

Kapitel 5: Rechtsfolgen

Kommt es zu einer Verletzung geltenden Rechts, stellt sich immer die Frage nach der Rechtsfolge. Nachdem ein Verstoß gegen die Treuepflicht festgestellt wurde, gilt es daher ebenfalls, die richtige Rechtsfolge zu finden. Unter einer Rechtsfolge versteht man grundsätzlich eine Folge, die durch Rechtssätze an das Vorliegen mehr oder weniger bestimmter Voraussetzungen geknüpft ist.⁴²⁶ Ziel der Rechtsfolgen muss es dabei sein, die Treuepflicht bzw. die entsprechende Verhaltenspflicht zum Zweck des Interessenausgleichs durchzusetzen. Denkbar und notwendig sind allgemein gesprochen hierbei zwei Ansätze. Einmal gilt es, der Treuepflicht sowohl als Institut als auch in der konkreten Situation ein entsprechendes Gewicht zu verleihen. Damit eine Beachtung derselben sichergestellt wird und es sich nicht lediglich um einen „zahnlosen Tiger“ handelt, bedarf es verschiedener Sanktionen im Falle einer Nichtbeachtung. Als Sanktion ist vornehmlich an Schadensersatzansprüche sowie der Einziehung der Gesellschaftsanteile, Ausschluss aus oder gar Auflösung der Gesellschaft zu denken. Als zweiter Ansatz stellt sich jedoch auch die Frage, inwiefern die Treuepflicht auf Primärebene durchgesetzt werden kann. Lassen sich diese Pflichten klagweise durchsetzen, oder bedarf es erst eines erfolgten Verstoßes gegen die Treuepflicht bzw. eines konkreten Schadens? Zur Durchsetzung kämen indes insbesondere die Möglichkeiten in Betracht, das Verletzungsverhalten als unbeachtlich zu erklären oder aber die Erfüllung zu erzwingen.⁴²⁷

A. Gesetzlich normierte Ausprägungen der Treuepflicht

Vorweg gebietet sich als Ausgangspunkt ein Blick auf die Rechtsfolgen der bereits mit Blick auf die Treuepflichtverletzung erörterten, gesetzlich normierten Ausprägungen der Treuepflicht.

426 Lübbe-Wolf, Rechtsfolgen und Realfolgen, S. 25.

427 So auch Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 183 ff.

I. Wettbewerbsverbot

Verstößt ein Gesellschafter einer OHG oder KG gegen das in §§ 112, 113 HGB normierte Wettbewerbsverbot, richten sich die Rechtsfolgen nach § 113 HGB. Hiernach kann die Gesellschaft Schadensersatz fordern oder stattdessen ein Eintrittsrecht geltend machen. Der Gesellschaft steht dabei ein Wahlrecht zu, ob sie Schadensersatz oder aber Gewinnabschöpfung durch das Eintrittsrecht verlangt.⁴²⁸ Das Eintrittsrecht führt entgegen der irreführenden Bezeichnung nicht dazu, dass die Gesellschaft Geschäftspartner des Dritten wird, sondern begründet einen Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns.⁴²⁹ So kann die Gesellschaft die wirtschaftlichen Vorteile des Konkurrenzgeschäfts ohne Schadensnachweis an sich ziehen.⁴³⁰ Sowohl der Schadensersatz als auch das Eintrittsrecht, das an die Stelle des Schadensersatzes tritt, setzen ein schuldhaftes Verhalten voraus.⁴³¹ Das Eintrittsrecht entfaltet dabei keine Außenwirkung und wirkt sich insbesondere nicht auf die Vertragspartnerstellung gegenüber dem Dritten aus. Es bewirkt dabei nur, dass im Innenverhältnis die Vorteile abgeschöpft werden können, allerdings auch wirtschaftliche Nachteile in Kauf genommen werden müssen.⁴³² Darüber hinaus kann im Falle des Verstoßes, klargestellt durch § 113 Abs. 4 HGB, auch die Möglichkeit der Ausschließungs- (§ 140 HGB) oder Entziehungsklage (§§ 117, 127 HGB) bestehen.

Gesetzlich normiert wurden also lediglich Sekundäransprüche, wie der Schadensersatz oder der Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns. Unabhängig von den Rechtsfolgen des § 113 HGB soll jedoch auch ein Unterlassungsanspruch analog § 1004 BGB gegen den Gesellschafter bestehen,

428 Vgl. statt aller *Lieder*, in: Oetker HGB, § 113 Rn. 5.

429 BGH, Urt. v. 5. Dezember 1983 – Az.: II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 166 = NJW 1984, 1351 = ZIP 1984, 446 = GmbHR 1984, 203; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 113 Rn. 10; *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 113 Rn. 7; *Bergmann*, in: E/B/J/S HGB, § 113 Rn. 10.

430 BGH, Urt. v. 6. Dezember 1962 – Az.: KZR 4/62, BGHZ 38, 306, 309 = NJW 1963, 646 = WM 1963, 245 = DB 1963, 337; *Doehner/Hoffmann*, in: MünchHdb GesR II, § 16 Rn. 33; *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 113 Rn. 7; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 113 Rn. 1.

431 *Doehner/Hoffmann*, in: MünchHdb GesR II, § 16 Rn. 34; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 113 Rn. 1; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 113 Rn. 11; *Bergmann*, in: E/B/J/S HGB, § 113 Rn. 11.

432 *Doehner/Hoffmann*, in: MünchHdb GesR II, § 16 Rn. 35.

dahingehend, dass dieser Zuwiderhandlungen in Zukunft unterlässt.⁴³³ Dem Wettbewerbsverbot kommt der Charakter eines Gefährdungstatbestands zu.⁴³⁴ Ein solcher Unterlassungsanspruch soll daher schon vor der ersten Verletzungshandlung geltend gemacht werden können, wenn ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot ernstlich droht.⁴³⁵ Voraussetzung ist dabei eine Begehungs- oder Wiederholungsgefahr. Davon ist dann auszugehen, wenn eine erste Verletzungshandlung ernsthaft und greifbar zu befürchten ist.⁴³⁶

II. Gleichbehandlungsgebot

Anders als beim Wettbewerbsverbot aus §§ 112, 113 HGB finden die Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot keinerlei gesetzliche Normierung. Im Falle eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot kommt es zu verschiedenen von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsfolgen. Diese werden zumeist in Verstöße durch Beschlüsse und andere Handlungen unterteilt.⁴³⁷

433 BGH, Urt. v. 21. Februar 1978 – Az.: KZR 6/77, BGHZ 70, 331 = NJW 1978, 1001 = DB 1978, 833 = GmbHR 1978, 107; BGH, Urt. v. 22. Juni 1972 – Az.: II ZR 67/70, BeckRS 1972, 31123064 = WPM 1972, 1229; *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 113 Rn. 11; *Bergmann*, in: E/B/J/S HGB, § 113 Rn. 20; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 113 Rn. 30; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 113 Rn. 16.

434 *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.

435 *Finckh*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB, § 112 Rn. 2; zu Unterlassungsklagen allgemein BGH, Urt. v. 19. Juni 1951 – Az.: I ZR 77/50, BGHZ 2, 394, 396 = NJW 1951, 843 = BB 1951, 684; für die GmbH *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 291; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 252.

436 BGH, Urt. v. 19. Juni 1951 – Az.: I ZR 77/50, BGHZ 2, 394, 396 = NJW 1951, 843 = BB 1951, 684; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 252.

437 So etwa bei *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 32 ff.; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 109 ff.; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 39 ff.; *Janssen*, in: Heidel AktienR und KapitalmarktR, § 53a Rn. 17 ff; *Lange*, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a Rn. 11.

1. Beschlüsse

Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot durch einen Hauptversammlungsbeschluss macht diesen regelmäßig nicht nichtig oder schwebend unwirksam, sondern nach § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar.⁴³⁸ Ein Gleichbehandlungsverstoß führt nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Dies beispielsweise dann, wenn hierdurch zugleich die Sittenwidrigkeit des Beschlusses begründet wird, dieser zugleich gläubigerschützende Vorschriften verletzt oder er das „Wesen“ i. S. d. § 241 Nr. 3 AktG der AG verletzt, wie etwa bei einem Beschluss darüber, das Gleichbehandlungsgebot allgemein außer Kraft zu setzen.⁴³⁹ Die grundsätzliche Anfechtbarkeit ergibt sich schon deshalb, da die Rechtswidrigkeit eines vom Gleichbehandlungsgebot abweichenden Beschlusses durch Zustimmung des nachteilig Betroffenen beseitigt werden kann. Ebenfalls für eine ledigliche Anfechtbarkeit spricht § 243 Abs. 2 AktG.⁴⁴⁰

Anderes gilt im Hinblick auf Aufsichtsratsbeschlüsse. Da Beschlüsse des Aufsichtsrats, deren Inhalt gegen Gesetz oder Satzung verstoßen, grundsätzlich zur Nichtigkeit führen, gilt das auch im Hinblick auf Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot.⁴⁴¹

2. Handlungen der AG

Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot durch die AG, also in aller Regel durch den Vorstand, sind vielgestaltig denkbar. Entsprechendes muss somit für die Rechtsfolgen gelten. *Hopt/Wiedemann* führen dazu aus:

„Die Antwort kann nicht einheitlich ausfallen, sondern muss sich unter Berücksichtigung des Einzelfalles daran ausrichten, welchen Inhalt die den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzende Anordnung hat und

438 Ganz h. M. statt aller *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 12.

439 *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 34; *Götze*, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 30; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit AktG, § 53a Rn. 12; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 18; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 113; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 39.

440 *Götze*, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 29; ausführlich *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 110.

