezüglich der Gesellschaft weniger die Problematik der widerstreitenden Treuepflichten, sondern vielmehr der widerstreitenden Treuepflichtskomponenten. Auf der einen Seite steht die Rücksichtnahmepflicht der Gesellschaft, auf der anderen Seite die Förderpflicht des Gesellschafters. Im Rahmen seiner Förderpflicht kann ein Gesellschafter unter Umständen gehalten sein, ein für sich genommen treuwidriges Verhalten hinzunehmen. Eine Treuepflichtverletzung ist nur bei einer der sich gegenüberstehenden Parteien denkbar. Liegt eine Verhaltenspflicht bei der Gesellschaft vor, kann nicht gleichzeitig eine gegenteilige Verhaltenspflicht bei dem betroffenen Gesellschafter vorliegen. Im Rahmen der Abwägung sind folglich unter Berücksichtigung aller zuvor genannten Faktoren beide Komponenten gegeneinander abzuwägen.

Kommt die Abwägung unter Berücksichtigung der unternehmerischen Einschätzungsprärogativen zu dem Ergebnis, dass die Interessen des Gesellschafters überwiegen, ist die Verhaltenspflicht verhältnismäßig. Kommt

336 *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 706 Rn. 65.

337 Vgl. *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 231; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 232.

die Betrachtung so zu dem Ergebnis, dass eine Verhaltenspflicht besteht, die Rechtsausübung nicht oder nicht so zu tätigen, ist die Gesellschaft folglich an diese gebunden. Eine Missachtung der Verhaltenspflicht ist als Treuepflichtverstoß zu bewerten.

C. Speziell: Stimmrechtsausübungen

Die Stimmrechtsausübung ist zunächst von den sodann gefassten Beschlüssen zu unterscheiden. Das ergibt sich daraus, dass der Beschluss das Ergebnis der Willensbildung des zuständigen Gesellschaftsorgans ist und der Gesellschaft zugerechnet wird.³³⁸ Die Bedeutung der Unterscheidung wird besonders an der Tatsache deutlich, dass es nicht notwendig ist, für die Anfechtung eines Beschlusses mit treuwidrigem Inhalt einen in den ihn herbeiführenden Stimmabgaben liegenden Treuepflichtverstoß nachzuweisen.³³⁹ Der Beschluss ist folglich von den ihn herbeiführenden – möglicherweise treuwidrigen – Stimmabgaben zu unterscheiden bzw. gesondert zu behandeln.

Nicht nur in der Literatur finden sich die meisten Ausführungen zu Verhaltenspflichten im Hinblick auf die Ausübung der Stimmrechte und den treuwidrig erfolgten Beschlüssen, wohl auch ein Großteil der Urteile zur Treuepflicht befassen sich mit denselben, stellt es doch immerhin eines der wichtigsten mitgliedschaftlichen Befugnisse dar.³⁴⁰ Im Folgenden sollen daher die Verhaltenspflicht bei der Stimmrechtsausübung grundsätzlich dargestellt und im Anschluss anhand zweier BGH-Entscheidungen verdeutlicht bzw. beispielhaft geprüft werden.

I. Stimmrechtsausübungen in Ansehung der Treuepflicht

Die den Beschlüssen vorausgehenden Stimmrechtsausübungen gilt es zunächst besondere Beachtung zu schenken. Entsprechend der aufgezeigten Prüfung, ob eine Verhaltenspflicht besteht, muss, nachdem der

338 Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 133 Rn. 2; Arnold, in: MünchKomm AktG, § 133 Rn. 3 ff.; Römermann, in: Michalski GmbHG, § 47 Rn. 7; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 50; Herrler, in: Grigoleit AktG, § 133 Rn. 2.

339 Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 73.

340 Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 54; Roth, in: Baumbach/Hopt HGB, § 119 Rn. 5; Arlt, in: MünchKomm AktG, § 12 Rn. 50; Hoffmann-Beking, in: MünchHdb GesR IV, § 39 Rn. 1; Dreher, ZHR 1993, 150, 153.

Anwendungsbereich der (allgemeinen) Treuepflicht bejaht wurde, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden. Eine etwaige Verhaltenspflicht bezogen auf die Stimmrechtsausübung („Stimmrechtspflicht“) muss also einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet und erforderlich sowie angemessen sein.

1. Voraussetzung: Anwendungsbereich der Treuepflicht

Bezüglich der Frage nach dem Treuepflichtverstoß bei der Stimmrechtsausübung muss ebenfalls zuvörderst der Anwendungsbereich der (allgemeinen) Treuepflicht eröffnet sein. Dies ist dann gegeben, wenn eine Beeinträchtigung oder Verletzung der Förder- oder Rücksichtnahmepflicht möglich scheinen. Das ist regelmäßig anzunehmen, wenn ein Schaden bei der Gesellschaft oder einem der Gesellschafter vorliegt oder droht und die Stimmrechtsausübung des Gesellschafters Auswirkung auf den Schaden hat oder haben könnte, diesen mithin trotz anderweitiger Möglichkeit aufrechterhalten, vertiefen oder nicht verhindern würde. Relevante Schäden kommen dabei sowohl in wirtschaftlicher als auch in rechtlicher Hinsicht in Betracht und sind im Zusammenhang mit der Stimmrechtsausübung mannigfaltig denkbar. In Betracht kommen dabei sowohl Schäden bei der Gesellschaft als auch bei den Mitgesellschaftern. Ein Schaden bzw. drohender Schaden kann etwa in der auf eine Ablehnung von Sanierungsmaßnahmen folgende Insolvenz der Gesellschaft liegen. In horizontaler Hinsicht wäre ein Schaden beispielsweise bei der Stimmabgabe zu einem nachteiligen Gewinnverwendungsbeschluss oder der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis gegeben. Nachdem eine solche Beeinträchtigung bzw. Eröffnung des Anwendungsbereichs der allgemeinen Treuepflicht bejaht wurde, muss dies auch für die konkrete Treuepflicht überprüft werden. Insbesondere gilt es festzustellen, ob der Gesellschafter bei der Stimmrechtsausübung überhaupt einer Treuepflichtbindung unterfällt und der fragliche Sachverhalt inhaltlich von der konkreten Treuepflicht umfasst ist. Gibt es entsprechende gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Regelungen, bleibt kein Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sollten keine grundlegend vorrangigen Regelungen existieren, gilt es, auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die Grenze der konkreten Treuepflicht zu berücksichtigen.

Sofern der Anwendungsbereich sowohl für die allgemeine als auch konkrete Treuepflicht bejaht wurde, stellt sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Frage, mit welcher Verhaltenspflicht der Scha-

den verhindert oder zumindest vermindert hätte werden können.³⁴¹ In Betracht kommt dabei insbesondere die Auferlegung einer Stimmrechtspflicht. Eine Stimmrechtspflicht müsste dabei einen legitimen Zweck verfolgen, geboten und erforderlich sowie angemessen sein.

2. Verhältnismäßigkeit

a. Legitimer Zweck

Bezüglich der Verfolgung eines legitimen Zwecks ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten. Ein legitimer Zweck ist dann gegeben, wenn mit der Stimmrechtspflicht die Erfüllung der Förderungs- oder Rücksichtnahmepflicht bezweckt wird. Besteht etwa die Gefahr einer Insolvenz ohne einen entsprechenden Sanierungsbeschluss, so würde eine Stimmrechtspflicht bezüglich eines solchen Beschlusses den legitimen Zweck der Förderung des Gesellschaftszwecks erfüllen. Eine Stimmrechtspflicht scheidet aber mangels legitimen Zwecks bei rein privaten Belangen aus, da diese im Rahmen der mitgliedschaftlichen Treupflicht nicht umfasst sind.

b. Geeignetheit

Die Stimmrechtspflicht muss grundsätzlich geeignet sein, den jeweiligen Schaden abzuwenden. Dabei kann sich die Geeignetheitsprüfung freilich nicht nur in formeller Hinsicht auf den äußerlichen Akt der Stimmabgabe erstrecken. Vielmehr ist der materielle Beschlussgegenstand mit einzubeziehen. Sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht muss eine Geeignetheit bezüglich der Stimmabgabe gegeben sein.

341 Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung allgemein siehe die Ausführungen im Rahmen der Rechtsausübung des Gesellschafters bei (drohender) Schädigung der Gesellschaft, S. 74 ff.

aa. Formelle Geeignetheit

Ist ein Gesellschafter bei der Ausübung seines Stimmrechts zwar grundsätzlich frei,³⁴² sind, eingeschränkt durch die Treuepflicht, dennoch zweierlei Verhaltenspflichten denkbar: Die Pflicht, eine gewisse Stimme nicht oder nicht so abzugeben (*Stimmverbot*) oder aber eine gewisse Stimme abzugeben (*Stimmpflicht*).

Relevant wird eine *Stimmpflicht* insbesondere bei Gesellschaften, die dem Einstimmigkeitsprinzip unterfallen, oder aber wenn die fehlende Stimme zur Erreichung einer Mehrheit erforderlich ist, da hier eine Stimmenthaltung den Beschluss bereits verhindert. Aber auch im Hinblick auf Vertragsänderungen bzw. Grundlagengeschäfte erlangt die Stimmpflicht als Zustimmungspflicht besondere Bedeutung, da diese zur Wirksamkeit grundsätzlich der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter bedürfen.³⁴³ In diesen Fällen würde ein Stimmverbot ausscheiden, da es nicht geeignet wäre, den Schaden abzuwenden.

- Zustimmungspflichten; insbesondere: Satzungsänderung

Besonders die Behandlung von Zustimmungspflichten ist nicht unumstritten. Eine Zustimmungspflicht mit Blick auf eine Satzungsänderung wurde ursprünglich mit der Begründung, dass der Gesellschafter der Gesellschaft unter den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Bedingungen beigetreten und eine Teilnahme zu anderen Bedingungen nicht zumutbar sei, grundsätzlich abgelehnt – und dies zwar auch dann, wenn ohne Anpassung des Gesellschaftsvertrages eine Zweckerreichung nicht mehr möglich wäre und eine solche Anpassung im Interesse der Gesellschaft läge.³⁴⁴

342 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14, NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 38 Rn. 13; *Hillmann*, in: Henssler/Strohn GesR, § 47 Rn. 28; *K. Schmidt*, in: Scholz GmbHG, § 46 Rn. 77; *Blath*, RNotZ 2017, 218, 223.

343 Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings unter besonderen Voraussetzungen auch für Grundlagengeschäfte ein Mehrheitserfordernis vorsehen, vgl. nur *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 709 Rn. 17.

344 *Hueck*, ZGR 1972, 237, 244; *Hueck*, in: FS Hübner, S. 89; *Flume*, Personengesellschaften, S. 280; vgl. *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 27, m. w. N.; so wohl auch OLG München, Urt. v. 16. Juni 2004 – Az.: 7 U 5669/03, NZG 2004, 807 = DB 2004, 1878 = BeckRS 2004, 6399.

Von diesem Grundsatz sind Rechtsprechung und h. M. zunehmend abgerückt und lassen eine Ausnahme zu, wenn eine Änderung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung mit Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft oder übrigen Gesellschafter dringend erforderlich und die fragliche Änderung dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner Interessen zumutbar ist.³⁴⁵ Nicht ausreichend soll dabei sein, dass eine Änderung zulässig, wirtschaftlich sinnvoll und Gesellschaft und Gesellschaftern zumutbar und selbst treuepflichtkonform ist. Konkret wurden beispielsweise Pflichten zur Zustimmung bezüglich des (freiwilligen) Ausscheidens eines Gesellschafters,³⁴⁶ der Zustimmung zu einer vom Beirat einer Publikumsgesellschaft beschlossenen Vertragsänderung,³⁴⁷ der Verlängerung der Gesellschaftsdauer³⁴⁸ oder des Verzehrs auf Verzinzung der Kapitaleinlage von der Rechtsprechung bejaht.³⁴⁹

Problematisch ist hierbei die Tatsache, dass der Gesellschaftsvertrag die äußere Grenze der konkreten Treuepflicht bildet. Daraus folgt zunächst, dass eine Verhaltenspflicht jedenfalls dann nicht bestehen kann, wenn der Gesellschaftsvertrag abschließende Regelungen trifft, wie in einer bestimmten Situation zu verfahren ist und welche Mehrheiten jeweils

345 BGH, Urt. v. 10. Juni 1965 – Az.: II ZR 6/63, BGHZ 44, 40, 41 = NJW 1965, 1960 = WM 1965, 744 = BB 1965, 845; BGH, Urt. v. 28. April 1975 – Az.: II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 257 = NJW 1975, 1410 = BB 1975, 896 = GmbHR 1975, 179; BGH, Urt. v. 25. September 1986 – Az.: II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 279 = NJW 1987, 189 = ZIP 1986, 1383 = GmbHR 1987, 426; BGH, Urt. v. 7. Dezember 1972 – Az.: II ZR 131/68, NJW 1973, 1602 = DB 1973, 1545 = MDR 1973, 833; BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 152 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 = BeckRS 2015, 15474 = GmbH-Stpr 2016, 189; Freitag, in: E/B/J/S HGB, § 119 Rn. 34 ff.; K. Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 105 Rn. 164; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 98; Saenger, in: Schulze BGB, § 705 Rn. 11; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 239; Roth, in: Baumbach/Hopt HGB, § 105 Rn. 64; Schulte/Hushahn, in: MünchHdb GesR II, § 36 Rn. 52; Hermanns, in: Michalski GmbHG, § 55 Rn. 12; Dreher, DStR 1993, 1632, 1635; ausführlich Enzinger, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 27 m. w. N.