441 BGH, Urt. v. 17. Mai 1993 – Az.: II ZR 89/92, BGHZ 122, 342, 351 = NJW 1993, 2307 = ZIP 1993, 1079 = WM 1993, 1330; BGH, Urt. v. 21. April 1997 – Az.: II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 247 = NJW 1997, 1926 = ZIP 1997, 883 (m. Anm.) = WM 1997, 970; *Götze*, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 31.

wie der Schutzgedanke des § 53a interessengerecht durchgesetzt werden kann.⁴⁴²

Zunächst können Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot die Unwirksamkeit der betreffenden Rechtshandlung zur Folge, zumindest jedoch Auswirkungen auf die Rechtswirksamkeit haben. Liegen etwa bei mehreren Gesellschaftern die Voraussetzungen einer Kaduzierung vor, so führt ein Verstoß gegen § 53a AktG durch ein sachlich nicht gerechtfertigtes ungleiches Vorgehen gegen Einzelne zu einer Unwirksamkeit des Ausschlusses der betroffenen Aktionäre.⁴⁴³

Darüber hinaus können sie auch die Pflicht der Verwaltung begründen, durch erneutes Handeln nachträglich für gleiche Verhältnisse zu sorgen, bzw. ein Recht der Aktionäre, von der Gesellschaft ein Verhalten zu verlangen, auf welches eigentlich kein Anspruch bestünde. Erteilt die Gesellschaft beispielsweise einzelnen Aktionären ihre Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien, so ist sie verpflichtet, unter vergleichbaren Umständen auch gegenüber anderen veräußerungswilligen Aktionären eine Zustimmung zu erteilen.⁴⁴⁴ Dieser Anspruch auf aktive Gleichbehandlung unterliegt jedoch Einschränkungen. Neben der Grenze des tatsächlich Möglichen besteht ein Anspruch auf „Gleichbehandlung im Unrecht“ ebenfalls nicht, wenn dies eine erneute Pflichtverletzung des Vorstands zur Folge hätte.⁴⁴⁵

3. Schadensersatzansprüche

Bezüglich der (Un-)Gleichbehandlung von Aktionären ist die Frage nach Schadensersatzansprüchen umstritten.⁴⁴⁶ Wird teilweise ein Schadenser-

442 Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 115.

443 Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 119; Götze, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 32.

444 Cabn/v. Spannenberg, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 34; Götze, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 33; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 12; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 123 f.; Rieckers, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 18.

445 BGH, Hinweisbeschluss v. 22. Oktober 2007 – Az.: II ZR 184/06, NZG 2008, 149 = ZIP 2008, 218 (M. Anm.) = WM 2008, 253; Fleischer, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 40; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 129 f.; Cabn/v. Spannenberg, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 37; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 12.; Rieckers, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 18.

446 Vgl. Götze, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 37.

satzanspruch befürwortet,⁴⁴⁷ wird er anderorts weitgehend bis vollständig abgelehnt.⁴⁴⁸

a. §§ 280 ff. BGB

Schadensersatzansprüche aus §§ 280 ff. BGB sollen hinsichtlich einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nach § 53a AktG dann in Betracht kommen, wenn die Gesellschaft zur aktiven Gleichbehandlung verpflichtet ist und dem nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt.⁴⁴⁹ Von Bedeutung wäre dies beispielsweise in dem Fall, dass die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien gem. § 68 Abs. 2 S. 1 AktG unter Verstoß gegen § 53a AktG verweigert wird und sich hierdurch die Verkaufschance endgültig zerschlägt oder eine Veräußerung nur noch zu einem geringeren Preis möglich ist.⁴⁵⁰

b. Deliktische Ansprüche

Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB kommt als Anspruchsgrundlage jedenfalls schon deshalb nicht in Betracht, weil § 53a AktG den Aktionären kein selbstständiges subjektives Recht gewährt.⁴⁵¹ Diskutiert wird jedoch ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB. Voraussetzung hierfür wäre jedoch, dass es sich bei § 53a AktG um ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB handelt.

In großen Teilen der Literatur wird dies verneint.⁴⁵² So verleihe § 53a AktG schließlich kein subjektives Recht, weshalb es auch nicht als Schutz-

447 Götze, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 39; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 152 ff.; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit AktG, § 53a Rn. 25.

448 Lutter/Drygala, in: KK-AktG, § 71 Rn. 30; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 12, der jedenfalls einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB ablehnt; ebenso Lange, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a Rn. 11; Laubert, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 12.

449 Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 46.

450 Götze, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 38 f.

451 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.

452 So etwa Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit AktG, § 53a Rn. 25; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 12; Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 46; Hopt/Wiedemann, in:

gesetz zu qualifizieren sei.⁴⁵³ Teilweise wird der Schutzgesetzcharakter von § 53a AktG dennoch bejaht. So stehe die Tatsache, dass § 53a AktG kein subjektives Recht verleihe, dem Schutzgesetzcharakter gerade nicht entgegen.⁴⁵⁴ Mit Aufnahme der Norm in das Gesetz stelle das Gleichbehandlungsgebot nicht mehr nur einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar, sondern müsse als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert werden. Von der Rechtsprechung wurde die Frage, ob es sich um ein Schutzgesetz handle, bisher offengelassen.⁴⁵⁵

Bezüglich des ähnlich lautenden § 3 Abs. 1 WpÜG, wonach Inhaber von Wertpapieren der Zielgesellschaft, die derselben Gattung angehören, gleich behandelt werden müssen, wird eine Einordnung als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB, häufig unter Verweis auf § 53a AktG, abgelehnt.⁴⁵⁶ Dies scheide aus, da es sich bei § 3 Abs. 1 WpÜG um allgemeine (unbestimmte) Grundsätze handle, welche die Regelung des Verfahrens im Interesse der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes als Institution bezweckten, nicht jedoch den Schutz einzelner Beteiligter.⁴⁵⁷ Auch § 48 WpHG, wonach der Emittent sicherzustellen hat, dass alle Inhaber der zugelassenen Wertpapiere unter gleichen Voraussetzungen gleich behandelt werden, soll kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen, da auch hier allein die Funktionalität des Marktes geschützt werden soll.⁴⁵⁸ *Zimmermann* wendet allerdings ein, die Norm diene mitnichten lediglich der Funktionalität des Kapitalmarkts, sondern in allererster Linie dem Schutz des ungleich behandelten Wertpapierinhabers.⁴⁵⁹

Maßgeblich für die Beurteilung, ob es sich bei einer Norm um ein Schutzgesetz handelt oder nicht, ist, ob die verletzte konkrete Einzelnorm

GroßKomm AktG, § 53a Rn. 25; *Lange*, in: Henssler/Strohn GesR, AktG § 53a Rn. 11.

453 *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 46; *Westermann*, in: Bürgers/Körber AktG, § 53a Rn. 10.

454 *Götze*, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 39.

455 OLG München, Urt. v. 26. Mai 2010 – Az.: 7 U 5707/09, NZG 2010, 1233 = ZIP 2010, 2153 (m. Anm.) = WM 2010, 1605.

456 *Louven*, in: Angerer/Geibel/Süßmann WpÜG, § 3 Rn. 48; *Noack/Holzborn*, in: Schwark/Zimmer Kapitalmarktrechts-Kommentar, WpÜG, § 3 Rn. 1.

457 *Louven*, in: Angerer/Geibel/Süßmann WpÜG, § 3 Rn. 48 m. w. N.

458 Wohl h. M. vgl. nur *Heidelbach*, in: Schwark/Zimmer Kapitalmarktrechts-Kommentar, WpHG, § 48 Rn. 19 m. w. N.

459 Noch zum gleichlautenden § 30a Abs. 1 WpHG a. F., *Zimmermann*, in: Fuchs WpHG, § 30a Rn. 28.

dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.⁴⁶⁰ Der BGH verwendet dabei folgende Definition:

„Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 ist eine Rechtsnorm, die nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt hat. Es genügt, dass die Norm auch das in Frage stehende Interesse des Einzelnen schützen soll, mag sie auch in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge haben.“⁴⁶¹

Selbst wenn man der h. M. im Hinblick auf § 3 Abs. 1 WpÜG und § 48 WpHG folgt und den jeweiligen Normen einen Schutzgesetzcharakter mit der Begründung abspricht, es handele sich um marktschützende, nicht jedoch um den Einzelnen schützende Normen, so bedarf dies für § 53a AktG einer kritischen Überprüfung. So bezweckt nämlich das Gleichbehandlungsgebot nach § 53a AktG, anders als § 3 Abs. 1 WpÜG oder § 48 Abs. 1 WpHG, den Schutz der Aktionäre in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter vor willkürlicher Benachteiligung durch die Organe der Gesellschaft.⁴⁶² Die Norm soll dabei ohne Frage zumindest auch das Interesse des Einzelnen, insbesondere des Minderheitsaktionärs, schützen.⁴⁶³ Dem könnte jedoch entgegenstehen, dass § 53a AktG kein neben die sonstigen Mitgliedschaftsrechte tretendes, subjektives Recht gewähren soll, sondern hieraus lediglich ein Maßstab für das Verhalten der Organe folgt.⁴⁶⁴ Vielmehr stellt das Gleichbehandlungsgebot einen integralen Bestandteil der

460 Wagner, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 498.

461 Ständige Rspr., zuletzt BGH, Urt. v. 13. März 2018 – Az.: VI ZR 143/17, BGHZ 218, 96 = NJW 2018, 1671 = WM 2018, 778 = JZ 2018, 733.

462 Cahn/v. Spannenberg, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 2, 7; Laubert, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 2; Lange, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a Rn. 1; Koch, in: Hüfner/Koch AktG, § 53a Rn. 4.

463 Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit AktG, § 53a Rn. 5; Lange, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a Rn. 1; Cahn/v. Spannenberg, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 2.

464 Westermann, in: Bürgers/Körber AktG, § 53a Rn. 2; 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.

Mitgliedschaft und ein Rechtsprinzip dar, das nicht unmittelbar subsumtionsfähig ist, sondern weiter konkretisiert werden muss.⁴⁶⁵ Zudem war vom Gesetzgeber mit der Einführung des § 53a AktG keine Änderung der Rechtslage intendiert, vielmehr soll der Norm lediglich klarstellende Bedeutung zukommen.⁴⁶⁶ Kommt es bei der Beurteilung, ob ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB vorliegt, jedoch auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass desselben gerade einen entsprechenden Rechtsschutz zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder mitgewollt hat, so spricht dies ebenfalls gegen eine Einordnung als Schutzgesetz. War keine Änderung des bisherigen Rechtszustandes gewollt noch mit der Gesetzesänderung verbunden,⁴⁶⁷ so hatte der Gesetzgeber einen solchen Willen gerade nicht. Die reine Änderung der formellen Gestaltung ist für die materiell-rechtliche Einordnung hinsichtlich des Charakters als Schutzgesetz unergiebig.⁴⁶⁸ Daher wird mit der h. M. die Einordnung des § 53a AktG als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB abgelehnt. Allerdings kann sich in Ausnahmefällen ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB oder § 117 Abs. 1 AktG ergeben.⁴⁶⁹

Der Anspruch auf Gleichbehandlung kann folglich unmittelbar, als primärer Erfüllungsanspruch, oder unter den entsprechenden Voraussetzungen im Wege des Schadensersatzes durchgesetzt werden.

III. Kündigung zur Unzeit

Eine weitere normierte Ausprägung der Treuepflicht ist in der Kündigung zur Unzeit nach § 723 Abs. 2 BGB zu finden.⁴⁷⁰ Nach der gesetzgeberi-

465 *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 10; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 14.

466 *Götze*, in: MünchKomm AktG, § 53a Rn. 3; *Laubert*, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 1; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 1; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 11.

467 RegBegr. Novelle 1978, BT-Drs. 8/1678, 13.

468 *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, § 53a Rn. 25.

469 *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 46; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 41; *Laubert*, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 12; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 18.

470 *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 132 Rn. 20; *Schulte/Hushahn*, in: MünchHdb GesR I, § 74 Rn. 21; als Ausprägung des Verbots missbräuchlicher Rechtsausübung auffassend *Lübke*, in: BeckOGK BGB, § 723 Rn. 91.

schen Intention führt eine Kündigung nicht zur Unwirksamkeit derselben, sondern löst lediglich auf Sekundärebene Schadensersatzansprüche aus.⁴⁷¹

Neben die schadensersatzauslösende unzeitige Kündigung kann nach Literatur und Rechtsprechung zusätzlich eine wegen Rechtsmissbrauchs unwirksame Kündigung treten.⁴⁷² Entscheidend für das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Kündigung soll eine besondere Schwere sein, bei welcher ein bloßer Schadensersatz den Interessen des Kündigungsempfängers nicht mehr genügt.⁴⁷³

Dennoch gilt es festzuhalten, dass neben der für jegliche Ausübung von Gesellschafterrechten geltende Treuepflicht der Gesetzgeber als kodifizierte Rechtsfolge lediglich den Schadensersatz aufgenommen hat.

IV. Fazit

Festzuhalten ist, dass der Gesetzgeber bei den wenigen normierten Ausprägungen der Treuepflicht explizit entweder keine oder aber lediglich auf Sekundärebene, in Form von Schadensersatzansprüchen bzw. im Fall des § 113 HGB in Form des Eintrittsrechts Rechtsfolgen vorgesehen hat. Da ein reines „dulde und liquidiere“⁴⁷⁴ weder den Interessen der Gesellschaft noch denjenigen der Gesellschafter entspricht, spricht die Literatur und Rechtsprechung den Parteien unter gewissen Voraussetzungen auch Ansprüche auf der Primärebene zu. Da es hier jedoch entweder zu keiner oder nur zur Kodifizierung von Schadensersatzansprüchen kam, kann bei den sog. vergleichbaren Anwendungsfällen⁴⁷⁵, anders als auf Tatbestands-ebene, eine konkrete Auswirkung bzw. Ausstrahlungswirkung auf die Behandlung derselben nicht angenommen werden. Dennoch können unter Umständen die von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grund-

471 BGH, Urt. v. 8. Juli 1976 – Az.: II ZR 34/75, WM 1976, 1030, 1032 = DB 1977, 87 = BeckRS 1976, 00350; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 723 Rn. 29; *Kilian*, in: Henssler/Strohn GesR, § 723 Rn. 21; *Schulte/Hushahn*, in: MünchHdb GesR I, § 74 Rn. 21; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 723 Rn. 55; *Lübke*, in: BeckOGK BGB, § 723 Rn. 90; *Saenger*, in: Schulze BGB, § 723 Rn. 6.

472 BGH, Urt. v. 14. November 1953 – Az.: II ZR 232/52, NJW 1954, 106 = BB 1953, 1027 = DB 1953, 1056; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 723 Rn. 30; *Kilian*, in: Henssler/Strohn GesR, § 723 Rn. 22; *Saenger*, in: Schulze BGB, § 723 Rn. 6.

473 *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 723 Rn. 30.

474 *Weller*, GS Winter, 755, 760.

475 Also bei Konstellationen, die dem gesetzlichen Tatbestand grundsätzlich entsprechen, der jedoch aufgrund der Gesellschaftsform keine Anwendung findet, siehe hierzu Kapitel 3 D IV, S. 147 ff.

sätze und Voraussetzungen für weitergehende Rechtsfolgen fruchtbar gemacht werden.

B. Systematisierungsversuche der Rechtsfolgen

In einem nächsten Schritt soll untersucht werden, ob über den Weg einer Systematisierung Erkenntnisse hinsichtlich der Rechtsfolgen und deren Durchsetzbarkeit gewonnen werden können. Von einer (dogmatisierten) Systematisierung sind die Rechtsprechung bzw. vorhandenen Rechtssätze noch weit entfernt. Da auch eine wissenschaftliche Durchdringung der Rechtsfolgen bislang kaum unternommen wurde, finden sich hier ebenfalls nur wenige Versuche einer Systematisierung, auf die zurückgegriffen werden kann. Häufig findet eine Unterscheidung der Rechtsfolge einzelfallorientiert nach Art der Verletzung statt.⁴⁷⁶

Aufgrund des begrenzten Zuschnitts auf das Gesellschaftsrecht und des damit einhergehenden begrenzteren Anwendungsbereichs kann sicherlich hinterfragt werden, ob es einer solchen im Gegensatz zum allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB tatsächlich bedarf.⁴⁷⁷ Allerdings besteht für die Treuepflicht gerade aufgrund der gegebenen Flexibilität die Gefahr einer ausufernden und willkürlichen Anwendung für sämtliche gesellschaftsrechtliche Fallgestaltungen. Die Systematisierung bzw. Dogmatisierung der Rechtsfolge ist daher auch bei der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zur Einschränkung einer willkürlichen Billigkeitsjustiz bzw. Vermeidung einer ausufernden Anwendung der Treuepflicht dringend notwendig.⁴⁷⁸ Wünschenswert wäre folglich insbesondere ein dogmatisch konsistentes System, welche die Rechtsfolgenfindung erleichtert.

I. Systematisierung nach Weller

Weller nähert sich der Systematisierung anhand der Frage nach der Durchsetzbarkeit der Treuepflicht. Er unterteilt die Rechtsfolgen dabei in Rechts-

476 Vgl. etwa Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 77 ff.

477 Zur dringenden Notwendigkeit dort, Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 263 ff., der sogar von einer über die Notwendigkeit von Fallgruppenbildung hinausgehenden Notwendigkeit der Dogmatisierung spricht.

478 Vgl. zu § 242 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 263 ff.

folgen auf Primärebene und Rechtsfolgen auf Sekundärebene. Während bezüglich der Sekundärebene, insbesondere hinsichtlich Schadensersatzpflichten, im Falle eines Verstoßes Einigkeit herrsche, sei auf Primärebene, wie beispielsweise hinsichtlich der positiven wie negativen Stimpfpflichten – wie auch für die Nebenpflichten im Rahmen des § 242 BGB – nicht geklärt, ob Treuepflichten stets als solche in Natur durchgesetzt werden können.⁴⁷⁹ Letzteres werde „momentan nur disparat und ohne erkennbares System von Fall zu Fall angenommen“.⁴⁸⁰ *Weller* will für seinen Lösungsvorschlag sodann an die Rücksichtspflichten aus § 241 Abs. 2 BGB anknüpfen. Die dort verankerten Rücksichtspflichten seien nur unter zwei Voraussetzungen in Natur durchsetzbar. Einerseits müsse sich ihr Pflichtinhalt hinreichend konkretisieren lassen, andererseits müsse ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse desjenigen bestehen, der die Beachtung der Rücksichtspflicht einfordere.⁴⁸¹

Zur Begründung des Rekurses auf die allgemeine Klagbarkeitsdogmatik von Rücksichtspflichten wird die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen im Hinblick auf eine systemstimmige Lösung sowie einer Verzahnung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichtdogmatik mit der allgemeinen schuldrechtlichen Dogmatik subjektiver Rechte und Pflichten auf Rechtsfolgenseite angeführt. Dies gelingt *Weller*, indem er die Treuepflicht als Unterfall der Rücksichtspflichten, die in § 241 Abs. 2 BGB zu verorten seien, versteht. So würde die Treuepflicht neben die Hauptleistungspflicht treten und die im Gesellschaftsvertrag übernommene Förderpflicht des Gesellschafters flankierend sichern.⁴⁸² Nach *Wellers* Verständnis umfasst die Förderpflicht aus § 705 BGB nicht nur die Leistung der unmittelbar versprochenen Beiträge, sondern die darüber hinausgehende „fortwährende Verpflichtung des Gesellschafters, sein Handeln am gemeinsamen Vertragszweck auszurichten, zu dessen Verwirklichung beizutragen und sich für das gemeinsame Ziel einzusetzen“, während die Treuepflicht dafür Sorge trage, dass die Art und Weise des Handelns „gesellschaftstreu erfolgt und alles unterlassen wird, was die Erreichung des Gesellschaftszwecks hindern oder gefährden könnte“.⁴⁸³ Da es sich nicht um Leistungspflichten gem. § 241 Abs. 1 BGB handle, seien die

479 *Weller*, GS Winter, 755, 757.