346 BGH, Urt. v. 26. Januar 1961 – Az.: II ZR 240/59, NJW 1961, 724 f. = WM 1961, 301 = BB 1961, 304.

347 BGH, Urt. v. 19. November 1984 – Az.: II ZR 102/84, NJW 1985, 972 = GmbHR 1985, 188 = BB 1985, 423 = MDR 1985, 913.

348 BGH, Urt. v. 7. Dezember 1972 – Az.: II ZR 131/68, NJW 1973, 1602 = WM 1973, 990 = DB 1973, 1545 = MDR 1973, 833.

349 BGH, Urt. v. 5. November 1984 – Az.: II ZR 111/84, NJW 1985, 974 = ZIP 1985, 407 = GmbHR 1985, 152 = BB 1985, 420; mit weiteren Beispielen und Nachweisen Enzinger, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 27.

notwendig sind.³⁵⁰ Doch auch für den Fall, dass keine abschließende Regelung getroffen wurde, würde eine Zustimmungspflicht zur Gesellschaftsvertragsänderung zu einer Verschiebung der Grenze führen, welche durch den Gesellschaftsvertrag gesetzt wurde. Das ursprünglich Versprochene würde so entgegen des Willens des Gesellschafters erweitert werden.

Hierbei sollte zwischen einer *echten* Änderung und einer *unechten* Änderung des Gesellschaftsvertrags bzw. des Versprochenen unterschieden werden. Bei der *unechten* Änderung handelt es sich um Anpassungen am Gesellschaftsvertrag, die zu keiner Erweiterung der Pflichten des Gesellschafters führen. Hierunter sind vor allem Änderungen zu fassen, die lediglich eine Korrektur eines aufgrund nichtiger oder praktisch nicht durchführbarer Bestimmungen rechtlich mangelhaften Gesellschaftsvertrags darstellen.³⁵¹ Auch die Anpassung eines solchen mangelhaften Gesellschaftsvertrags an das Faktische, also die Anpassung an veränderte Verhältnisse, ohne dass dies die Rechtstellung des Gesellschafters berührt, ist hierunter zu fassen.³⁵² Da hierbei der Gesellschaftsvertrag als Grenze der Treuepflicht nicht berührt wird, könnte eine Zustimmungspflicht relativ unproblematisch angenommen werden, sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.

Schwieriger erscheint jedoch vor allem die Anpassung der Satzung an das Faktische bei Kapitalgesellschaften. Denn mag für Personengesellschaften eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages als Ausdruck des subjektiven Willens der Gesellschafter an das Faktische schlüssig scheinen, gestaltet sich dies bei Kapitalgesellschaften schwieriger. Da die Satzung als Grundlagendokument der Gesellschaft sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet und dabei auch zukünftige Gesellschafter besonders im Blick hat, bedarf es einer allein am urkundlichen Text orientierten Auslegung, während der übereinstimmende Wille der Gesellschaftsgründer, sofern er objektiv im Vertrag nicht zum Ausdruck gekommen ist, gerade nicht maßgeblich sein kann.³⁵³ Der Änderung der Satzung und somit einer Zustimmungspflicht zu einer solchen bedarf es nicht, wenn bereits durch

350 BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 25; zur konkreten Treuepflicht bzw. der begrenzenden Wirkung des Gesellschaftsvertrags ausführlich siehe Kapitel 3 B, S. 53 ff.

351 *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 98.

352 *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 51.

353 *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 2 Rn. 10; *Heider*, in: MünchKomm AktG, § 2 Rn. 41 f.; mit Differenzierung *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 2 Rn. 29 ff.; *Sailer-Coceani*, in: MünchHdb GesR IV, § 6 Rn. 4.

Auslegung zu dem gewünschten Ergebnis gelangt werden kann. Eine Zustimmungspflicht zur Änderung kommt nur dann in Betracht, wenn trotz Auslegung eine Divergenz zwischen Faktischem und Satzung bleibt. Da eine subjektive Auslegung des Willens der Gesellschafter außerhalb des objektiv Festgehaltenen gerade ausscheidet, steigt zwar das Bedürfnis nach der Möglichkeit einer Zustimmungspflicht zur Anpassung der Satzung der Kapitalgesellschaften, dennoch verändert sich hierdurch die Rechtsstellung der (künftigen) Gesellschafter, da ausschließlich die Satzung bzw. deren objektive Auslegung maßgeblich ist. Bei den Kapitalgesellschaften handelt es sich im Falle der Zustimmungspflicht zur Anpassung der Satzung stets um eine *echte* Erweiterung.

Bei der *echten* Änderung des Gesellschaftsvertrages kommt es zu einer tatsächlichen Verschiebung der Grenze der Treuepflicht bzw. der Pflichten und Rechte der Gesellschafter. Wie bereits ausgeführt, scheidet eine Zustimmungspflicht jedenfalls dann von vorneherein aus, wenn die fragliche Maßnahme nicht dem Inhalt der konkreten Treuepflicht unterfällt, weil der Gesellschaftsvertrag explizite Bestimmungen enthält und so eine darüber hinausgehende, berechtigte Erwartungshaltung nicht besteht.³⁵⁴ Sofern der Gesellschaftsvertrag jedoch bezüglich der fraglichen Situation schweigt und solche Bestimmungen nicht enthält, ist eine Zustimmungspflicht im Einzelfall mit der h. M. und Rechtsprechung zuzulassen. Zwar wird durch die Änderung gerade die Sonderverbindung selbst verändert.³⁵⁵ Dass die Veränderung der Entstehungsgrundlage grundsätzlich möglich ist, zeigt jedoch der Blick auf § 242 BGB. Vor Einführung des § 313 BGB wurde die Vertragsanpassung wegen Wegfalls oder wesentlicher Änderung der Geschäftsgrundlage aus § 242 BGB hergeleitet. Da auch hier eine Änderung des Vertrages erfolgt, der gerade die Sonderverbindung begründet, erscheint hierin keine „unüberwindbare Schwierigkeit“ begründet zu sein.³⁵⁶ Auch wenn der Gesellschaftsvertrag die Entstehungsgrundlage der Treuepflicht und deren äußere Grenze darstellt, ist die Möglichkeit zur Anpassung desselben mithilfe der Zustimmungspflicht jedenfalls in Ausnahmesituationen notwendig. In jedem Falle darf eine Zustimmungspflicht zur Vertragsänderung jedoch nur als *ultima ratio* er-

354 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885.

355 Hüffner, FS Steindorff, S. 71.

356 Hennrichs, AcP 195 (1995), 222, 233.

folgen.³⁵⁷ Grundsätzlich kommt eine Zustimmungspflicht daher nur dann in Betracht, wenn sich das unternehmerische Ermessen der Gesellschafter auf null reduziert hat.³⁵⁸ Die Bedeutung und Schwere des Eingriffs in die Rechte der Betroffenen muss im Rahmen der Abwägung entsprechend berücksichtigt werden.

bb. Materielle Geeignetheit

Eine Stimmrechtspflicht bedarf sodann auch inhaltlich bzw. materiell der Geeignetheit, den Schaden zu verhindern. Steht also eine Stimmpflicht bezüglich eines Sanierungsbeschlusses zur Debatte, erstreckt sich die Prüfung nicht lediglich auf die Frage, ob mit der jeweiligen Stimmpflicht ein solcher Beschluss durchgesetzt werden kann, sondern ob dieser selbst geeignet ist, den Schaden abzuwenden. Fehlt es hieran, kann eine Stimmpflicht nicht bestehen. Jedoch gilt es besonders in diesen Konstellationen, eine gewisse Einschätzungsprärogative zu berücksichtigen. Der Prüfungsumfang beschränkt sich somit lediglich auf die Frage, ob der materielle Beschlussgegenstand geeignet scheint, den Schaden zu beheben, bzw. eine Geeignetheit jedenfalls nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht völlig ausgeschlossen ist.

c. Erforderlichkeit

Auch bezüglich der Erforderlichkeit ist sowohl die Stimmrechtspflicht in formeller als auch materieller Hinsicht zu prüfen. Dabei darf es keine mildere Maßnahme geben, die den Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielt.

357 *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 28.

358 OLG München, Urt. v. 30. Januar 2013 – Az.: 7 U 2352/12, BeckRS 2013, 2791; OLG München, Urt. v. 22. Oktober 2003 – Az.: 7 U 2721/03, NZG 2004, 125, 126 = DB 2003, 2767 = BB 2004, 13; OLG Stuttgart, Urt. v. 23. Juli 2003 – Az.: 20 U 5/03, NZG 2003, 1025, 1027 = ZIP 2003, 2024 = AG 2003, 588; *Schmitz-Herscheidt*, GmbH 2016, 759, 763; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 21; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 58; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 50.

aa. Formelle Erforderlichkeit

In formeller Hinsicht stellt sich die Frage, ob beide Stimmrechtspflichten derselben Intensität unterliegen bzw. an dieser Stelle das Stimmverbot im Verhältnis zur Stimmpflicht gar ein milderer Mittel darstellt. Der BGH führt hierzu aus:

„Geringere Anforderungen an eine Beschränkung der Stimmrechtsausübungsfreiheit sind nicht deshalb zu stellen, weil das Berufungsgericht nicht angenommen hat, dass die Streithelferin in einem bestimmten Sinn abstimmen musste, sondern ihre Stimmabgabe nur als unwirksam angesehen hat. [...] **Die Unwirksamkeit der abweichend abgegebenen Stimmen ist eine Folge der Pflicht, in einem bestimmten Sinn abzustimmen.** [...] Dabei kann die Enthaltung oder Nichtteilnahme an der Versammlung der Treuepflicht in tatsächlicher Hinsicht genügen, wenn durch die Stimmen der Mitgesellschafter gesichert ist, dass die Maßnahme erfolgen kann. **Rechtlich steht dahinter aber immer die Verpflichtung, durch das eigene Verhalten eine bestimmte Maßnahme zu ermöglichen.** Diese Verpflichtung trifft jeden Gesellschafter unabhängig vom Abstimmungsverhalten der Mitgesellschafter. Wenn keine Treuepflicht zur Stimmabgabe in einem bestimmten Sinn besteht, kann eine im gegenteiligen Sinn abgegebene Stimme auch nicht wegen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht als unwirksam gewertet werden.“³⁵⁹

Indem der BGH die Unwirksamkeit der treuwidrig abgegebenen Stimme als Folge sieht, in einem bestimmten Sinn abzustimmen, setzt er Stimmpflicht und Stimmverbot letztlich gleich. So sei ein Stimmverbot nur denkbar, wenn eine Stimmpflicht bestehe.

Der BGH verkennt hierbei jedoch, dass hierbei durchaus ein Unterschied bestehen kann und rechtlich gerade nicht immer „die Verpflichtung, durch das eigene Verhalten eine bestimmte Maßnahme zu ermöglichen“, dahintersteht.

Zwar ist dem BGH zuzugeben, dass sich hinter einem Stimmverbot häufig faktisch die Verpflichtung verbirgt, eine bestimmte Maßnahme zu ermöglichen. Dennoch darf der Unterschied zwischen einem Verbot der Obstruktion und einer Pflicht zur Partizipation bzw. Zustimmung nicht ignoriert werden. Dabei sind nicht nur vielfache Konstellationen

359 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („Media-Saturn“), NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

denkbar, in denen ein solches Verbot der Obstruktion ausreicht und eine Stimmpflicht gerade nicht notwendig erscheint. So ist beispielsweise dem Gesellschafter zuzugestehen, sich treugemäß zu verhalten und dennoch seine Ablehnung bezüglich einer Maßnahme auszudrücken, etwa durch Enthaltung seiner Stimme. Stellt eine Enthaltung jedoch ein treugemäßes Verhalten dar, während eine Ablehnung treuwidrig wäre, besteht zwar ein Stimmverbot hinsichtlich einer Nein-Stimme, ohne jedoch zugleich eine Stimmpflicht bezüglich einer Ja-Stimme zu begründen. Mag der Unterschied auch gering sein, würde es qua fehlender Erforderlichkeit doch an der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die unternehmerische Handlungsfreiheit des Gesellschafters scheitern, da es nicht Aufgabe des Gerichts ist, die Sinnhaftigkeit des Verhaltens, sondern die Grenzen der Handlungsfreiheit auf minimalinvasiver Basis festzusetzen. Ein milderes Mittel des Stimmverbots wäre jedoch mangels Gleichwertigkeit etwa dann abzulehnen, wenn sich anhand konkreter Anzeichen die Gefahr abzeichnet, dass es zu einer großflächigen unwirksamen Stimmabgabe anderer Gesellschafter kommt.³⁶⁰

Nehls will eine Unterscheidung nicht nach Stimmverbot und Stimmpflicht, sondern nach belastenden und nichtbelastenden Beschlüssen treffen. Die positive Stimmpflicht (Stimmpflicht) sei wie die negative Stimmpflicht (Stimmverbot) mit Blick auf den Beschlussinhalt lediglich als Rechtsbeschränkung aufzufassen. Hieraus folge, dass bei einer entsprechenden Beschlussvorlage eine positive Stimmpflicht nicht nur ausnahmsweise, sondern grundsätzlich (als Verbot, die Interessen der Gesellschaft und Mitgesellschafter zu schädigen) bestünde. Eine „echte“ verpflichtende Wirkung liege nur dann vor, wenn der Beschluss nach seinem Inhalt für den Aktionär mit Nachteilen verbunden sei und er durch eine Stimmpflicht zu einem Verzicht auf eigene mitgliedschaftliche Interessen angehalten werde (belastende Beschlüsse), da der „äußerliche Akt des Abstimmens [...] für sich genommen schwerlich als Belastung des Aktionärs angesehen werden [kann]“.³⁶¹ Nichtbelastende Beschlüsse sollen dabei solche über Fragen der Geschäftsführung oder über die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien sein. Liege ein solcher Beschluss im Interesse der Gesellschaft oder Mitgesellschafter sei der Gesellschafter verpflichtet, für den Beschluss zu stimmen. Weil die Stimmabgabe als solche keine

360 Vgl. *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 49.

361 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 88 f.