480 *Weller*, GS Winter, 755, 761.

481 *Weller*, GS Winter, 755, 761.

482 *Weller*, GS Winter, 755, 763 ff.

483 *Weller*, GS Winter, 755, 763.

Treuepflichten mangels dritter Pflichtenkategorie im deutschen Recht den Rücksichtspflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB zuzuordnen.⁴⁸⁴

Mit dieser Begründung gelangt *Weller* sodann zur Übertragung bzw. Anwendbarkeit der allgemeinen schuldrechtlichen Klagbarkeitsdogmatik, wonach die Treuepflicht nur dann auf Primärebene klagbar ist, wenn einerseits ihr Pflichteninhalt sich hinreichend bestimmen lässt und andererseits nach umfassender Interessenabwägung ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse desjenigen besteht, der die Beachtung der Rücksichtspflicht in Natur einfordert.

II. Systematisierung nach *Lieder*

Lieder unterteilt die Treuepflicht grundsätzlich in die Schrankenfunktion einerseits und die Gewährleistung des gesellschaftlichen Zusammenwirkens andererseits.⁴⁸⁵ Ersterer soll dabei die Aufgabe zukommen, an sich zulässige Verhaltensweisen zum Wohle des Zusammenwirkens in der Gesellschaft, insbesondere durch Beschränkungen des Stimmrechts, einzuschränken.⁴⁸⁶ Da es für ein Zusammenwirken nicht ausreichen soll, dass Rechte lediglich nicht missbräuchlich ausgeübt werden, bedürfe es auch bestimmter positiver Verhaltensweisen, wie etwa positive Stimpfpflichten oder anderer Mitwirkungspflichten, welche unter zweitere Fallgruppe fallen.⁴⁸⁷ Trotz der anderen Terminologie entspricht dies letztlich einer Einordnung nach Unterlassungs- und Handlungspflichten. Bezüglich der Rechtsfolgen und derer Durchsetzbarkeit unterscheidet *Lieder* anhand der einzelnen Pflichtverstöße nach Beschlüssen, Rechtsausübung außerhalb von Beschlüssen, Handlungspflichten, Untersagung und Auferlegung der Stimmabgabe durch einstweilige Verfügung, Schadensersatz und der Einziehung bzw. dem Ausschluss.⁴⁸⁸

484 *Weller*, GS Winter, 755, 765.

485 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 160, so auch *Schmidt*, in: MünchKommHGB, § 105 Rn. 191 f., der von „Bindung und Beschränkung von Rechten“ bzw. „Begründung von Pflichten“ spricht.

486 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 161.

487 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 182.

488 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 197.

III. Systematisierung nach *Merkt*

Im Zentrum der Systematisierung der Rechtsfolge der Treuepflicht steht bei *Merkt* die Frage, ob und wie das mit der Treuepflicht verfolgte Ziel trotz der Verletzung noch erreicht werden kann, etwa durch Erzwingung der Erfüllung der Treuepflicht als echte Leistungspflicht oder mittels Unbeachtlichkeit des jeweiligen treuepflichtwidrigen Handelns, oder ob lediglich noch eine Sanktion der Verletzung erfolgen kann. Innerhalb der jeweiligen Gruppen soll dann wiederum nach der Verletzungshandlung unterschieden werden.⁴⁸⁹ Ähnlich wie bei *Weller* kommt es also zunächst zu einer Unterteilung nach Primär- und Sekundärebene.

IV. Systematisierung nach Wirkrichtung

Auf der Hand läge eine Systematisierung ausgehend von der Wirkrichtung der Treuepflicht. Eine Sonderverbindung als Voraussetzung der Treuepflicht besteht kraft Mitgliedschaft einerseits bezüglich der Gesellschaft als auch anderseits gegenüber den Mitgesellschaftern. Daraus ergeben sich folglich die Fallgruppen der horizontalen und der vertikalen Treuepflicht.

V. Systematisierung nach Funktion

Eine Fallgruppenbildung wäre auch mit Blick auf die Funktionen der Treuepflicht denkbar. Wie dargestellt sind die Funktionen zur Gewährleistung des Ziels des Interessenausgleichs einerseits die Sicherstellung der Förderung der Gesellschaft und der Gewährleistung der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung. Freilich fällt an dieser Stelle direkt die Nähe oder gar Übereinstimmung zur zuvor genannten Einordnung nach horizontaler und vertikaler Wirkrichtung auf. Dies folgt schon daraus, dass der Tatbestand der Treuepflicht bzw. die Wirkrichtung gerade die rechtsfunktionelle Begründung für das Bedürfnis der Treuepflicht inhaltlich umfassen muss bzw. deren Gewährleistung erreichen soll. So wird die Förderung der Gesellschaft inhaltlich oder tatbestandlich durch eine Förderpflicht und die Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung durch die Rücksichtnahmepflicht sichergestellt. Daher überrascht es nicht,

489 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 183.

dass eine Einordnung letztlich auf das Gleiche hinausläuft und somit keinen nennenswerten Mehrwert mit sich bringt.

VI. Systematisierung entsprechend § 242 BGB

1. Allgemeines

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.⁴⁹⁰ Die Norm enthält keinen Rechtssatz mit deskriptiven Tatbestandsmerkmalen, aus dem bestimmte Rechtsfolgen durch Subsumtion abgeleitet werden können, sondern bedarf wie jede Generalklausel der Konkretisierung.⁴⁹¹ Dennoch darf § 242 BGB nicht dazu führen, dass sich aus dem Wortlaut oder Sinngehalt anderer Normen ergebende Rechtsfolgen im Einzelfall durch vermeintlich „billige“ oder „angemessene“ ersetzt werden, sondern lediglich der Rechtsausübung dort Schranken gesetzt werden, wo sie zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit offensichtlich unvereinbaren Ergebnissen führt.⁴⁹² Die Rechtsfolgen von § 242 BGB umfassen zwar die „gesamte Palette der im Privatrecht bekannten Rechtsfolgen“,⁴⁹³ jedoch soll § 242 BGB grundsätzlich keine selbstständige

490 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 = BeckRS 9998, 172804; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 46; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 4, der statt Konkretisierungsfunktion aber von Ermächtigungsfunktion spricht.

491 *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, 242 Rn. 10; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 1; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 1; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 1 ff.

492 *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 2; *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 219 ff.

493 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 78.

Anspruchsgrundlage darstellen,⁴⁹⁴ wovon die Rechtsprechung jedoch Ausnahmen zulässt.⁴⁹⁵

Auch die Treuepflicht darf nicht dazu führen, dass sich aus dem Wortlaut oder Sinngehalt anderer Normen ergebende Rechtsfolgen durch vermeintlich „billige“ oder „angemessene“ ersetzt werden. Die Tatsache, dass das geschriebene Recht und der Gesellschaftsvertrag die Grenzen der Treuepflicht bilden, muss selbstredend auch im Rahmen der Rechtsfolge beachtet werden. Wie dargelegt, handelt es sich bei dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB um eine der beiden dogmatischen Wurzeln der Treuepflicht. Es liegt folglich auf der Hand, auf die dort entwickelten Fallgruppen zu rekurrieren und zu überprüfen, ob die dort geschehene Rechtsentwicklung auch für die Treuepflicht fruchtbar gemacht werden kann bzw. sich dort Erkenntnisse gewinnen lassen.

2. Systematisierung nach der überwiegenden Meinung

a. Darstellung der Systematisierung

Eine Systematisierung bzw. Konkretisierung des § 242 BGB wird üblicherweise ausgehend von den Rechtsfolgen anhand von Funktionskreisen vorgenommen.⁴⁹⁶ Hierbei soll zwischen der Konkretisierungs-, Ergänzungs-, Schranken- und Korrekturfunktion unterschieden werden.⁴⁹⁷ Die ersten beiden Funktionskreise lassen sich dabei unter „Erbringung der Leistung

494 BGH, Urt. v. 21. Oktober 1983 – Az.: V ZR 166/82, BGHZ 88, 344, 351 = NJW 1984, 729 = WM 1984, 366 = JZ 1984, 848; BGH, Urt. v. 25. September 1985 – Az.: IV a ZR 22/84, BGHZ 95, 393, 399 = NJW 1986, 177 = WM 1985, 1344 = DB 1985, 2604; BGH, Urt. v. 23. April 1981 – Az.: VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779 = DB 1981, 1924 = MDR 1981, 1004.

495 Hier seien z. B. aus § 242 BGB entwickelte Ausgleichsansprüche oder sich aus § 242 BGB ergebende (klagbare) Nebenpflichten, wie etwa der Anspruch auf Auskunft, erwähnt, *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 29.

496 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 138; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 29; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 4 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 Rn. 15; *Böttcher*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 17.

497 *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 Rn. 15; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 29; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 4; andere unterteilen letztlich ohne großen Unterschied nach der „Begründung und Konkretisierung von Pflichten“, der „Beschränkung von Rechten“, der „Gewährung von Rechten“ und der „materiellen Schranken“, *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 78; *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, 242 Rn. 32 ff.

nach Treu und Glauben“ zusammenfassen, da beide das „ob“ und „wie“ der vertraglichen Pflichten betreffen.⁴⁹⁸

aa. Erbringung der Leistung nach Treu und Glauben

Die Konkretisierungsfunktion bezieht sich dabei hauptsächlich auf die Hauptpflichten, soll aber auch Nebenpflichten umfassen und konkretisiert die Art und Weise der Leistung.⁴⁹⁹ Dabei stellt § 242 BGB sicher, dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten nicht nur den Buchstaben getreu, sondern auch dem Sinn und Zweck des Schuldverhältnisses entsprechend erfüllt.⁵⁰⁰ Es wird eine Konkretisierung und Erweiterung der Leistungspflicht des Schuldners bzw. der Mitwirkungspflicht des Gläubigers bewirkt.⁵⁰¹

Neben dieser konkretisierenden Funktion können aus dem Grundsatz von Treu und Glauben auch Rechte und Pflichten begründet werden. Bei dem zweiten Funktionskreis, der Ergänzungsfunktion, geht es um die Modifikation subjektiver Rechte, also die Versagung oder Einschränkung bzw. die Begründung oder Erweiterung von Rechten und Pflichten.⁵⁰² Insbesondere Nebenpflichten können aus § 242 BGB bzw. der Ergänzungsfunktion hergeleitet werden.⁵⁰³ Ausnahmsweise kommt auch eine Begründung von Hauptpflichten über § 242 BGB in Betracht.⁵⁰⁴

498 Schubert, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 136.

499 Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 30; Schulze, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 2; Pfeiffer, in: jurisPK-BGB, 242 Rn. 32 f.; Böttcher, in: Erman BGB, § 242 Rn. 18.

500 Grüneberg, in: Palandt, § 242 Rn. 22.

501 Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 39.

502 Schubert, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 140; Pfeiffer, in: jurisPK-BGB, 242 Rn. 34 ff.; Schulze, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 2; Mansel, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 6; Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 31.

503 Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 31; auf die unterschiedlich beantwortete Frage, ob Nebenpflichten nun bei § 241 Abs. 2 BGB oder § 242 BGB einzuordnen sind, soll an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen werden. Da sie jedenfalls ihren Ursprung in § 242 BGB haben, werden die Nebenpflichten vorliegend in die Systematisierung von § 242 BGB eingebunden. Zur Einordnung mit unterschiedlichen Ergebnissen allgemein Bachmann, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 47; Schubert, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 171 ff.; Grüneberg, in: Palandt, § 242 Rn. 23.

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

Die Verletzung von Nebenpflichten hat in erster Linie einen Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB als Rechtsfolge, kann aber auch Grund zum Rücktritt oder zur Kündigung des Vertrages geben.⁵⁰⁵ Ob die Nebenpflichten daneben auch mit dem Erfüllungsanspruch korrespondieren bzw. *in natura* durchgesetzt werden können, soll hingegen nicht so leicht zu beantworten sein.⁵⁰⁶ Das soll je nach Nebenpflicht variieren.

bb. Schrankenfunktion

Eine gewichtige Funktion des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB stellt die Schrankenfunktion dar. So bildet dieser eine allen Rechten und Rechtspositionen immanente Schranke und verbietet die unzulässige Rechtsausübung.⁵⁰⁷ Rechtsfolge der unzulässigen Rechtsausübung liegt darin, dass die dem Recht entsprechenden Rechtswirkungen oder Rechtsfolgen versagt werden. So kann beispielsweise ein Anspruch nicht geltend gemacht werden oder Rechtstatsachen bleiben unberücksichtigt.⁵⁰⁸ Der Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB stellt lediglich eine Art Abwehrrecht dar und ist vielmehr „Schild als Schwert“.⁵⁰⁹ Weiterführende Ansprüche können sich aber aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis oder dem allgemeinen Deliktsrecht ergeben.⁵¹⁰

cc. Korrekturfunktion

Zuletzt können auch veränderte Umstände zu einem Anpassungsanspruch bezüglich des Inhalts eines Schuldverhältnisses aus § 242 BGB (Korrekturfunktion) führen.⁵¹¹ Diese Funktion von Treu und Glauben findet sich

505 *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 65.

506 *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 66.

507 *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 32; *Böttcher*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 18; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 199 ff.; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 2; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 7.

508 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 221.

509 *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 53.

510 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 224; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 53.

511 *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 33; *Böttcher*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 18; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 8; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 2, der jedoch von „Kreativfunktion“ spricht.

seit der Schuldrechtsreform in §§ 313, 314 BGB und spielt im Rahmen des § 242 BGB daher eine untergeordnete Rolle.⁵¹² Die §§ 313, 314 BGB sind als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben⁵¹³ in einer an den Funktionen orientierten Einordnung dennoch im Rahmen der Korrekturfunktion zu verorten.⁵¹⁴

b. Übertragung auf die Treuepflicht

Auch der Treuepflicht kommt eine Konkretisierungs- und Ergänzungsfunktion für das Gesellschaftsverhältnis zu. Das Bedürfnis hiernach ergibt sich aus der „nach vorne offenen“ Gestaltung des Verhältnisses.⁵¹⁵ Zu beachten ist selbstredend, wie auch bei § 242 BGB, der Vorrang der Auslegung der Willenserklärungen respektive des Gesellschaftsvertrags nach §§ 133, 157 BGB.⁵¹⁶ Dabei können aus der Treuepflicht ebenfalls konkrete Einzelpflichten abgeleitet werden, wie etwa diverse Schutz-, Auskunft- und Aufklärungspflichten oder Mitwirkungspflichten.⁵¹⁷ Bei den Mitwirkungspflichten stellt sich vor allem die Frage, ob Zustimmungspflichten, insbesondere solche bezüglich der Gesellschaftsvertragsänderung, noch hierunter zu fassen sind. Handelt es sich um Pflichten, welche die Änderung des Gesellschaftsvertrages betreffen, ist dies bei der Korrekturfunktion einzuordnen, da es sich hier nicht mehr um eine Mitwirkungspflicht im Sinne der Ergänzungs- oder Konkretisierungsfunktion handelt, sondern vielmehr das Gesellschaftsverhältnis als Ganzes geändert bzw. korrigiert werden soll. Zustimmungspflichten, welche beispielsweise Geschäftsführungsmaßnahmen betreffen, könnten jedoch unter die vorliegende Fallgruppe gefasst werden. So etwa die Pflicht zur Genehmigung von Geschäftsführungsmaßnahmen.⁵¹⁸ Ein weiteres Beispiel für eine Mitwirkungspflicht könnte etwa die Teilnahmebefugnis eines Begleiters zur Ge-

512 *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 Rn. 16; *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, 242 Rn. 31.

513 Vgl. nur *Lorenz*, in: BeckOK BGB, § 313 Rn. 1.

514 *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 33; *Böttcher*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 18; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 8; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 2.

515 Siehe hierzu die Rechtsfunktionelle Begründung der Treuepflicht, S. 32.

516 *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 34.

517 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 188 ff.

518 BGH, Urt. v. 24. Januar 1972 – Az.: II ZR 3/69, NJW 1972, 862 = WM 1972, 489 = JZ 1972, 362 = DB 1972, 816.

sellschafterversammlung aus der Treuepflicht der Mitgeschafter darstellen.⁵¹⁹

Der Treuepflicht kommt ebenfalls eine rechtseinschränkende Funktion zu. So muss beispielsweise der Geschafter bei der Geltendmachung seines Gewinnanspruchs Rücksicht auf eine schlechte Geschäftslage der Gesellschaft nehmen,⁵²⁰ hat bei der Geltendmachung eines Anspruchs als Gläubiger der Gesellschaft oder Mitgeschafter Rücksicht zu nehmen⁵²¹ oder kann bei der Ausübung seines Kündigungsrechts beschränkt sein.⁵²² Sofern teilweise eingewandt wird, dass die Treuepflicht letztlich stets als Fall des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens i. S. d. § 242 BGB einzustufen sei, so gilt es entgegenzuhalten, dass die Treuepflicht deutlich tiefer und weiter geht als der Grundsatz von Treu und Glauben und so nicht jede Treuepflichtverletzung gleichzeitig ein Fall des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB sein kann.⁵²³ Demnach kann beispielsweise schon eine Verletzung der Treuepflicht vorliegen, bevor die Schwelle des allgemeinen Rechtsmissbrauchs erreicht ist.⁵²⁴ Dennoch wird es hierbei regelmäßig zu Überschneidungen kommen. Schwierigkeiten bereitet auch die Tatsache, dass nach hiesigem Verständnis letztlich jede Verhaltenspflicht eine Beschränkung der jeweiligen Rechtsausübung darstellt, womit sämtliche Treuepflichtverstöße letztlich zumindest auch in die Fallgruppe der Schrankenfunktion fallen.

Zuletzt findet sich auch die Fallgruppe der Korrekturfunktion bei der Treuepflicht wieder. Dies beispielsweise dann, wenn sie etwa Geschafter dazu verpflichtet, einer Gesellschaftsvertragsänderung zuzustimmen.

519 BGH, Urt. v. 27. April 2009 – Az.: II ZR 167/07, NJW 2009, 2300, 2301 = ZIP 2009, 1158 = NZG 2009, 707 = WM 2009, 1141; OLG Dresden, Urt. v. 25. August 2016 – Az.: 8 U 347/16, NJW-RR 2016, 1374, 1376 = NZG 2016, 1225 = ZIP 2016, 2062; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25. Juli 2001 – Az.: 17 W 42/01, BeckRS 2001, 30469912 = MDR 2001, 1305 = GmbHR 2002, 67; OLG Stuttgart, Beschl. v. 7. März 1997 – Az.: 20 W 1/97, BeckRS 1997, 10481 = GmbHR 1997, 1107 = MDR 1997, 1137.

520 BGH, Urt. v. 19. November 1984 – Az.: II ZR 102/84, NJW 1985, 972, 973 = GmbHR 1985, 188 = BB 1985, 423 = MDR 1985, 913.