Belastung darstelle, seien das Stimmverbot und die Stimpfpflicht folglich gleichzustellen.³⁶²

Mag man mit *Nehls* möglicherweise der nicht abwegigen Annahme folgen, dass der äußerliche Akt der Abstimmung keine Belastung darstelle und insofern auf den Inhalt abzustellen sei, so kann dem dennoch im Ergebnis nicht gefolgt werden. Zwar mögen Beschlüsse über die Geschäftsführung – um in *Nehls*‘ Beispiel zu bleiben – keine (jedenfalls unmittelbare) wirtschaftlich belastende Wirkung für den Gesellschafter haben. Allerdings können insbesondere Beschlüsse zu Geschäftsführungsfragen mittelbar zu erheblichen Auswirkungen, etwa über das Entstehen von Dividenden bis langfristig hin zum Fortbestehen der Gesellschaft bzw. einer möglichen Insolvenz, mithin also zu Belastungen führen. Aber auch unmittelbar stellt eine Stimpfpflicht (ebenso wie ein Stimmverbot) eine Belastung dar. So kann der Gesellschafter durch eine Stimpfpflicht letztlich nicht mehr nach seinem unternehmerischen Ermessen handeln und damit die Geschicke der Gesellschaft nach seinem Gutdünken steuern. Mag dies für *Nehls* lediglich eine „Rechtsbegrenzung“ darstellen, greift es doch tief in die elementaren Rechte des Gesellschafters ein. Ein solches Verständnis würde letztlich zu einer Entmündigung der Gesellschafter führen und den Gerichten die unternehmerischen Entscheidungen überantworten, was im Sinne der Gesellschaft zweckmäßig und vorteilhaft ist.

Ein jedes Stimmverbot oder eine jegliche Stimpfpflicht wirken letztlich belastend, weshalb sich eine Unterscheidung nach „belastenden“ und „nicht belastenden Beschlüssen“ als wenig nützlich herausstellt.

Ungeachtet der scheinbar anderweitigen Auffassung des BGH bleibt damit festzuhalten, dass das Stimmverbot ein milderer Mittel im Verhältnis zur Stimpfpflicht darstellt.³⁶³

bb. Materielle Erforderlichkeit

Auch in materieller Hinsicht muss die Stimmrechtspflicht erforderlich sein. Eine Stimmrechtspflicht kann so nicht bezüglich eines jeden Beschlussgegenstandes angenommen werden. Besteht zur Abwendung einer Insolvenz etwa eine schonendere und zugleich erfolgsgleiche Maßnahme, wäre die Erforderlichkeit zu verneinen. Reicht zur Schadensabwehr der Verzicht auf die Verzinsung der Kapitaleinlage, wäre eine Kapitalerhö-

362 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 88 ff.

363 Im Ergebnis auch *Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 82 f.

hung nicht erforderlich und mithin das weniger milde Mittel. Vorliegend ist jedoch abermals eine Einschätzungsprärogative zu berücksichtigen. Um eine Erforderlichkeit abzulehnen, müsste ein Ermessensfehler gegeben sein. Es dürfte entweder vom Ermessen schon gar kein Gebrauch gemacht (Ermessensnichtgebrauch) oder bewusst das nicht mildere Mittel, zum Schaden des Gesellschafters, gewählt worden (Ermessensfehlgebrauch) oder zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bzw. der Stimmrechtsausübung der Beschlussgegenstand erkennbar zum Erfolg der Maßnahme schlechthin ungeeignet sein (Ermessensüberschreitung).

d. Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheit sind die Interessen des abstimmenden Gesellschafters gegen das Interesse der Gesellschaft oder des Mitgesellschafters abzuwägen. Hierbei kommt insbesondere der Intensität der Treuepflicht eine gesteigerte Relevanz zu.

aa. Interesse des Gesellschafters

Bei der Abwägung der beteiligten Interessen ist zunächst im Hinblick auf das Interesse des Gesellschafters, dessen Stimmrecht zur Diskussion steht, zunächst die Gewichtung vorzunehmen. Hierbei ist zu beachten, dass dem Stimmrecht grundsätzlich eine hohe Gewichtung zuteil wird. Das folgt bereits aus dem Umstand, dass das Stimmrecht als eines der wichtigsten mitgliedschaftlichen Befugnisse ein zentrales Element der Mitgliedschaft selbst darstellt.³⁶⁴ Zu berücksichtigen ist die Art bzw. der Gegenstand des Stimmrechts respektive des bezweckten Beschlusses. Handelt es sich um eine Zustimmungspflicht zu Grundlagenbeschlüssen, insbesondere Gesellschaftsvertragsänderungen, ist die ohnehin gegebene Relevanz abermals entschieden erhöht.

Bezüglich der Schutzwürdigkeit ist auf den Inhalt des konkreten Beschlusses abzustellen bzw. darauf, bei wem infolge der Stimmrechtsausübung der Schaden droht oder entstanden ist. Für den Fall, dass ein Schaden sowohl bei der Gesellschaft als auch bei dem Mitgesellschafter

364 Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 54; Roth, in: Baumbach/Hopt HGB, § 119 Rn. 5; Arlt, in: MünchKomm AktG, § 12 Rn. 50; Hoffmann-Becking, in: MünchHdb GesR IV, § 39 Rn. 1; Dreber, ZHR 1993, 150, 153.

entstanden ist oder droht, ist entscheidend, wem gegenüber die Treuwidrigkeit der Stimmrechtsausübung geltend gemacht wird. Wird die treuwidrige Stimmrechtsausübung gegenüber einem Mitgesellschafter geltend gemacht, fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse dann, wenn der handelnde Gesellschafter mit Ausübung seines Stimmrechts die Schädigung des Mitgesellschafters verfolgt. Wird die treuwidrige Stimmrechtsausübung hingegen gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht, so ist ausgehend vom Beschlussgegenstand zu unterscheiden, ob die Stimmrechtsausübung als uneigennütziges oder eigennütziges Recht zu qualifizieren ist.³⁶⁵ Je näher dabei ein Beschlussgegenstand der Zweckverfolgung zuzuordnen ist und damit der Förderpflicht, desto eher ist ein uneigennütziges Recht anzunehmen. Da der Übergang fließend ist, ist im Zweifel ein schutzwürdiges Interesse zu bejahen, mithin von einem eigennützigen Recht auszugehen. Ist der Beschlussgegenstand bzw. das Stimmrecht bezüglich des Beschlussgegenstandes jedoch als uneigennütziges Recht einzuordnen, so ist ein schutzwürdiges Interesse dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter eigene Interessen zum Nachteil der Gesellschaft über deren Interessen stellt.

Fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse, überwiegt das Interesse der Gesellschaft bzw. des oder der Mitgesellschafter und die Auferlegung einer Verhaltens- bzw. Stimmpflicht ist regelmäßig als angemessen anzusehen.

Insbesondere bei den Stimmrechtspflichten gilt es, das unternehmerische Interesse zu berücksichtigen. Da dem Gesellschafter eine Einschätzungsprärogative zuzugestehen ist und es den Gesellschaftern zustehen muss, grundsätzlich darüber zu bestimmen, was der Unternehmung am zuträglichsten ist, sind an die Angemessenheit einer Verhaltenspflicht hohe Anforderungen zu stellen. Der Prüfungsumfang beläuft sich dabei auf eine Ermessensprüfung. Der Gesellschafter darf bei der Ausübung seiner Stimmrechte im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative sein Ermessen nicht fehlgebrauchen, in dem er bei uneigennützigen Rechten eigene Interessen zum Nachteil der Gesellschaft voranstellt. Ferner darf er es nicht überschreiten. Dies wäre dann der Fall, wenn im Falle eines Beschlussgegenstandes, der das Stimmrecht als uneigennütziges Recht qualifiziert, die abgegebene Stimme zur Förderung schlichtweg ungeeignet wäre. Sollte der Beschlussgegenstand das Stimmrecht als eigennützig qualifizieren

365 Siehe hierzu ausführlich die allgemeinen Ausführungen im Rahmen der Rechtsausübung des Gesellschafters bei (drohender) Schädigung der Gesellschaft, S. 74 ff.

lassen, wäre es hingegen dann überschritten, wenn sich die Stimme als schädlich darstellt.

bb. Interesse der Gesellschaft/Mitgesellschafter

Entscheidend ist sodann die Gewichtung des Interesses der durch den (drohenden) Schaden betroffenen Partei. Mit zunehmender Schadenswahrscheinlichkeit und -höhe nimmt die vorzunehmende Gewichtung des Interesses zu. Ein Stimmrechtspflicht wird mit entsprechendem Anstieg des Interesses wahrscheinlicher. Aufgrund der besonders hohen Gewichtung bei Zustimmungspflichten verlangt der BGH, dass der (drohende) Schaden ein existenzbedrohendes Maß annimmt. Ein Überwiegen des Interesses und eine Zustimmungspflicht nimmt er lediglich dann an, wenn „sie zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist [...]“.³⁶⁶ Das Interesse muss ebenfalls ein schutzwürdiges sein. An einem solchen kann es insbesondere dann fehlen, wenn die Gesellschaft bzw. der oder die Mitgesellschafter qua eigener Treuepflicht in der jeweils anderen Wirkrichtung, also die Gesellschaft gegenüber den Mitgesellschaftern, die Mitgesellschafter gegenüber der Gesellschaft, einer Unterlassungs- oder Duldungspflicht unterliegen. Ist die fragliche Stimmrechtsausübung aus der jeweiligen Treuepflicht jedoch nicht oder nicht so hinzunehmen, ist die Abwägung mit der Annahme des bestehenden schutzwürdigen Interesses durchzuführen. Dabei sind nach erfolgter Gewichtung der jeweiligen Interessen die relevanten Faktoren bezüglich der Intensität der Treuepflicht in die Abwägung einzustellen.

cc. Intensität der Treuepflicht

Bezüglich der Intensität der Treuepflicht gilt grundsätzlich das zu der allgemeinen Rechtsausübung des Gesellschafters Dargestellte. Insofern soll hier lediglich auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit der Stimmrechtsausübung eingegangen werden.

366 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („Media-Saturn“), NZG 2016, 781= NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

Mit der vom BGH bezüglich der Zustimmungspflicht aufgestellten Voraussetzung des existenzbedrohenden Schadensrisikos wird deutlich, dass bei der Gewichtung des (drohenden) Schadens die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft eine gewichtige Rolle spielt. Mit steigender Schieflage nimmt dabei die Intensität der Treuepflicht zu, da mit steigender Schieflage der Verlust der Mitgliedschaft bzw. die Insolvenz der Gesellschaft und damit der Verlust „wesentlicher Werte“ bzw. „erheblicher Verlust“ droht. So verwundert es nicht, dass es sich in der überwiegenden Zahl aller Fälle, in denen eine Zustimmungspflicht angenommen wurde, um Sanierungsfälle handelte.

Auch der Einfluss des Gesellschafters macht sich besonders bei der Ausübung seines Stimmrechts bemerkbar und ist insofern im Rahmen der Intensität zu berücksichtigen. So kommt beispielsweise einem beherrschenden Mehrheitsgesellschafter eine weitaus intensivere Rücksichtnahmepflicht im Hinblick auf sein Stimmrecht zu als dem Minderheitsgesellschafter.³⁶⁷ Ein gesteigerter Einfluss kann sich aber, wie in den allgemeinen Ausführungen zuvor festgestellt, auch temporär bzw. situativ sowie in faktischer Hinsicht ergeben. Bedarf es etwa in einer Zweipersonengesellschaft mit einem Mehrheitsgesellschafter trotz grundsätzlichem Mehrheitserfordernis ausnahmsweise eines einstimmigen Beschlusses, kommt diesem ebenfalls – situativ – ein gesteigerter Einfluss zu.