521 OLG München, Urt. v. 17. April 2012 – Az.: 5 U 2168/11, NZG 2012, 663, 665 = ZIP 2013, 165 (m. Anm.) = WM 2012, 1727; OLG Karlsruhe, Urt. v. 10. Juli 2012, BeckRS 2013, 22674.

522 Vgl. BGH, Urt. v. 14. November 1953 – Az.: II ZR 232/52, NJW 1954, 106 = BB 1953, 1027 = DB 1953, 1056, der dies allerdings noch i. R. d. § 242 BGB diskutiert.

523 Henze, BB 1996, 489, 494.

524 OLG Hamm, Urt. v. 2. September 2016 – Az.: 12 U 163/15, NJW-RR 2017, 274, 275 = BeckRS 2016, 18538; *Notz*, in: BeckOGK BGB, § 33 Rn. 90.

Gleichermaßen lassen sich Stimpfpflichten aber auch in die Fallgruppe der Mitwirkungspflichten (bzw. Erbringung der Leistung nach Treu und Glauben) einordnen.

3. Systematisierung nach *Kähler*

a. Darstellung der Systematisierung

Allerdings existieren neben der Systematisierung von § 242 BGB nach Funktionskreisen auch noch weitere, obgleich weniger verbreitete Systematisierungsversuche.

Kähler differenziert zwischen positiven und negativen Treuepflichten.⁵²⁵ Während positive Treuepflichten zu Ansprüchen führen sollen, komme es bei negativen zu Einwendungen. Diese beiden Kategorien unterteilt *Kähler* wiederum in jeweils drei Konstellationen, die Entstehung, die Ausübung und die Änderung eines Rechts. Hieraus ergeben sich sechs einander gegenüberstehende Fallgruppen: Die Rechtsentstehung durch Treue respektive Treuwidrigkeit, die Rechtsausübung nach Treue respektive wider Treue und zuletzt die Rechtsänderung aufgrund Treue respektive Treuwidrigkeit.

aa. Einwendungen

Da § 242 BGB nur ein „individualethisches Minimum“ gebiete, bestehe häufig kein Anspruch auf eine bestimmte Handlung, da eine Vielzahl von Handlungen treugemäß seien.⁵²⁶ Hauptfunktion von § 242 BGB soll daher in der Abwehr des treuwidrigen Verhaltens zu sehen sein.⁵²⁷ Eine gegen § 242 BGB verstoßende Handlung sei rechtswidrig und führe zur Einwendung der Unzulässigkeit des Verhaltens.⁵²⁸ Die Einwendung könne dabei sowohl zeitlich als auch vom Umfang her beschränkt sein oder unter bestimmten Bedingungen stehen.

⁵²⁵ *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 1.

⁵²⁶ *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 820.

⁵²⁷ Vgl. schon oben *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 53, der jedenfalls den Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB eindrücklich als „Schild statt Schwert“ beschreibt.

⁵²⁸ *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 498.

Liege ein Verstoß gegen § 242 BGB hinsichtlich der Ausübung eines Rechts vor, so bleibe das Recht grundsätzlich bestehen, da dieses bereits ohne Treueverstoß entstand und lediglich die Berufung hierauf rechtswidrig sei. Das Recht soll also bestehen bleiben, könne jedoch nicht bzw. nicht so ausgeübt werden. Hieraus folge, dass die verletzte Partei, jedenfalls ohne weitere Voraussetzungen, hieraus kein Recht erwerbe. Denn aus der Treuwidrigkeit eines Verhaltens folge nicht, welche Handlung stattdessen vorzunehmen sei, da eine Vielzahl an treugemäßen Alternativverhalten denkbar sein könne. So soll beispielsweise für den Fall des widersprüchlichen Verhaltens des Vermieters, sollte dieser sowohl Miete als auch Herausgabe der Mietsache verlangen, dem Mieter hieraus kein Besitzrecht an der Wohnung zukommen, er könne lediglich den Vermieter durch die Einwendung der Treuwidrigkeit dazu zwingen, sich für eine der beiden Handlungsweisen zu entscheiden.⁵²⁹

In den Fällen, in denen die Rechtssicherheit durch die (modifizierte) Aufrechterhaltung des treuwidrigen Verhaltens stärker beeinträchtigt würde als durch die Annahme der Nichtigkeit, soll darüber hinaus die gravierende Sanktion der Nichtigkeit greifen. Jedenfalls dann, wenn die Beseitigung der Treuwidrigkeitsfolge ausgeschlossen und die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt sei, soll eine Treuwidrigkeit zur Unwirksamkeit führen. Insbesondere Verträge sollen aber mit Blick auf § 123 BGB und der Überlegung, dass es den Vertragsparteien möglich sein sollte, trotz eines Treueverstoßes am Vertrag festzuhalten, daher nicht unwirksam, sondern lediglich anfechtbar sein.⁵³⁰

Die Unwirksamkeit einer Handlung setze die Kausalität des Treueverstoßes für den durch sie herbeigeführten Zustand voraus. An dieser fehle es vor allem dann, wenn es zur Treuwidrigkeit erst nach der Ausübung des Rechts komme und diese daher nicht mehr beeinflussen könne. In diesen Fällen könne jedoch ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben sein.⁵³¹

529 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 498 ff.

530 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 508.

531 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 510 ff.

bb. Ansprüche

Trotz teilweiser gegenteiliger Auffassung⁵³² sollen unter bestimmten Voraussetzungen aus § 242 BGB auch Ansprüche entstehen können.⁵³³ Diese sollen häufig von anderen Normen abhängen, die sich aus dem Zusammenspiel mit § 242 BGB ergeben.⁵³⁴

Ein Anspruch soll für die Beseitigung des durch die Treuwidrigkeit geschaffenen Zustands existieren. Es sollen die Folgen der Treuwidrigkeit zu beseitigen sein. Dies soll auch zur Annahme bzw. dem Fingieren eines Rechts führen können, wenn etwa ein Recht nur wegen der Treuwidrigkeit nicht entstanden war. So soll etwa die Zustimmung zu einem Beschluss fingiert werden, wenn sämtliche Gesellschafter zustimmen hätten müssen, dies aber so nicht erfolgte.⁵³⁵ Da ohne vertragliche oder spezielle gesetzliche Grundlage mit dem Erwerb eines Rechts aufgrund von Treue eine erhebliche Freiheitseinschränkung einhergehe, seien an eine Entstehung eines Rechts aufgrund von § 242 BGB hohe Anforderungen zu stellen. Ein Anspruch soll dabei immer auf einer Treuwidrigkeit oder einem anderen vom Verpflichteten zu verantwortenden Zustand beruhen, wie etwa besagter treuwidriger Verhinderung der Rechtsentstehung, einem Erwerb aufgrund nachwirkender Treue oder der Rechtsscheinhaftung. Dabei soll das Interesse einer Partei mangels Pflicht zu deren Förderung nicht ausreichen. In jedem Fall sei jedoch zu prüfen, ob der Ableitung eines Anspruchs aus § 242 BGB ein berechtigtes Interesse entgegensteht, wobei die Zumutbarkeit eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung sei.⁵³⁶

Sollte der treuwidrig Handelnde entweder nicht in der Lage oder aber nicht bereit sein, den treuwidrigen Zustand zu beseitigen, so soll ein Duldungsanspruch bestehen, dass der Verletzte diesen Zustand selbst beseitigt.⁵³⁷ Darüber hinaus sollen unter den weiteren Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 BGB Unterlassungs- bzw. unter den Voraussetzungen von

532 So etwa BGH, Urt. v. 23. April 1981 – Az.: VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779 = DB 1981, 1924 = MDR 1981, 1004.

533 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 563.

534 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 517.

535 BGH, Urt. v. 5. November 1984 – Az.: II ZR 111/84, NJW 1985, 974 f. = ZIP 1985, 407 = GmbHR 1985, 152; Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 521.

536 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 570, m. w. N.

537 Kähler, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 521.

§ 280 Abs. 1 BGB Schadensersatzansprüche bestehen.⁵³⁸ Darüber hinaus kommen Informationsansprüche in Betracht.⁵³⁹

b. Übertragung auf die Treuepflicht

Nach *Kähler* sollen positive Treuepflichten zu Ansprüchen, negative Treuepflichten hingegen zu Einwendungen führen. Übertragen auf die gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Treuepflicht käme dies einer Systematisierung anhand der Verhaltenspflichten, also nach Handlungs- und Unterlassungspflichten, zumindest nahe. Handlungspflichten würden entsprechend zu Ansprüchen führen, während es bei Unterlassungspflichten zu Einwendungen käme. Eine gegen die Unterlassungspflicht verstößende Handlung wäre demzufolge rechtswidrig und würde zur Unzulässigkeit des Verhaltens führen. Zwar bliebe das Recht selbst regelmäßig weiterhin bestehen, jedoch wäre eine Berufung hierauf mit Blick auf das Verhalten rechtswidrig. So bliebe im Fall der Verletzung einer Stimmpflicht das Stimmrecht zwar bestehen, eine Berufung auf die treuwidrige Stimmrechtsausübung wäre jedoch rechtswidrig. Da lediglich eine Einwendung begründet wird, könnte gleichfalls bezüglich einer Stimmrechtsausübung, die gegen ein Stimmrechtsverbot verstößt, nicht ohne weiteres die treugemäße Stimmrechtsausübung angenommen werden. Zu einer Unwirksamkeit soll es hingegen nur kommen, wenn die Beseitigung der Treuwidrigkeitsfolge ausgeschlossen und die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt ist. Die treuwidrige Stimmrechtsausübung wäre demnach unwirksam.⁵⁴⁰ Im Falle des Verstoßes gegen eine Handlungspflicht käme es zur Begründung von Ansprüchen. Im Rahmen der Treuepflicht wäre dies etwa durch ein Fingieren eines treugemäßen Stimmverhaltens oder eines zustande gekommenen Beschlusses denkbar.

VII. Stellungnahme

Unter der Prämisse, dass es sich bei der Treuepflicht um einen Unterfall der Rücksichtnahmepflichten gem. §§ 241 Abs. 2, 242 BGB handelt,

538 *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 522 ff.

539 *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 527.

540 Zur Rechtsfolge der treuepflichtwidrigen Stimmrechtsausübung ausführlich S. 187 ff.

erscheint es naheliegend, mit *Weller* die für die Rücksichtspflichten geltende Klagbarkeitsdogmatik bzw. Systematisierung auch für die Treuepflicht anzuwenden. Auch wenn die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, wie die Rücksichtspflichten allgemein, von Teilen der Literatur als vertragssichernde Nebenpflichten verstanden wird,⁵⁴¹ geht die wohl h. M. allerdings davon aus, dass es sich bei der Treuepflicht um eine Hauptpflicht handelt.⁵⁴² Die allgemeinen Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB beruhen darauf, dass die Beteiligten innerhalb einer Sonderverbindung sich der Einwirkungsmöglichkeit des jeweils anderen Teiles aussetzen und daraus die Pflicht erwächst, bei der Durchführung des Schuldverhältnisses Schädigungen des anderen Teiles zu vermeiden, ohne dabei einen Leistungsanspruch zu bewirken.⁵⁴³ Hauptleistungspflichten hingegen sind solche Pflichten, die einem Schuldverhältnis das charakteristische Gepräge geben und bei vertraglichen Verbindlichkeiten von den Parteien als *essentia negotii* im Vertrag selbst festzulegen sind.⁵⁴⁴ Die Treuepflicht bedarf zwar keiner ausdrücklichen Regelung im Vertrag, vielmehr geht diese noch weiter und ist auch ohne eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag jedem Gesellschaftsverhältnis immanent.⁵⁴⁵ Als typische Pflicht geht die Treuepflicht über den Rang einer Nebenpflicht hinaus und prägt das Rechtsverhältnis.⁵⁴⁶ Hierfür spricht auch die dogmatische Wurzel in § 705 BGB (neben § 242 BGB), dessen Förderpflicht gerade zu den Voraussetzungen einer jeden Gesellschaft gehört.

541 *Finkenauer*, in: MünchKomm BGB, § 313 Rn. 176; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1634; *Froning*, in: Sudhoff, Unternehmensnachfolge, § 39 Rn. 26; wohl auch *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20; zu den Rücksichtspflichten *Schulze*, in: Schulze BGB, § 241 Rn. 4.

542 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 174; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 706 Rn. 69; *Lohr*, in: Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, GmbH-Beratung, Gesellschafter; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 14 Rn. 29; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 2; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 15; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 117; *Lutter*, ZHR 1998, 164, 167; *Zinger*, ZGR 2017, 196, 202; *Szalai*, DStR 2008, 358, 359; *Limmer*, ZIP 1993, 412, 413.

543 Vgl. nur *Schulze*, in: Schulze BGB, § 241 Rn. 4.

544 Vgl. nur *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 29.

545 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 = BeckRS 2015, 15474 = GmbH-Stpr 2016, 189; BGH, Versäumnisurt. v. 22. Januar 2019 – Az.: II ZR 143/17, NZG 2019, 702 = ZIP 2019, 1008 = WM 2019, 923.

546 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 174.

Im Ergebnis kann die Frage an dieser Stelle jedoch offenbleiben,⁵⁴⁷ da *Wellers* Lösung, neben der Einteilung der Rechtsfolge in solche der Primär- und solche der Sekundärebene, keine weiteren neuen Erkenntnisse hinsichtlich der Rechtsfolgen zu bringen vermag. Soweit jedoch für die Frage nach der Durchsetzbarkeit der Treuepflicht auf Primärebene darauf abgestellt wird, dass sich ihr Pflichtinhalt hinreichend konkretisieren lässt und andererseits ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse desjenigen besteht, der die Beachtung der Rücksichtspflicht einfordert,⁵⁴⁸ ist nach hiesigem Verständnis beides schon auf Tatbestandsebene zu prüfen. Ein Treuepflichtverstoß liegt wie dargestellt erst vor, wenn eine konkrete Verhaltenspflicht besteht, welche nur nach erfolgter Abwägung (und damit überwiegendem Interesse des Einfordernden) gegeben ist. Ist aber schon kein Verstoß gegeben, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge und Klagbarkeit erst gar nicht.

Auch die Unterteilung anhand der Wirkrichtung der Treuepflicht vermag nicht zu überzeugen und wenig Erkenntnisgewinn mit sich zu bringen. Die beiden Wirkrichtungen unterscheiden sich hauptsächlich bezüglich ihres Inhalts. Die horizontale Treuepflicht umfasst dabei die Rücksichtnahmepflicht auf die (gesellschaftsbezogenen) Belange der Mitgesellschafter, während der vertikalen Treuepflicht darüberhinausgehend eine Förderpflicht zukommt. Die Wirkrichtung spielt im Rahmen der Interessenabwägung bezüglich des Vorliegens einer Verhaltenspflicht, ganz besonders hinsichtlich der jeweiligen schutzwürdigen Interessen, eine Rolle. Während die Interessen der Gesellschafter untereinander nur einer Missbrauchskontrolle unterzogen sind, liegt ein schutzwürdiges Interesse des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft im Falle der Ausübung eines uneigennützigen Gesellschafterrechts nur dann vor, wenn bei der Ausübung dieser Rechte die Eigeninteressen des Gesellschafters hinter den Interessen der Gesellschaft zurückstehen, sofern die Belange der Gesellschaft andernfalls beeinträchtigt werden. Weiterhin kann sich die Wirkrichtung ebenfalls im Rahmen der Bestimmung der jeweiligen Intensität auswirken. Hierbei zeigen sich gleichzeitig die Zweifel an der Nützlichkeit einer Systematisierung nach der Wirkrichtung bezüglich der Rechtsfolgen der Treuepflicht. Aufgrund des weitreichenderen Inhalts der vertikalen Treuepflicht, namentlich der Förderpflicht, wird es regelmäßig eher zu einer Verhaltenspflicht des Gesellschafters kommen als im Rahmen der hori-

547 Siehe hierzu die Stellungnahme unter Kapitel 2 C. I. Einordnung als Leistungs- oder Nebenpflicht, S. 38 ff.

548 *Weller*, GS Winter, 755, 761.

zontalen Treuepflicht. Für die Rechtsfolgende ist damit jedoch nichts gewonnen. Obgleich eine Einteilung nach der Wirkrichtung naheliegt und sich gut umsetzen lässt, ist eine Erleichterung der Rechtsfolgenfindung und der Antwort auf die Frage nach der Durchsetzung, welche durch eine Systematisierung letztlich bezweckt werden soll, nicht gegeben. Dies gilt unabhängig von der grundsätzlichen Bedeutung der Unterscheidung nach der Wirkrichtung, welche, wie gezeigt, im Rahmen der Abwägung unentbehrlich ist.

Eine Unterscheidung anhand der von der h. M. vorgenommenen Systematisierung von § 242 BGB erweist sich ebenfalls als wenig zielführend. Es zeigt sich, dass eine Einordnung der jeweiligen Treuepflichtverstöße bzw. Fallgestaltungen in die zu § 242 BGB entwickelten Fallgruppen nur überlappend und damit nicht zufriedenstellend möglich ist. Das wird bei der Schrankenfunktion besonders deutlich, da letztlich jede sich aus der Treuepflicht ergebende Verhaltenspflicht eine Rechtsbeschränkung darstellt. Die sich in den überlappenden Fallgruppen ergebenden Ungenauigkeiten stehen einer klaren Systematisierung im Weg und stellen den Mehrwert solcher Fallgruppen in Frage. Besteht das Bedürfnis nach Fallgruppen bzw. einer Systematisierung in der Erleichterung der Rechtsfolgenfindung und Verhinderung einer ausufernden Anwendung derselben, so erweist sich eine Übertragung der Fallgruppen als ungenügend.

Das Ziel der Treuepflicht als Interessenausgleich muss auch auf Rechtsfolgende berücksichtigt werden. Auf diese Weise erscheint es im Ansatz möglich, eine lückenlose Reziprozität zwischen Pflichtenkanon und Rechtsfolgenregime herzustellen. Im Sinne dieses Interessenausgleichs ist dabei stets zu prüfen, inwiefern ein solcher Interessenausgleich bestmöglich (trotz Verletzung der Treuepflicht) erreicht werden kann. Ähnlich wie *Merkel* ist dabei zunächst zu fragen, ob der drohende oder schon entstandene Schaden abgewendet bzw. die jeweilige Verhaltenspflicht noch durchgesetzt werden kann (Primärebene). Lässt sich der Schaden noch abwenden bzw. die Verhaltenspflicht noch durchsetzen, so erscheint es als durchaus sinnvoll, zwischen ebendiesen zu unterscheiden. In diese Sichtweise fügt sich die Systematisierung von *Kähler* ein. Entsprechend der von ihm vorgenommenen Systematisierung im Rahmen von § 242 BGB ist also zu prüfen, was für eine Verhaltenspflicht, also entweder eine Handlungs- oder eine Unterlassungspflicht, verletzt wurde. Die Unterlassungspflichten begründen entsprechend den nach § 242 BGB negativen Treuepflichten Einwendungen, die nach § 242 BGB positiven Treuepflichten hingegen Ansprüche. Zwar erscheint eine Untergliederung in Rechtentstehung, Rechtsausübung und Rechtsänderung mit Blick auf den begrenzten An-

wendungsbereich der gesellschaftsrechtlichen, mitgliedschaftlichen Treuepflicht als überzogen, handelt es sich in aller Regel letztlich um den Fall der Ausübung eines Gesellschafts- bzw. Gesellschafterrechts. Dennoch vermag die grundsätzliche Einteilung zu überzeugen. Im Ergebnis entspricht dies auch der von *Lieder* vorgenommen Unterteilung.