Bezüglich der Stimmrechtspflichten gilt es ebenfalls, die jeweilige Rechtsform sowie die gesetzgeberischen bzw. gesellschaftsvertraglichen Entscheidungen zu berücksichtigen. Für die GbR und die OHG gilt grundsätzlich der Einstimmigkeitsgrundsatz (§ 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 HGB), während bei der Kommanditgesellschaft, abgesehen von Grundlagengeschäften, grundsätzlich nur den Komplementären ein Stimmrecht zukommt, für welche jedoch gleichfalls das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Für die Kapitalgesellschaften sieht der Gesetzgeber allerdings grundsätzlich das Mehrheitsprinzip vor. Bei der GmbH ist dabei meist eine einfache Mehrheit (§ 47 Abs. 1 GmbHG) ausreichend, wobei teilweise eine qualifizierte Mehrheit (§ 53 Abs. 2 GmbHG) oder sogar Einstimmigkeit (§ 53 Abs. 3 GmbHG) vonnöten sind. Bei der Aktiengesellschaft stellt die einfache Stimmenmehrheit die gesetzliche Grundregel dar (§ 133 Abs. 1 AktG). Kraft Gesetzes ist in einigen Fällen allerdings eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen (§§ 103 Abs. 1 S. 2, 111 Abs. 4 S. 3, 141

367 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 90; *Ekkenga*, ZGR 2019, 191, 203; jedenfalls in der Voraufgabe noch *Bungeroth*, in: MünchKomm AktG, 4. Auflage, Vor 53a Rn. 26.

Abs. 3 S. 2 AktG) bzw. zusätzlich zur Stimmenmehrheit eine Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals – insbesondere bei Grundlagengeschäften bzw. Kapitalmaßnahmen – vorgesehen. Grundlagenentscheidungen, die tief in die Vermögens- und Rechtsstellung der Aktionäre eingreifen, bedürfen darüber hinaus der Zustimmung aller Aktionäre.³⁶⁸ Sieht nun das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag das Mehrheitsprinzip vor, so gilt es, dies in der Abwägung zu beachten. Jedenfalls darf und kann eine reine Ausnutzung der Mehrheitsmacht eine Verhaltenspflicht allein nicht begründen, da eine „Majorisierung“ der Minderheit schließlich bezweckt wird.³⁶⁹

Bei der Stimmausübung gilt es, die Auswirkung der Rechts- bzw. Stimmrechtsausübung zu beachten. Steht beispielsweise die Frage im Raum, ob eine Zustimmungspflicht bezüglich der Zulassung eines Beraters des Mitgesellschafters besteht, muss die Bedeutung der Gesellschafterversammlung bzw. des dort zu treffenden Beschlusses berücksichtigt werden. Handelt es sich um eine schwerwiegende Entscheidung und fehlt es zusätzlich dem Mitgesellschafter an der notwendigen Sachkunde – was wiederum zu einem (faktisch) größeren Einfluss des künftigen Mitgesellschafters führt –, so steigert dies die Intensität der Treuepflicht, sodass der Gesellschafter zu einer Beraterzulassung verpflichtet sein kann.³⁷⁰ Die Bedeutung des durch die Stimmrechtsausübung intendierten Beschlusses gilt es folglich sowohl im Rahmen des Interesses als auch bezüglich der Intensität zu berücksichtigen.

dd. Abwägung

Alle relevanten Faktoren sind im Rahmen der Intensität der Treuepflicht und diese dann bei der Abwägung der bereits gewichteten Interessen entsprechend zu berücksichtigen. In der *Girmes*-Entscheidung setzte der BGH zur Bejahung einer Zustimmungspflicht noch voraus, dass die Sanierungsmaßnahme mehrheitlich angestrebt sein müsse.³⁷¹ Sowohl im neueren Urteil des BGH findet diese Voraussetzung jedoch keine Entsprechung

368 Statt aller nur *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 133 Rn. 68.

369 *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 236.

370 Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 25. August 2016 – Az.: 8 U 347/16, NJW-RR 2016, 1374, 1376 = NZG 2016, 1225 = ZIP 2016, 2062.

371 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

mehr. Auch in der Literatur wird diese Voraussetzung als echtes Kriterium abgelehnt und als bloßer Plausibilitätsindikator in die Abwägung eingestellt.³⁷² Dem ist zuzustimmen, da einem Aktionär zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht ersichtlich sein wird, ob eine Mehrheit erreicht wird oder nicht.³⁷³ Ebenfalls ist daher die Wahrscheinlichkeit, mit der die Verhaltenspflicht den Schaden abzuwenden vermag, zu berücksichtigen, sofern es nicht bereits an der Geeignetheit insgesamt fehlt. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die Auswirkungen auf die Rechte und Rechtspositionen des handelnden Gesellschafters. Dem BGH zufolge spricht in der *Girmes*-Entscheidung für ein Überwiegen des Interesses der Gesellschaft bzw. Mitgesellschafter – somit zugunsten der Verhaltenspflicht – insbesondere, dass „im Falle des Zusammenbruchs die Stellung des einzelnen Gesellschafters ungünstiger als bei einem Austritt aus der fortbestehenden Gesellschaft ist.“³⁷⁴ Wenn die Maßnahme zu keiner Verschlechterung der finanziellen Lage (im Vergleich zur sicher zu erwartenden Liquidation) führt, spricht dies für ein Unterliegen des Interesses des handelnden Gesellschafters.³⁷⁵

Zu berücksichtigen ist besonders bei der Stimmrechtsausübung, dass die Entscheidung, wie die Interessen der Gesellschaft am besten gewahrt bleiben, grundsätzlich den Gesellschaftern obliegt.³⁷⁶ Das Auferlegen einer Stimmpflicht oder eines Stimmverbots sollte folglich stets restriktiv verfolgt werden. Insofern ist die unternehmerische Einschätzungsprärogative zu beachten. Kommt es in der Abwägung dennoch zu dem Ergebnis, dass die Interessen der Gesellschaft überwiegen, ist die fragliche stimmrechtsbezogene Verhaltenspflicht verhältnismäßig und der Gesellschafter kraft Treuepflicht an diese gebunden. Eine Nichtbeachtung führt zu einer Treuepflichtverletzung.

372 Vgl. BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („*Media-Saturn*“), NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124; Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53 Rn. 51; Seibt, ZIP 2014, 1909, 1916; Seibt, EWiR 2016, 395, 396; Schümbrand, in: MünchKomm AktG, § 188 Rn. 12; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 222 Rn. 15a; Schäfer, FS Hommelhoff, S. 952 ff.; ausführlich Reichert, NZG 2018, 134 ff.

373 Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 222 Rn. 15a.

374 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

375 So auch BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („*Sanieren oder Ausscheiden*“), BGHZ 183, 1 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = ZIP 2009, 2289 (m. Anm.) = WM 2009, 2264; Reichert, NZG 2018, 134, 138.

376 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („*Media-Saturn*“), NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

II. Rechtsprechung

Im Folgenden gilt es, die Ausführungen, ob und wann eine Verhaltenspflicht und damit bei Nichtbeachtung eine Treuwidrigkeit gegeben ist, anhand zweier Entscheidungen des BGH abzugleichen.

1. BGH, Urteil vom 12.4.2016 – II ZR 275/14 (*Media-Saturn*)

a. Sachverhalt

Die Klägerin ist mit 21,62 Prozent als Minderheitsgesellschafterin an der Beklagten, einer in der Rechtsform der GmbH organisierten Konzernholdinggesellschaft, beteiligt. Die restlichen Anteile werden von der M-AG, einem Konzernunternehmen, gehalten. Nach der Satzung werden Gesellschafterbeschlüsse mit mehr als 80 Prozent der abgegebenen Stimmen gefasst. Daneben sieht die Satzung noch einen Beirat vor, der bestimmte Entscheidungen anstelle der Gesellschafterversammlung trifft. Für diese Beschlüsse gilt das einfache Mehrheitsprinzip. Zuletzt gibt es eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, in welcher unter anderem Zustimmungserfordernisse für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen geregelt sind. Gegenstand des Rechtsstreits stellen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu Geschäftsführungsmaßnahmen, namentlich von Standortmaßnahmen, dar, welche nach der in der Satzung festgelegten Kompetenzordnung nicht unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung stehen.

Bei der Abstimmung über diese Standortmaßnahmen im Rahmen einer Gesellschafterversammlung lehnte die M-AG einige von diesen ab bzw. enthielt sich bezüglich einiger anderer. Zu der Ablehnung bzw. Enthaltung führte die M-AG aus, dass sich ihre Haltung nicht auf inhaltliche, sondern auf rein formale Erwägungen gründe, da die Maßnahmen nicht von der Gesellschafterversammlung zu beschließen seien, sondern von der Geschäftsführung ohne Zustimmung der Gesellschafter durchgeführt werden könnten.

Die Klägerin erhob sodann Anfechtungs- und Feststellungsklage und wollte wegen treuwidriger Stimmabgabe die Nichtigkeit der mit der Stimmenmehrheit der M-AG beschlossenen Ablehnung sowie den positiven Beschluss bezüglich der Standortmaßnahmen festgestellt wissen.

Das LG wies die Klage ab, während das OLG der Klage mit der Begründung, die Stimmabgabe der M-AG sei treuwidrig und daher nichtig gewesen, insoweit stattgab, als die M-AG mit „Nein“ gestimmt hatte.

Der BGH hob das Urteil auf und wies die Klage ab. Er führte unter anderem aus:

„Wie die Interessen der Gesellschaft am besten gewahrt bleiben, haben aber grundsätzlich die Gesellschafter zu beurteilen. Eine Pflicht zur Abstimmung in einem bestimmten Sinn besteht daher nur, wenn zur Verfolgung der Interessen der Gesellschaft keine andere Stimmabgabe denkbar ist, andernfalls nur schwere Nachteile entstehen und die eigenen Interessen des Gesellschafters dahinter zurückstehen müssen.“³⁷⁷

b. Treuepflichtprüfung

aa. Anwendungsbereich der Treuepflicht

Voraussetzung für eine Treuepflichtverletzung ist, dass grundsätzlich eine Beeinträchtigung oder Verletzung der Förder- bzw. der Rücksichtnahmepflicht möglich erscheint, mithin der Anwendungsbereich der allgemeinen Treuepflicht eröffnet ist. Dies ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn ein Schaden bei der Gesellschaft oder einem der Gesellschafter vorliegt oder droht und die fragliche Rechtsausübung Auswirkung auf den Schaden hat oder haben könnte, diesen mithin trotz anderweitiger Möglichkeit aufrechterhalten, vertiefen oder nicht verhindern würde. Als fragliche Rechtsausübung ist hier die Stimmabgabe zu überprüfen. Die fragliche Stimmabgabe bezog sich in vorliegendem Fall auf einen Beschluss über Standortmaßnahmen von nicht unerheblicher Bedeutung für die Gesellschaft, da diese den Abschluss oder die Fortführung längerfristiger Mietverhältnisse und die Gründung einer neuen Vor-Ort-Gesellschaft betrafen. Eine ablehnende Stimmabgabe führte zu einem wirtschaftlichen Schaden. Mit ihrer Klage geht die Klägerin gegen einen mangelbehafteten Beschluss der Gesellschaft vor. Dieser sei mit einer treuwidrigen Stimme zustande gekommen. Zur Frage steht also die Rechtsausübung der M-AG, welche die vermeintlich treuwidrige Stimme abgegeben hat. Da der Schaden unmittelbar bei der Gesellschaft gegeben ist und nur mittelbar bei der

³⁷⁷ BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („Media-Saturn“), NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

Klägerin, ist die Treuepflicht in dem Verhältnis M-AG zur Gesellschaft zu prüfen. Eine Verletzung der Förderpflicht scheint jedenfalls möglich, womit der Anwendungsbereich der allgemeinen Treuepflicht eröffnet ist.

Die Stimmrechtsausübung der M-AG müsste sodann auch von der konkreten Treuepflicht umfasst sein. Ein solches ist ebenfalls anzunehmen. Insbesondere unterfällt die M-AG der Treuepflichtbindung, da es sich weder um eine Einpersonengesellschaft handelt noch ein einstimmiger Beschluss vorliegt, noch andere Gründe, wie etwa eine abbedungene Treuepflicht, die für eine fehlende Treuepflichtbindung sprechen, ersichtlich sind. Für eine Begrenzung der konkreten Treuepflicht hinsichtlich der Stimmrechtsausübung aufgrund von Gesetz oder Satzung spricht ebenfalls nichts.

Zur Verhinderung des Schadens könnte der M-AG bei der Ausübung ihrer Rechte, namentlich der Stimmrechtsausübung, eine Verhaltenspflicht qua Treuepflicht auferlegt sein. Eine solche läge vor, wenn diese unter Abwägung der Interessen verhältnismäßig wäre.

bb. Verhältnismäßigkeit

(1) Legitimer Zweck

Mit der Auferlegung einer Verhaltenspflicht würde das Ziel verfolgt werden, die Standortmaßnahmen zu ermöglichen, also wirtschaftlichen Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Mithin würde also die Förderung des Gesellschaftszwecks verfolgt werden, womit ein legitimer Zweck gegeben wäre.

(2) Geeignetheit

Zur Abwendung des wirtschaftlichen Schadens bzw. zur Ermöglichung der Standortmaßnahmen kommt als Verhaltenspflicht die Auferlegung einer Stimmrechtspflicht in Betracht. So würde hierdurch ein positiver Beschluss bezüglich der Standortmaßnahmen ergehen. Fraglich ist dabei jedoch, ob sämtliche Stimmrechtspflichten geeignet wären. Da die Gesellschafterversammlung für Beschlüsse eine Mehrheit von 80 Prozent der Stimmen vorsieht und die M-AG 78,38 Prozent der Stimmen hielt, wäre mit einem Stimmverbot der Beschluss nicht zustande gekommen und der Schaden somit gleichfalls entstanden. Ein Stimmverbot wäre daher nicht

geeignet. Mit einer Stimmpflicht, dem Beschluss zuzustimmen, wäre der Schaden jedoch verhindert worden. In formeller Hinsicht wäre also eine Stimmpflicht geeignet. Auch in materieller Hinsicht wäre mit dem Beschluss die Durchführung der Standortmaßnahme möglich gewesen und der wirtschaftliche Schaden verhindert worden.

(3) Erforderlichkeit

Ein milderer Mittel ist in der Regel im Hinblick auf eine Pflicht zur Rücksichtnahme in Form einer Unterlassung, also einem Stimmverbot, gegeben. Da es in vorliegendem Fall jedoch schon an der Geeignetheit eines Stimmverbotes fehlt, bleibt nur die Verhaltenspflicht in Form einer positiven Stimmabgabe. Auch in materieller Hinsicht ist eine Stimmpflicht bezüglich eines Beschlusses, der ein milderer Mittel darstellen würde, nicht ersichtlich. Da andere gleich geeignete, minimalinvasive Maßnahmen nicht ersichtlich sind, genügt die Verhaltenspflicht damit den Maßstäben der Erforderlichkeit.

(4) Angemessenheit

Auf der einen Seite steht das Interesse des abstimmenden Gesellschafters. Dabei kommt, wie dargestellt, dem Stimmrecht und dessen freier Wahrnehmung eine hohe Gewichtung zu. Fraglich ist hierbei jedoch, ob es sich um ein schutzwürdiges Interesse des Gesellschafters handelt. Hierfür ist zunächst festzustellen, in welchem Verhältnis die in Frage stehende Treuepflichtverletzung vorliegt. In vorliegendem Fall entstand ein wirtschaftlicher Schaden bei der Gesellschaft. Obgleich die Treuepflichtverletzung von einem Mitgesellschafter geltend gemacht wurde bzw. die Gesellschaft selbst Beklagte im Wege der Anfechtungs- und Feststellungsklage war, ist das für die Treuepflichtverletzung entscheidende Verhältnis vorliegend dasjenige zwischen dem ablehnend abstimmenden Gesellschafter und der beklagten Gesellschaft, bei der der Schaden entstand. Mithin handelt es sich um die mögliche Verletzung der vertikalen Treuepflicht, bei welcher zwischen eigennützigen und uneigennützigen Rechten unterschieden wird. Für die Beurteilung, ob es sich um ein eigennütziges oder uneigennütziges Recht handelt, ist bei der Stimmrechtsausübung nach dem Beschlussgegenstand zu differenzieren. Vorliegend betraf der Beschlussgegenstand eine Geschäftsführungsangelegenheit und somit ein uneigennüt-

ziges Recht. Ein schutzwürdiges Interesse liegt folglich dann nicht vor, wenn der Gesellschafter eigene Interessen zum Nachteil der Gesellschaft über deren Interessen stellt. Problematisch erscheint, dass die M-AG ihre Ablehnung aus rein formalen Gründen ablehnte, inhaltlich aber mit den Maßnahmen einverstanden war. Hinzu kommt, dass der Beschluss zweckmäßig gewesen wäre und im Interesse der Gesellschaft lag. Dennoch ist ein schutzwürdiges Interesse vorliegend gegeben. So stellte der abstimmende Gesellschafter nicht eigene Interessen über die der Gesellschaft, sondern verfolgte diese vielmehr durch das Pochen auf die satzungsmäßige Kompetenzordnung. Der BGH führt hierzu richtigerweise aus: „Wie die Interessen der Gesellschaft am besten gewahrt bleiben, haben aber grundsätzlich die Gesellschafter zu beurteilen.“ Dem Gesellschafter kommt dabei ein weitreichendes unternehmerisches Ermessen zu, da schließlich auch und insbesondere bei uneigennützigen Rechten dem Gesellschafter ermöglicht werden soll, nach eigenem unternehmerischen Ermessen den bestmöglichen Weg zur Förderung des Unternehmens zu bestimmen.³⁷⁸

So stellt das nachdrückliche Drängen auf die Einhaltung der Kompetenzordnung der Gesellschaft durch die M-AG weder einen Ermessensfehlgebrauch dar noch eine Ermessensüberschreitung. Haben die Gesellschafter sich eine Kompetenzordnung verliehen und beharrt nun ein Gesellschafter auf der Einhaltung derselben, ist hierin weder eine Verfolgung eigener Interessen zu sehen noch ist dies in der Regel erkennbar schädigend in einem Maße, dass es nicht mehr vom unternehmerischen Entscheidungsspielraum gedeckt wäre.³⁷⁹ Ein schutzwürdiges Interesse ist folglich gegeben.

Dem gegenüber steht das Interesse der Gesellschaft. Hierbei ist insbesondere der Schaden zu berücksichtigen. Der beklagten Gesellschaft droht vorliegend ein wirtschaftlicher Schaden von nicht unerheblicher Bedeutung. Der Fortbestand der Gesellschaft war hierbei jedoch nicht bedroht und eine wirtschaftliche Schieflage nicht gegeben. Da sich der Einfluss der Gesellschafter vorliegend nicht auswirkt – braucht es für einen Beschluss schließlich 80 Prozent der Stimmen, welche keiner der beiden Gesellschafter hält –, kann die Mehrheitsmacht der M-AG unberücksichtigt bleiben. Gleiches gilt hinsichtlich der übrigen genannten Faktoren.

378 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („Media-Saturn“), NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124; Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 106.

379 Vgl. Hennrichs, NZG 2015, 41, 42 f.

In der Abwägung stehen sich also ein schutzwürdiges und als stark zu gewichtigendes Interesse der M-AG bezüglich ihrer freien Stimmrechtsausübung sowie das Interesse der Gesellschaft zur Vermeidung des entstandenen Schadens. Mangels Schiefelage oder sonstig einzustellender Faktoren kommt der Treuepflicht jedoch keine gesteigerte Intensität zu. Gerade im Hinblick darauf, dass es Aufgabe der Gesellschafter ist, zu entscheiden, wie die Interessen der Gesellschaft am besten gewahrt bleiben,³⁸⁰ gelangt die Abwägung hier zu dem Ergebnis, dass eine Verhaltenspflicht unverhältnismäßig wäre und daher nicht besteht. Eine Treuepflichtverletzung scheidet entsprechend aus. Zu demselben Ergebnis gelangt der BGH, wenn er ausführt:

„Eine Pflicht zur Abstimmung in einem bestimmten Sinn besteht daher nur, wenn zur Verfolgung der Interessen der Gesellschaft keine andere Stimmabgabe denkbar ist, andernfalls nur schwere Nachteile entstehen und die eigenen Interessen des Gesellschafters dahinter zurückstehen müssen.“³⁸¹

2. BGH, Urteil vom 19.10.2009 – II ZR 240/08 (*Sanieren-oder-Ausscheiden*)

a. Sachverhalt

Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfond in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG, war Mehrheitsgesellschafterin der B-OHG. Nachdem die B-OHG in wirtschaftliche Schiefelage geraten war, sollte im Rahmen von Sanierungsmaßnahmen unter anderem eine Kapitalerhöhung stattfinden. Den Gesellschaftern sollte es dabei freigestellt bleiben, alternativ aus der Gesellschaft auszutreten.

§ 14 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages sah vor, dass Änderungen des Gesellschaftsvertrages eine Mehrheit von drei viertel der abgegebenen Stimmen, mindestens der absoluten Mehrheit aller in der Gesellschaft vorhandenen Stimmen, erfordert.

Mit einer solchen Mehrheit wurden entsprechende Änderungen des Gesellschaftsvertrages gefasst. Die Beklagten Gesellschafter stimmten jedoch gegen die Änderung und zeichneten die Kapitalerhöhung nicht. Die Klä-

380 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („*Media-Saturn*“), NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

381 BGH, Urt. v. 12. April 2016 – Az.: II ZR 275/14 („*Media-Saturn*“), NZG 2016, 781, 782 = NJW 2016, 2739 (m. Anm.) = ZIP 2016, 1220 = WM 2016, 1124.

gerin erhob sodann Klage und wollte festgestellt wissen, dass die Beklagten aus der Gesellschaft ausgeschieden und zur Zahlung des jeweils auf sie entfallenden Auseinandersetzungsfehlbetrages verpflichtet seien.³⁸²

Nachdem die Klage in den Vorinstanzen scheiterte, hob der BGH das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zurück an das Berufungsgericht. Er führte dabei unter anderem aus:

„Der Gesellschafter ist zwar im Allgemeinen nicht verpflichtet, einer solchen, seine Gesellschafterstellung aufhebenden Änderung des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen. Der Senat geht jedoch in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen für jeden einzelnen Gesellschafter aus der gesellschaftlicher Treuepflicht etwas Abweichendes ergeben kann. Die Verpflichtung eines einzelnen Gesellschafters, einer notwendig gewordenen Änderung des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen, kann daher nur angenommen werden, wenn dem schützenswerte Belange des einzelnen Gesellschafters nicht entgegenstehen.“³⁸³

b. Treuepflichtprüfung

aa. Anwendungsbereich der Treuepflicht

In der *Sanieren-oder-Ausscheiden*-Entscheidung drohte der Gesellschaft unstreitig durch die Ablehnung der Sanierungsmaßnahme in Form der Kapitalherabsetzung und anschließenden -erhöhung, die unvermeidliche Zerschlagung. Zwar war die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene notwendige Dreiviertelmehrheit für besagten Beschluss erreicht, jedoch bedurfte der Beschluss, um materielle Wirksamkeit gegenüber dem einzelnen Gesellschafter zu entfalten, der Zustimmung derselben, da ein Entzug der Gesellschafterstellung durch zwangsweises Ausscheiden nur mit solcher möglich ist.³⁸⁴ Die hier fragliche Rechtsausübung findet sich in der Abga-

382 BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („*Sanieren oder Ausscheiden*“), BGHZ 183, 1 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = ZIP 2009, 2289 (m. Anm.) = WM 2009, 2264, vereinfachter Sachverhalt.

383 BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („*Sanieren oder Ausscheiden*“), BGHZ 183, 1, 8 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = ZIP 2009, 2289 (m. Anm.) = WM 2009, 2264.

384 BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („*Sanieren oder Ausscheiden*“), BGHZ 183, 1, 5 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = WM 2009, 2264, m. w. N.

be oder Nichtabgabe der Zustimmung. Diese hat unstreitig Auswirkung auf den Schaden, der vorliegend primär der Gesellschaft droht. Eine Verletzung der Förderpflicht scheint damit mehr als möglich, womit der Anwendungsbereich der allgemeinen Treuepflicht eröffnet ist. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist auch grundsätzlich von einer Eröffnung des Anwendungsbereichs der konkreten Treuepflicht auszugehen. Im Fokus steht also die Rechtsausübung der Gesellschafter bei drohender Schädigung der Gesellschaft, mithin die vertikale Treuepflicht. Zur Vermeidung des Schadens könnte aus der Treuepflicht eine Verhaltenspflicht in Form einer Zustimmungspflicht für die Gesellschafter resultieren. Diese müsste verhältnismäßig sein.

bb. Verhältnismäßigkeit

(1) Legitimer Zweck

Mit der Auferlegung einer Verhaltenspflicht würde das Ziel verfolgt werden, die Gesellschaft unter Aufbringung neuen Kapitals zu sanieren, also die Zerschlagung der Gesellschaft abzuwenden. Mithin würde die Förderung des Gesellschaftszwecks und damit ein legitimer Zweck verfolgt werden.

(2) Geeignetheit

Zur Abwendung der Zerschlagung bzw. zur materiellen Wirksamkeit des Beschlusses bedarf es der Zustimmung aller Gesellschafter, womit eine Zustimmungspflicht hierzu sich als formell geeignetes Mittel darstellt.

Auch in materieller Hinsicht müsste die fragliche Verhaltenspflicht jedoch ein geeignetes Mittel darstellen. Problematisch ist hierbei, dass bei Sanierungsmaßnahmen letztlich keine vollständige Sicherheit bezüglich des Erfolgs gegeben ist. Ist eine Maßnahme jedoch geeignet, den Schaden jedenfalls zeitweise zu verhindern, also der sonst drohenden Zerschlagung Einhalt zu gebieten, so ist diese als geeignet anzusehen. Eine positive Fortführungsprognose reicht folglich aus. Da die Gesellschaft unstreitig in einer sehr guten Vermietungssituation war und der Erhalt von Fördermitteln von der Fortführung der Gesellschaft abhing, war die Fortführung

jedenfalls nicht von vornherein sinnlos.³⁸⁵ Die Verhaltenspflicht ist geeignet.

(3) Erforderlichkeit

Ein milderes Mittel als eine Zustimmungspflicht ist in formeller Hinsicht nicht ersichtlich. In materieller Hinsicht könnte hingegen ein milderes Mittel in Betracht kommen. Der Beschluss sah vor, dass die Gesellschafter entweder an der freiwilligen Kapitalerhöhung teilnehmen oder aber aus der Gesellschaft austreten sollten. Mit dem Austritt sollten, dem Gesellschaftsvertrag folgend, der jeweilige Gesellschafter das entsprechende Auseinandersetzungsguthaben erhalten, welches sich in gegebenem Fall als negativ darstellte und so zu einer Zahlungsverpflichtung führte.

Als milderes Mittel wäre denkbar, die Gesellschafter ausscheiden zu lassen, jedoch keine Zustimmungspflicht bezüglich der Zahlung des Auseinandersetzungsfehlbetragtes anzunehmen. Dies kann jedoch deshalb nicht angenommen werden, weil sich die Zustimmungspflicht darauf schon nicht bezog bzw. nicht notwendig war. Die Zahlungsverpflichtung ergab sich nämlich nicht aus dem Beschluss bzw. einer Verhaltenspflicht aus Treuepflicht, sondern aus § 23 des Gesellschaftsvertrages, der insofern eine „zweifelsfreie und wirksame Regel“³⁸⁶ enthielt. Mit der expliziten Regelung im Gesellschaftsvertrag findet die Treuepflicht hier schon ihre Grenze.

Ferner wäre daran zu denken, die Gesellschafter in der Gesellschaft auch ohne Zeichnung der Kapitalerhöhung verbleiben zu lassen. So müsste ein so verbleibender Gesellschafter ohnehin schon die Verwässerung seines Gesellschaftsanteils hinnehmen. In der Tat würde ein entsprechender Beschluss im Hinblick auf die Sanierungsmaßnahme diese mit gleicher Sicherheit herbeiführen, wäre aber im Hinblick auf die Verhaltenspflicht milder. Abweichend hiervon ist in vorliegendem Fall zu bedenken, dass neben der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft die horizontale Treue-

385 BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („Sanieren oder Ausscheiden“), BGHZ 183, 1, 9 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = ZIP 2009, 2289 (m. Anm.) = WM 2009, 2264.

386 BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („Sanieren oder Ausscheiden“), BGHZ 183, 1, 7 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = ZIP 2009, 2289 (m. Anm.) = WM 2009, 2264.

pflicht, also die Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber den Mitgesellschaftern, zum Tragen kommt und durchschlägt. Der BGH führte hierzu aus:

„Den ‚risikobereiten‘ Gesellschaftern war es nicht zumutbar, die Gesellschaft mit den nicht zur Investition weiteren Kapitals bereiten Gesellschaftern fortzusetzen. [...] Durch die Kapitalherabsetzung verlor jeder Gesellschafter 99,9 % seines ursprünglich eingezahlten Eigenkapitals unter Beibehaltung des jeweiligen quotalen Anteils an dem herabgesetzten Eigenkapital. Auch dieser – verringerte – nominelle Anteil hatte wirtschaftlich infolge der Überschuldung der Klägerin einen negativen, mithin von jedem Gesellschafter im Falle der Liquidation persönlich (§ 105 Abs. 3 HGB, § 735 BGB) auszugleichenden Wert. Derjenige Gesellschafter, der sich nicht an der freiwilligen Kapitalerhöhung beteiligte, musste dadurch zwar, wie stets bei einer nur von einigen Gesellschaftern gezeichneten Kapitalerhöhung, eine Verringerung seiner quotalen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen hinnehmen (‚Verwässerung‘). Sobald die Sanierung jedoch erfolgreich sein würde und die Klägerin in die Gewinnzone gelangte, wäre der an der Kapitalerhöhung nicht teilnehmende Gesellschafter nicht nur – wenn auch in geringerer Höhe – an dem Gewinn beteiligt, wobei den zahlungswilligen Gesellschaftern bereits die Abgabe auch nur eines geringen Gewinnanteils, den die nicht Zahlungswilligen ohne den Einsatz der Zahlenden niemals erlangt hätten, nicht zumutbar ist. Die nicht zum Einsatz neuen Kapitals bereiten Gesellschafter wären obendrein bei erfolgreicher Sanierung vor allem ohne jeden eigenen über die ursprüngliche Einlage hinausgehenden finanziellen Beitrag allein aufgrund der Tatsache, dass ihre Mitgesellschafter das Sanierungsrisiko auf sich genommen und das Gesellschaftsvermögen durch eigene – weitere – finanzielle Mittel aufgefüllt haben, zusätzlich – zumindest teilweise – von den auf sie entfallenden Gesellschaftsschulden frei geworden. Eine solche Finanzierung der Schuldenfreiheit unter gleichzeitiger Ermöglichung einer Gewinnbeteiligung ist den finanzierenden Gesellschaftern im Verhältnis zu den nicht zahlungsbereiten Gesellschaftern ersichtlich nicht zumutbar. Angesichts dieser wirtschaftlichen Folgen kommt es entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung im Rahmen der Abwägung nicht darauf an, dass die Sanierung auch unter der Voraussetzung gelingen konnte, dass nicht alle Gesellschafter neues Kapital beisteuerten bzw. dass die Gläubigerbanken ihren Verzicht nicht von der Teilnahme aller Gesellschafter an der Kapitalerhöhung abhängig gemacht haben. Verhindert werden konnte der durch nichts zu rechtfertigende

wirtschaftliche Vorteil der nicht zahlungsbereiten Gesellschafter hier nur durch ihr Ausscheiden.“³⁸⁷

Berücksichtigt man also die Belange der Mitgesellschafter, würde ein solcher Beschluss mitnichten den Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielen, sondern diese über ein verhältnismäßiges Maß hinaus belasten. Unter Berücksichtigung der horizontalen Treuepflicht war daher kein milderer denkbar und somit der gefasste Beschluss auch in materieller Hinsicht erforderlich.

Die Verhaltenspflicht genügt damit den Maßstäben der Erforderlichkeit.

(4) Angemessenheit

Wiederum steht auf der einen Seite das Interesse der Gesellschafter, ihr Stimmrecht frei wahrzunehmen und einem belastenden Beschluss nicht zustimmen zu müssen. Es müsste jedoch auch ein schutzwürdiges Interesse gegeben sein. Wie angedeutet, ist vorliegend zunächst die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft betroffen. Eine Versagung der Zustimmung zu den Sanierungsmaßnahmen würde zur Zerschlagung derselben führen. Dies würde selbstredend auch zu einem – zunächst nur mittelbaren – Schaden bei den Gesellschaftern führen. Die relevante Treuepflichtverletzung ist hier im vertikalen Verhältnis zu verorten. Hieran ändern auch die im Rahmen der Erforderlichkeit getätigten Erwägungen nichts, da die horizontale Treuepflicht im Falle des als milder diskutierten Beschlusses zur Anwendung gekommen wäre. Handelt es sich also primär um einen Fall der vertikalen Treuepflicht, so ist erneut nach eigennützigen und uneigennützigen Rechten zu differenzieren. Bezüglich der Stimmrechte ist anhand des Beschlussgegenstandes zu entscheiden. Je näher dieser der Zweckverfolgung steht, umso eher ist von einem uneigennützigen Recht auszugehen. Beschlussgegenstand war die Sanierungsmaßnahme in Form der Kapitalherabsetzung und -erhöhung. Außerdem beinhaltete der Beschluss die Ausscheidungsklausel für Gesellschafter, die den entsprechenden Anteil an der Kapitalerhöhung nicht übernehmen wollten. Obgleich die einzelnen Beschlussgegenstände für sich genommen möglicherweise eher als eigennützig einzustufen sind, ist der Beschlussgegenstand im

387 BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („Sanieren oder Ausscheiden“), BGHZ 183, 1, 10 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = ZIP 2009, 2289 (m. Anm.) = WM 2009, 2264.

Ganzen, nämlich die Zustimmung zum Sanierungskonzept, aufgrund der unweigerlichen Nähe zur Zweckverfolgung als uneigennützig einzustufen. Damit ein berechtigtes Interesse gegeben ist, muss der Gesellschafter die Ausübung seines Stimmrechts zuvorderst an dem Gesellschaftsinteresse ausrichten und darf Eigeninteressen nur dann berücksichtigen, wenn die Gesellschaftsinteressen keine Beeinträchtigung erfahren. Zu berücksichtigen ist dabei aber das unternehmerische Ermessen. Ein Ermessensfehler liegt dann vor, wenn der Gesellschafter bewusst eigene Interessen zum Nachteil der Gesellschaft voranstellt (Ermessens Fehlgebrauch) oder wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bzw. der Maßnahme (*ex ante*) diese erkennbar zur Förderung schlechthin ungeeignet oder gar schädlich ist (Ermessensüberschreitung). Mit der Ablehnung der Sanierungsmaßnahme (sowie dem später beabsichtigten Verbleib in der Gesellschaft ohne Zeichnung der neuen Anteile) stellten die Gesellschafter ihre eigenen Interessen (keine zusätzlichen Sanierungspflichten) bewusst über dasjenige der Gesellschaft. Mithin lag ein Ermessens Fehlgebrauch und damit kein schutzwürdiges Interesse vor.

Dem entgegen steht, wie zuvor erläutert, das Interesse der Gesellschaft an der Fortführung, da die Zerschlagung droht. Es handelt sich hierbei folglich um drohenden Schaden von enormem Gewicht und somit um ein als sehr hoch zu gewichtigem Interesse.

Die Abwägung zwischen einem schutzunwürdigen Interesse auf der einen und einem als hoch zu gewichtigem Interesse auf der anderen Seite schlägt offenkundig zugunsten einer Verhaltenspflicht aus. Hinzu kommt die Tatsache, dass die nicht zahlungswilligen Gesellschafter durch ihr Ausscheiden sogar bessergestellt sind, als im Falle der Liquidation.

Eine Verhaltenspflicht ist somit angemessen und verhältnismäßig. Die Gesellschafter unterlagen bei ihrer Stimmrechtsausübung folglich einer Stimmpflicht. Da sie dieser nicht nachgekommen sind, liegt eine Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht vor.

D. Gesetzlich normierte Ausprägungen der Treuepflicht

Wenn auch vereinzelt, so hat die Treuepflicht doch an verschiedenen Stellen im geschriebenen Recht Einzug gefunden. Zu nennen sind hierbei das Wettbewerbsverbot nach §§ 112, 113 HGB, das Gleichbehandlungsgebot gem. § 53a AktG sowie die Kündigung zur Unzeit nach § 723 Abs. 2 BGB. Aufgrund des auf die jeweilige Gesellschaftsform begrenzten Anwendungsbereichs stellt sich insbesondere die Frage, wie sich die gesetzlich

normierten Fälle der Treuepflicht auf vergleichbare Verstöße in den jeweilig nicht von der Normierung umfassten Gesellschaftsformen auswirkt.

I. Wettbewerbsverbot

Das in §§ 112, 113 HGB normierte Wettbewerbsverbot gilt als Ausfluss der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.³⁸⁸ Nach § 112 Abs. 1 HGB darf ein Gesellschafter ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte tätigen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen. Die als Ausfluss aus der Treuepflicht entstandene Norm soll verhindern, dass die Gesellschafter durch Konkurrenztätigkeiten den Gesellschaftszweck der Gesellschaft gefährden. Insbesondere soll so verhindert werden, dass durch die bestehende Einflussmöglichkeit und den damit einhergehenden Zugriff auf gesellschaftsinterne Informationen diese für den eigenen Zweck missbraucht werden.³⁸⁹ Insofern soll das Eigeninteresse der Gesellschafter mit dem Gesamtinteresse der Gesellschafter bzw. dem Gesellschaftsinteresse in Einklang respektive in Ausgleich gebracht werden. Anknüpfungspunkt für den Tatbestand ist daher nicht erst die entstandene Verletzung, sondern bereits eine allgemeine Gefährdungslage.³⁹⁰ Bei § 112 HGB handelt es sich um dispositives Recht, weshalb durch entsprechende vertragliche Regelung ein anderes vereinbart werden kann.³⁹¹ Stellt eine etwaige gesellschaftsvertragliche Abänderung der gesetzlichen Regelung selbst keinen Treueverstoß dar, wurde diese also wirksam vereinbart, so stellt diese selbst eine Grenze für die Treuepflicht

388 BGH, Urt. v. 16. März 2017 – Az.: IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220, 225 = NJW 2017, 1749 = NZG 2017, 627 = ZIP 2017, 779 = WM 2017, 776; BGH, Urt. v. 5. Dezember 1983 – Az.: II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 166 = NJW 1984, 1351 = ZIP 1984, 446 = GmbHR 1984, 203; OLG Köln, Urt. v. 10. Januar 2008 – Az.: 18 U 1/07, NZG 2009, 306, 307 = GmbHR 2008, 1103 = BeckRS 2008, 2662; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 3; *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 112 Rn. 1; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 112 Rn. 1; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 112 Rn. 1; *Bergmann*, in: E/B/J/S HGB, § 112 Rn. 1; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 112 Rn. 3.

389 *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 112 Rn. 1; *Bergmann*, in: E/B/J/S HGB, § 112 Rn. 2.

390 *Bergmann*, in: E/B/J/S HGB, § 112 Rn. 3; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 112 Rn. 1; *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 112 Rn. 3; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 112 Rn. 1.

391 *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 112 Rn. 38.

dar, weshalb ein Wettbewerbsverstoß auch nicht durch die Hintertür der Treuepflicht festgestellt werden kann.

Das Wettbewerbsverbot der §§ 112, 113 HGB gilt zunächst nur für die OHG bzw. über die Verweisung in § 161 Abs. 2 HGB für die Kommanditgesellschaft, wobei es gem. § 165 HGB auf Kommanditisten keine Anwendung findet. Den Gesellschafter, insbesondere auch den geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH trifft das Wettbewerbsverbot aus §§ 112, 113 HGB grundsätzlich nicht.³⁹² Auch für den Gesellschafter der GbR besteht ein gesetzlich normiertes Wettbewerbsverbot grundsätzlich nicht; eine analoge Anwendung der §§ 112, 113 HGB wird abgelehnt.³⁹³ Gleiches gilt für den Aktionär einer Aktiengesellschaft.³⁹⁴ Gleichwohl kann ein Wettbewerbsverbot selbstredend vertraglich vereinbart werden.³⁹⁵

II. Gleichbehandlungsgebot

Gem. § 53a AktG sind Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Dieses Gleichbehandlungsgebot ist ebenfalls eine Ausprägung der umfassenden Treuepflicht, welche der Aktiengesellschaft gegenüber ihren Aktionären obliegt.³⁹⁶ § 53a AktG gilt nach gesetzlicher Konzeption lediglich für die Organe der Aktiengesellschaft bzw. für die Gesellschaft gegenüber ihren Aktionären. Ein Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre untereinander existiert nicht.³⁹⁷

392 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 224; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13 Rn. 46; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 155.

393 BGH, Urt. v. 4. Dezember 2012 – Az.: II ZR 159/10, NJW-RR 2013, 363, 366 = NZG 2013, 216 = ZIP 2013, 361 = WM 2013, 320; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 242; *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 112 Rn. 4; *Ploß*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, § 24 Rn. 260; für ein analoges Heranziehen für die inhaltliche Ausgestaltung jedoch *Armbrüster*, ZIP 1997, 261, 272; *Rudersdorf*, RNotZ 2011, 509, 513.

394 *Grigoleit*, in: Grigoleit AktG, § 1 Rn. 85.

395 *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13 Rn. 46; *Hoffmann*, in: Michalski GmbHG, § 53 Rn. 136; *Ziemons*, in: Michalski GmbHG, § 43 Rn. 273 f.; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 226; *Wicke*, in: Wicke GmbHG, § 13 Rn. 22a; dies voraussetzend *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 242.

396 OLG Stuttgart, Urt. v. 12. Mai 1999 – Az.: 20 U 62/98, NZG 2000, 159, 161 f. = AG 2000, 229 = BeckRS 9998, 42463; *Götze*, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 4; *Schaal*, in: Diehl VersUnternehmensR, § 4 Rn. 58; *Laubert*, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 3; ausführlich *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 7 f.

397 Ganz h. M., statt aller nur *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit AktG, 53a Rn. 9.

Das Gleichbehandlungsgebot schützt die Aktionäre vor willkürlicher Benachteiligung und soll eine Regel umsetzen, auf welche sich die Aktionäre regelmäßig ohnehin einigen würden.³⁹⁸ Mit ihm soll die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft sichergestellt werden und Verwaltung wie auch Aktionärsmehrheit an den Gesellschaftszweck binden.³⁹⁹ Die Norm soll den Aktionären kein selbstständiges subjektives Recht und auch kein sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB verschaffen, sondern vielmehr den Maßstab darstellen, nach welchem insbesondere Art und Weise, wie Rechten, Ansprüchen und auch der Inanspruchnahme von Pflichten der Aktionäre entsprochen wird.⁴⁰⁰ Der Aktionär soll sich gegenüber der Aktiengesellschaft auf das Gleichbehandlungsgebot berufen können.

Eine vergleichbare Vorschrift für die GmbH existiert nicht. Teilweise wird vertreten, dass den §§ 14, 19 Abs. 1, 24, 26 Abs. 2 und 3, 29 Abs. 3, 47 Abs. 2, 72 GmbH ein entsprechendes Gleichbehandlungsgebot entnommen werden könne.⁴⁰¹ Verkannt wird dabei jedoch, dass die genannten Vorschriften hauptsächlich lediglich einen dispositiven Maßstab der verhältnismäßigen Beteiligung der Gesellschafter an bestimmten allgemeinen Mitgliedschaftsrechten und -pflichten enthalten – ein Gleichbehandlungsgebot wird hierdurch jedoch nicht begründet.⁴⁰² Auch für die Personengesellschaften existiert eine entsprechende Vorschrift nicht.

III. Kündigung zur Unzeit

§ 723 Abs. 2 BGB enthält ein Verbot der Kündigung zur Unzeit, sofern kein wichtiger Grund zu einer solchen vorliegt. Das schadensersatzbewehrte Verbot stellt eine gesetzliche Sanktionierung für einen typischen Treuepflichtverstoß dar, welcher durch die Möglichkeit der jederzeitigen fristlosen Kündigung nach § 723 Abs. 1 S. 1 BGB besonders nahe liegt.⁴⁰³ Von dem Verbot der Kündigung zur Unzeit ist sowohl die ordentliche als auch

398 *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 1 f.

399 *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit AktG, § 53a Rn. 4 f.

400 *Götze*, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 5; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 21; *Laubert*, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 4; *Lange*, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a Rn. 3; *Ploß*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, § 24 Rn. 838; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 14.

401 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 31; *Raiser*, in: GroßKomm GmbHG, § 14 Rn. 114.

402 *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 52.

403 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 723 Rn. 53.

die außerordentliche Kündigung umfasst. Eine Kündigung zur Unzeit erfasst eine Kündigung in jenem Zeitraum, in dem die gemeinsamen Interessen der Gesellschafter verletzt oder Mitgesellschafter geschädigt werden, bei einer Kündigung zu einem anderen Zeitpunkt aber nicht eingetreten wären. Im Falle einer Kündigung zur Unzeit muss besonders geprüft werden, ob ein wichtiger Grund gerade für die unzeitige Kündigung vorliegt. Es hat also eine Interessenabwägung unter der Fragestellung stattzufinden, ob das Interesse des Kündigenden an einer sofortigen Lösung aus der Gesellschaft die entstehenden Nachteile überwiegt.⁴⁰⁴

§ 723 Abs. 2 BGB findet auch auf die übrigen Personengesellschaften Anwendung.⁴⁰⁵ Aufgrund der strukturellen Unterschiede gibt es bei den Kapitalgesellschaften eine entsprechende Regelung nicht.

IV. Behandlung von „vergleichbaren Anwendungsfällen“

Im Falle der gesetzlich normierten Ausflüsse der Treuepflicht wird eine Verhaltenspflicht unmittelbar begründet, sobald der entsprechende Tatbestand erfüllt ist. Einer Verhältnismäßigkeitsprüfung wie für sonstige Verhaltenspflichten aus Treuepflicht bedarf es aufgrund der gesetzlich normierten Pflicht nicht.

Anders liegt es jedoch bei den „vergleichbaren Anwendungsfällen“ der Treuepflicht, welche es folglich hiervon abzugrenzen gilt.⁴⁰⁶ Bei den vergleichbaren Anwendungsfällen der Treuepflicht handelt es sich um die dem gesetzlichen Tatbestand entsprechenden Konstellationen bei den Gesellschaftsformen, für welche die gesetzlich normierten Fälle keine Anwendung finden. So etwa mit Blick auf das Wettbewerbsverbot nach §§ 112, 113 HGB, das für die OHG und Kommanditgesellschaft gilt, oder das Gleichbehandlungsgebot nach § 53a AktG, welches für die Aktiengesellschaft normiert wurde.

Ein solcher vergleichbarer Anwendungsfall liegt also beispielsweise bezüglich des Wettbewerbsverbots bei der GbR vor. Aber auch für die GmbH und Aktiengesellschaft besteht nach gesetzlicher Konzeption

404 BGH, Urt. v. 8. Juli 1976 – Az.: II ZR 34/75, BeckRS 1976, 00350 = DB 1977, 87; *Lübke*, in: BeckOGK BGB, § 723 Rn. 90.

405 *Ploß*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, § 24 Rn. 234; *Kamanabrou*, in: Oetker HGB, § 132 Rn. 12; zur GmbH & Co. KG *Binz/Sorg*, in: *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, § 6 Rn. 62.

406 So z.B. *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 52.

grundsätzlich kein Wettbewerbsverbot. Deutlich wird der Grund hierfür mit Blick auf die Aktiengesellschaft. Hier besteht gem. § 88 AktG ein Wettbewerbsverbot für Mitglieder des Vorstandes, nicht jedoch für die Aktionäre. Ähnlich wie den Kommanditisten kommt den Aktionären, anders als den Gesellschaftern einer OHG oder Komplementären, keine – jedenfalls keine unmittelbare – Möglichkeit zu, die Geschäfte zu führen. Demzufolge kann es zu keinem Interessenkonflikt geraten, vor welchem das Wettbewerbsverbot schützen soll. Stellt nun die Möglichkeit der Geschäftsführung das entscheidende Kriterium dar, wird deutlich, weshalb auch für den Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich kein Wettbewerbsverbot gilt.

Kommt einem Gesellschafter entgegen der gesetzlichen Konzeption faktisch doch eine Stellung zu, durch welche er relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann, etwa aufgrund einer Weisungsmöglichkeit als Mehrheitsgesellschafter, oder kommen ihm Sonderinformationen zu, so liegt eine mit §§ 112, 113 HGB vergleichbare Situation vor, wodurch ein Wettbewerbsverbot auch ihm qua Treuepflicht aufzuerlegen sein soll.⁴⁰⁷ Ein Wettbewerbsverbot soll dabei nicht nur für den oder die geschäftsführenden, sondern auch für alle anderen Gesellschafter in Betracht kommen.

Auch das Gleichbehandlungsgebot gem. § 53a AktG gilt, wie dargestellt, grundsätzlich nur für die Aktiengesellschaft. Zwar gibt es keine § 53a AktG entsprechende Norm für die GmbH, jedoch soll aus der Treuepflicht ebenfalls ein Gebot der Gleichbehandlung folgen.⁴⁰⁸ Die Ratio hinter dem Gleichbehandlungsgebot nach § 53a AktG, wonach die Aktionäre vor

407 BGH, Urt. v. 5. Dezember 1983 – Az.: II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 166 = NJW 1984, 1351 = ZIP 1984, 446 = GmbHR 1984, 203; OLG Karlsruhe, Urt. v. 6. November 1998 – Az.: 15 U 179/97, GmbHR 1999, 539 = BeckRS 1998, 12530; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 215 ff.; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13 Rn. 50; *Wicke*, in: Wicke GmbHG, § 13 Rn. 22; *Weitnauer/Grob*, GWR 2014, 185, 186.

408 OLG Brandenburg, Urt. v. 31. März 2009 – Az.: 6 U 4/08, BeckRS 2009, 10127 = ZIP 2009, 1955 (m. Anm.) = DB 2009, 1342; OLG Stuttgart, Urt. v. 12. Mai 1999 – Az.: 20 U 62/98, NZG 2000, 159, 161 = AG 2000, 229 = BeckRS 9998, 42463; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 52; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 133; *Verse*, in: Henssler/Strohn GesR, § 14 Rn. 73; für die OHG *Lieder*, in: Oetker HGB, § 109 Rn. 33; a. A. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 31, nach welchem kein unmittelbarer Zusammenhang zur Treuepflicht und deren Voraussetzungen bestehen soll, sondern das Gleichbehandlungsgebot ein allgemeiner Rechtsgrundsatz für privatrechtliche Personenzusammenschlüsse sei.

willkürlicher Benachteiligung geschützt werden sollen und womit eine Regel umgesetzt werden soll, auf welche sich die Aktionäre regelmäßig ohnehin einigen würden,⁴⁰⁹ kann so auch auf andere Gesellschaftsformen angewandt werden. Auch die Gesellschafter einer Personengesellschaft haben ein Interesse an Gleichbehandlung durch die Gesellschaft.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch im Hinblick auf ein etwaiges Gleichbehandlungsgebot in horizontaler Hinsicht gelten kann. Diskutiert wurde ein Gleichbehandlungsgebot insbesondere für den Mehrheitsgesellschafter, wenn dieser einzelne Mitgesellschafter, etwa durch Kauf ihrer Gesellschaftsanteile zu besonders günstigen Konditionen, bevorzugt.⁴¹⁰ Zwar mag dies unter Umständen eine Treuepflichtverletzung darstellen, insbesondere für den Fall, dass der Kauf der Gesellschaftsanteile gegenüber einem anfechtenden Gesellschafter geschieht, um damit die aufschiebende Wirkung der Anfechtung zu beseitigen.⁴¹¹ Allerdings ist hier kein vergleichbarer Anwendungsfall der Treuepflicht gegeben. Anders als die benannten Fälle des Wettbewerbsverbots bzw. der Gleichbehandlung der Gesellschafter seitens der Gesellschaft fehlt es hier an den vergleichbaren Verhältnissen zur gesetzlichen Regelung. Ein vergleichbarer Anwendungsfall kommt folglich lediglich in vertikaler Hinsicht in Betracht.

Liegt nun ein vergleichbarer Sachverhalt in einer anderen Gesellschaftsform vor, stellt sich die Frage, wie mit solchen vergleichbaren Anwendungsfällen umzugehen ist. Mangels gesetzlicher Regelungen gilt grundsätzlich selbiges wie bei allen anderen Verhalten im Rahmen der gesellschaftlichen Tätigkeit, womit es auch hier zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kommen würde. Liegt jedoch ein Sachverhalt vor, der den Tatbestand des Wettbewerbsverbots nach §§ 112, 113 HGB oder des Gleichbehandlungsgebots nach § 53a AktG unter vergleichbaren Verhältnissen erfüllt, sollte die gesetzgeberische Wertung berücksichtigt werden. Zwar würde eine analoge Anwendung zu weit führen, eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung scheint in solchen Fällen jedoch ebenfalls verzichtbar zu sein. Nach sorgfältiger Prüfung, ob die gesetzgeberischen Wertungen auf den vorliegenden Fall übertragbar sind, mithin ein vergleichbarer Anwendungsfall vorliegt, sollte daher eine entsprechende Verhaltenspflicht widerleglich vermutet werden. Die Vermutung kann dergestalt widerlegt werden, dass der vermeintlich gegen die Treuepflicht Verstoßen- de anhand der ausführlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung darlegt, dass

409 Cahn/v. Spannenberg, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 1.

410 Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 71.

411 Timm, WM 1991, 481, 491.

trotz Erfüllung des Tatbestands das jeweilige entgegenstehende Interesse nicht dergestalt überwiegt, dass es eine Unterlassungspflicht rechtfertigen würde. Aufgrund der Vermutungswirkung dürfte dies jedoch regelmäßig schwierig ausfallen.

- Speziell: Geschäftschancenlehre

Besonderer Beachtung bedarf zuletzt die Geschäftschancenlehre. Die Geschäftschancenlehre tritt nach h. M. selbstständig neben das jedenfalls für die OHG und KG in §§ 112, 113 HGB normierte Wettbewerbsverbot.⁴¹² Zwar handelt es sich um keine gesetzlich normierte Ausprägung der Treuepflicht, jedoch kommt ihr als zentraler Anwendungsfall der Treuepflicht⁴¹³ und der bereits erheblich erfolgten Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur, insbesondere der Herausarbeitung konkreter Tatbestandsmerkmale, eine besondere Stellung zu und ist durchaus mit den „vergleichbaren Anwendungsfällen“ vergleichbar. Dass es sich bei der Geschäftschancenlehre um einen Anwendungsfall der Treuepflicht handelt, ergibt sich schon daraus, dass durch das Nichtanbieten einer Geschäftschance oder gar in Wettbewerb treten des Gesellschafters ein Gesellschafter seine Förder- oder Rücksichtnahmepflicht verletzt. Dies ergibt sich daraus, dass der Gesellschaftszweck mit weniger Konkurrenz naturgemäß besser verfolgt werden kann bzw. es der Gesellschaft zuträglich ist, sich die Kenntnis der Gesellschafter nutzbar zu machen.⁴¹⁴ Außerdem wird regelmäßig durch den entgangenen Gewinn oder den zu entgehen drohenden Gewinn ein Schaden gegeben sein. Als besondere Ausgestaltung der Treuepflicht besagt die Geschäftschancenlehre daher, dass der Geschäftsführer einer Gesellschaft Geschäftschancen nicht auf eigene Rechnung zum Schaden der Gesellschaft nutzen darf.⁴¹⁵ Ohne ausdrückliche Erlaubnis dürfen

412 BGH, Urt. v. 4. Dezember 2012 – Az.: II ZR 159/10, NZG 2013, 216, 217 = ZIP 2013, 361 = WM 2013, 320; OLG Köln, Urt. v. 10. Januar 2008 – Az.: 18 U 1/07, NZG 2009, 306, 308 = DStR 2008, 934 = GmbHR 2008, 1103; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 22; *ders.*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 214f.; *Häublein*, in: BeckOK HGB, § 165 Rn. 25; *Fleischer*, NZG 2013, 361, 363.

413 *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 21.

414 *Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 91.

415 BGH, Urt. v. 16. März 2017 – Az.: IX ZR 253/15, NZG 2017, 627, 629 = NJW 2017, 1749 = ZIP 2017, 779 = WM 2017, 776; BGH, Urt. v. 4. Dezember 2012 – Az.: II ZR 159/10, NZG 2013, 216, 218 = ZIP 2013, 361 = WM 2013, 320; BGH, Urt. v. 11. Oktober 1976 – Az.: II ZR 104/75, DB 1977, 158 = GmbHR

keine Geschäfte im Geschäftszweig der Gesellschaft auf eigene Rechnung getätigt werden oder getätigt werden lassen. Auch der Vollzug bereits von der Gesellschaft abgeschlossener Verträge darf durch Abwicklung auf eigene Rechnung oder in sonstiger Weise nicht beeinträchtigt oder vereitelt werden.⁴¹⁶ Aber auch ein nicht geschäftsführender Gesellschafter soll aus der Treuepflicht folgend, selbst wenn er keinem Wettbewerbsverbot unterliegt, vom Verbot, bestehende Geschäftschancen der Gesellschaft auf eigene Rechnung zu nutzen, umfasst sein.⁴¹⁷ Das gilt als verbandsübergreifendes Prinzip sowohl für den Gesellschafter einer GbR, soweit diese eine Erwerbsgesellschaft oder unternehmenstragende Gesellschaft darstellt oder gewerblich tätig ist,⁴¹⁸ als auch beispielsweise für den Kommanditisten.⁴¹⁹

Entscheidend ist dabei stets, dass die Geschäfte in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallen und dieser aufgrund bestimmter konkreter Umstände bereits zugeordnet sind.⁴²⁰ Für die Abgrenzung der Frage, wann ein Geschäft der Gesellschaft in diesem Sinne zugeordnet ist, dass ein An-sich-ziehen treuwidrig wäre, soll anhand des konkreten Einzelfalls zu bestimmen sein.⁴²¹ Eine Geschäftschance wurde etwa dann angenommen, wenn die Gesellschaft einen Vertrag bereits geschlossen oder soweit vorbe-

1977, 61 = WM 1977, 194; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 21; *Häublein*, in: BeckOK HGB, § 165 Rn. 25; *Römermann/Jähne*, in: Römermann, Münchener AnwaltsHdb, GmbH, § 12 Rn. 81.

416 BGH, Urt. v. 4. Dezember 2012 – Az.: II ZR 159/10, NZG 2013, 216, 217 = ZIP 2013, 361 = WM 2013, 320.

417 BGH, Urt. v. 8. Mai 1989 – Az.: II ZR 229/88, NJW 1989, 2687 = ZIP 1989, 986 = WM 1989, 1216 = GmbHR 1989, 460; *Häublein*, in: BeckOK HGB, § 165 Rn. 25; *Römermann/Jähne*, in: Römermann, Münchener AnwaltsHdb, GmbH, § 12 Rn. 81; jedoch nur bei Organ- oder vergleichbarer Stellung, welche die Geschäftsführung beherrscht oder maßgeblich beeinflusst hat OLG Karlsruhe, Urt. v. 10. Januar 2006 – Az.: 8 U 27/05, ZIP 2006, 1100 = DStR 2006, 459 = GmbHR 2006, 883; so auch *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 25.

418 *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 21 m. w. N.

419 BGH, Urt. v. 8. Mai 1989 – Az.: II ZR 229/88, NJW 1989, 2687 = ZIP 1989, 986 = WM 1989, 1216 = GmbHR 1989, 460; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 112 Rn. 33; *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 112 Rn. 16; nur bei beherrschender Stellung, mit Einflussnahme auf die Geschäftsführung OLG Karlsruhe, Urt. v. 10. Januar 2006 – Az.: 8 U 27/05, ZIP 2006, 1100 = DStR 2006, 459 = GmbHR 2006, 883; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 25.

420 BGH, Urt. v. 8. Mai 1989 – Az.: II ZR 229/88, NJW 1989, 2687 = ZIP 1989, 986 = WM 1989, 1216 = GmbHR 1989, 460; OLG Stuttgart, Beschl. v. 21. März 2019 – Az.: 14 U 26/16, ZIP 2019, 1425, 1428 f. = GmbHR 2019, 779 = EWiR 2019, 493 (m. Anm.).

421 BGH, Urt. v. 4. Dezember 2012 – Az.: II ZR 159/10, NZG 2013, 216, 217 = ZIP 2013, 361 = WM 2013, 320.

reitet hat, dass der Vertragsschluss reine Formsache sei,⁴²² oder aber die Gesellschaft zuerst mit dem Geschäft in Berührung gekommen ist und der Geschäftsführer seitens der Gesellschaft in Vertragsverhandlungen über ein bestimmtes Geschäft getreten ist.⁴²³ Für ein treuwidriges An-sich-ziehen spricht auch, wenn die Geschäftschance dem Betroffenen aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter angetragen worden ist oder er über seine Stellung als Gesellschafter von der Geschäftschance erfährt und weiß, dass diese von der Gesellschaft genutzt werden soll.⁴²⁴

Sind die Voraussetzungen gegeben, so erscheint auch hier aufgrund der entwickelten und etablierten Tatbestandsmerkmale eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Klärung der Frage, ob eine Verhaltenspflicht gegeben ist, redundant. Ähnlich wie bei den sog. vergleichbaren Anwendungsfällen sollte auch hier vielmehr von einer widerleglichen Vermutung einer Treuepflichtverletzung ausgegangen werden. Schon keine Geschäftschance bzw. keine Tatbestandsverwirklichung liegt vor, wenn diese zwar nach dem weiten formalen Gesellschaftszweck, nicht jedoch nach der konkreten Betätigung in den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft fällt, die Wahrnehmung für die Gesellschaft von vornherein ausgeschlossen ist oder die Gesellschafterversammlung treugemäß beschließt, die Chance nicht wahrzunehmen.⁴²⁵ Ist der Tatbestand jedoch erfüllt, kann die dann entstandene Vermutung des Treuepflichtverstosses dadurch widerlegt werden, dass der vermeintlich gegen die Treuepflicht Verstößende anhand der ausführlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung darlegt, dass trotz Erfüllung des Tatbestands das jeweils entgegenstehende Interesse nicht dergestalt überwiegt, dass es eine Unterlassungspflicht rechtfertigen würde. Aufgrund der Vermutungswirkung wird dies jedoch ebenfalls regelmäßig selten erfolgreich sein.

422 BGH, Urt. v. 16. März 2017 – Az.: IX ZR 253/15, BGHZ 214, 220 = NJW 2017, 1749 = NZG 2017, 627 = ZIP 2017, 779 = WM 2017, 776.

423 BGH, Urt. v. 4. Dezember 2012 – Az.: II ZR 159/10, NZG 2013, 216, 217 = ZIP 2013, 361 = WM 2013, 320.

424 OLG Stuttgart, Beschl. v. 21. März 2019 – Az.: 14 U 26/16, ZIP 2019, 1425, 1429 = GmbHR 2019, 779 = EWiR 2019, 493 (m. Anm.).

425 *Lieder*, in: Oetker HGB, § 112 Rn. 24; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 281; *Steck*, GmbHR 2005, 1157, 116.

E. Fazit

Kann eine Eröffnung des Anwendungsbereichs der Treuepflicht durch das Vorliegen einer Beeinträchtigung oder Verletzung der Förder- bzw. Rücksichtnahmepflicht, insbesondere durch einen (drohenden) Schaden bejaht werden, muss begrenzt durch Gesetz und Gesellschaftsvertrag im Rahmen der konkreten Treuepflicht überprüft werden, ob sich die Treuepflicht zu einer Verhaltenspflicht in Form einer Handlungs- oder Unterlassungspflicht verdichtet. Hierbei ist ausgehend von der jeweils in Frage stehenden Rechtsausübung zu unterscheiden, wem gegenüber ein Schaden zu entstehen droht oder entstanden ist. Eine Einschränkung der Rechtsausübung durch eine Verhaltenspflicht ist erst dann gerechtfertigt, wenn es nach sorgfältiger Interessenabwägung zu einem überwiegenden Interesse der beeinträchtigten oder geschädigten Partei kommt. Diese Interessenabwägung erfolgt dabei im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Gelangt man mit der so durchgeführten Interessenabwägung zum Ergebnis, dass die geprüfte Handlungs- oder Unterlassungspflicht verhältnismäßig ist, besteht folglich eine Verhaltenspflicht, deren Nichtbeachtung einen Verstoß gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht darstellt.

Es existieren vereinzelte Kodifizierungen der Treuepflicht. Hierbei gilt es selbstredend, den jeweiligen Tatbestand zu beachten. Ist ein sog. vergleichbarer Anwendungsfall gegeben, also eine Fallkonstellation in einer anderen Gesellschaftsform, die jedoch der gesetzlichen Konzeption gleicht, so ist eine Treuwidrigkeit widerlegbar zu vermuten.

Wird eine so festgestellte Verhaltenspflicht nicht befolgt bzw. dieser zuwidergehandelt, so liegt ein Treuepflichtverstoß vor.