In einem zweiten Schritt stellt sich sodann die Frage, ob es hierdurch zu einem angemessenen Interessenausgleich gekommen ist oder es womöglich (weiterer) Sanktionen bedarf. Kann der Schaden nicht mehr abgewendet werden, so besteht regelmäßig ein Anspruch auf Schadensersatz. Ist dem Interessenausgleich dann jedoch noch immer nicht Genüge getan, kommen Sanktionen wie die Einziehung, der Ausschluss oder die Auflösung in Betracht.

C. Anwendung der Systematisierung

Entsprechend der gewonnenen Erkenntnisse gilt es nun, die Systematisierung anzuwenden. Hierbei ist wie vorausgeschickt zunächst auf Primärebene danach zu fragen, ob die Treuwidrigkeit noch abgewendet werden kann, bevor auf Sekundärebene zugunsten des Interessenausgleichs sodann etwaige Schadensersatzansprüche und/oder Sanktionen zu prüfen sind.

I. Primärebene

Eine Rechtsfolge ist immer zu bestimmen, wenn eine Treuepflichtverletzung, genauer formuliert, die Verletzung einer Verhaltenspflicht vorliegt. Bei der Verhaltenspflicht kann es sich um eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht handeln. Welche der beiden Pflichten verletzt wurde oder verletzt zu werden droht, wirkt sich auf die mögliche Durchsetzung aus. Demzufolge ist entsprechend der gefundenen Systematisierung auf der Primärebene eine Differenzierung nach Unterlassungs- und Handlungspflichten angezeigt.

1. Verletzung einer Unterlassungspflicht

Wird nach der jeweiligen Abwägung festgestellt, dass dem Gesellschafter die Pflicht obliegt, seine Rechtsausübung nicht oder nicht so auszuüben (Unterlassungspflicht) und kommt der Gesellschafter oder die Gesellschaft

dieser nicht nach, so soll das entsprechende Verhalten nichtig bzw. unbeachtlich sein.⁵⁴⁹ So ist etwa ein treuwidriger Widerspruch gegen eine Geschäftsführungsmaßnahme unwirksam,⁵⁵⁰ eine treuwidrige Anfechtungsklage unzulässig,⁵⁵¹ der treuwidrigen Ausübung des Informationsrechts muss nicht nachgekommen werden,⁵⁵² und eine Haftung des Mitgesellschafters für Gesellschaftsschulden ist ausgeschlossen, wenn der (Drittgläubiger-)Gesellschafter zunächst die Gesellschaft in Anspruch nehmen muss.⁵⁵³ Besonderheiten gelten bezüglich der Stimmrechtsausübung bzw. Beschlüssen, worauf noch gesondert einzugehen sein wird.

Die Nichtigkeit soll sich nach Teilen der Literatur aus § 134 BGB ergeben.⁵⁵⁴ Hiergegen wird jedoch eingewandt, dass einer Nichtigkeit aus § 134 BGB die Tatsache entgegensteht, dass die Grundlage der Treuepflicht im Gesellschaftsvertrag zu sehen und diese daher grundsätzlich abdingbar sei.⁵⁵⁵ Auch § 138 BGB komme nicht in Betracht, da nach überwiegender Auffassung die Sittenwidrigkeit hiernach eine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Tatumstände, aus denen diese abzuleiten ist, voraussetze, was im Falle der Treuepflicht nicht *per se* notwendig sei.⁵⁵⁶

549 Ganz h. M. so schon RG, Urt. v. 22. Oktober 1938 – Az.: II 58/38, RGZ 158, 302, 310; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 66; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 199; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 192; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 246; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 107; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 141; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 30; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 243; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 123.

550 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 246; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 156; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 243.

551 BGH, Urt. v. 22. Mai 1989 – Az.: II ZR 206/88, BGHZ 107, 296, 310 = NJW 1989, 2689 = ZIP 1989, 980 = WM 1989, 1128; BGH, Urt. v. 15. Juni 1992 – Az.: II ZR 173/91, NJW-RR 1992, 1388 = ZIP 1992, 1391 = WM 1992, 1404 = DB 1992, 1567.

552 *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 123.

553 OLG Karlsruhe, Urt. v. 10. Juli 2012, BeckRS 2013, 22674; ob jedenfalls hinsichtlich Drittgläubigeransprüchen aus der Treuepflicht eine solche Pflicht besteht, ist umstritten und letztlich eine Frage der Abwägung, dafür die wohl h. M. der Literatur vgl. nur *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 128 Rn. 24; ablehnend BGH, Urt. v. 8. Oktober 2013 – Az.: II ZR 310/12, NZG 2013, 1334 = ZIP 2013, 2305 = WM 2013, 2268 = DStR 2013, 2583, mit ausführlichem Meinungsstand.

554 So explizit *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 192.

555 *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1326.

556 *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1326; zu den subjektiven Voraussetzungen des § 138 BGB allgemein BGH, Urt. v. 10. Oktober 1997 – Az.: V ZR 74/96, NJW-RR 1998, 590 = WM 1998, 513 = BeckRS 9998, 16272; BGH, Urt. v. 27. Januar

Während alles Verhalten innerhalb der Rechtsordnung der Begrenzung der §§ 134, 138 BGB unterfällt, dies somit die Außengrenze darstellt, stellt die Treuepflicht (bzw. deren Verhaltenspflichten), durch Gesetz und Gesellschaftsvertrag begrenzt, die Binnengrenze des Verhaltens dar.⁵⁵⁷ Ein gegen die Treuepflicht verstoßendes Verhalten, also ein Verhalten, was außerhalb dieser Grenzen stattfindet, ist folglich rechtswidrig und führt somit jedenfalls zur Einwendung der Rechtswidrigkeit.⁵⁵⁸ Ob darüber hinaus jedoch stets eine Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit vorliegt, muss kritisch hinterfragt werden. Jedenfalls im Zusammenspiel mit § 243 Abs. 1, 2 AktG kommt es, sofern kein Fall des § 241 AktG vorliegt, nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses. Auch bei § 242 BGB, einer der dogmatischen Wurzeln der Treuepflicht, soll es sich nach allgemeiner Ansicht nicht um ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB handeln.⁵⁵⁹ Stellt jedoch § 242 BGB kein Verbotsgesetz dar, spricht dies ebenfalls für eine Ablehnung der Treuepflicht als Verbotsnorm i. S. d. § 134 BGB. Demzufolge wäre nicht jeder Verstoß gegen die Treuepflicht als nichtig gem. § 134 BGB einzuordnen.

Obgleich sich die Treuepflicht nicht mit § 242 BGB und im Speziellen dem Rechtsmissbrauch deckt bzw. kein Fall desselben darstellt,⁵⁶⁰ lassen sich die dort von *Kähler* aufgestellten Grundsätze dennoch fruchtbar machen. Besteht also eine Unterlassungspflicht, so wäre eine Berufung auf ein dagegen verstoßendes Verhalten zunächst unzulässig. Dies ergibt sich wie zuvor geschildert aus der Treuepflicht als Binnengrenze der Rechtsausübung selbst.⁵⁶¹ Ob dem Verhalten selbst hingegen die Einwendung der Nichtigkeit entgegengesetzt werden kann, hängt sodann davon ab, ob die Rechtssicherheit hierdurch nicht beeinträchtigt und zusätzlich die Beseitigung der Treuwidrigkeitsfolgen ausgeschlossen ist.⁵⁶² Das zeigt sich insbe-

1988 – Az.: VIII ZR 155/87, NJW 1988, 1373, 1374 = ZIP 1988, 582 (m. Anm.) = MDR 1988, 667; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18. Februar 2015 – Az.: VI U (Kart) 3/14, BeckRS 2015, 5317 = JZ 2015, 726 (m. Anm.) = WuW 2015, 505; *Jakl*, in: BeckOGK BGB, § 138 Rn. 147; *Wendtland*, in: BeckOGK BGB, § 138 Rn. 23; *Armbrüster*, in: MünchKomm BGB, § 138 Rn. 129 ff.

557 Zu § 242 BGB, *Grüneberg*, in: Palandt, § 242 Rn. 18.

558 Zu § 242 BGB, *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 498.

559 *Looscherliders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 Rn. 362; *Böttcher*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 22; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 7; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 127.

560 Siehe hierzu bereits S. 172 f.

561 Zu § 242 BGB, *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 498; auf die Stimmrechtsausübung im WEG übertragen wohl auch *Wendel*, ZWE 2002, 545, 546 f.

562 Zu § 242 BGB, *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 506.

sondere beim Blick auf die treuwidrige Geschäftsführung. Verstößt ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Geschäftsführungsmaßnahme gegen die Treuepflicht, befindet er sich mithin außerhalb der Binnengrenze der Rechtsausübung, überschreitet der Gesellschafter seine Geschäftsführungsbefugnis. Im Außenverhältnis kann diese dennoch wirksam sein, sofern Vertretungsmacht bestand.⁵⁶³ Da hier aufgrund der (regelmäßigen) Außenwirkung von Geschäftsführungsmaßnahmen die Rechtssicherheit beeinträchtigt wäre, kann keine Nichtigkeit der Rechtsausübung angenommen werden. Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern bzw. zur Gesellschaft ist die Rechtsausübung rechtswidrig, und sollten die weiteren Voraussetzungen vorliegen, ist ein Schadensersatzanspruch gegeben. Anders zu beurteilen wäre das Ganze freilich im Falle der Kollusion oder Evidenz oder sollten im Einzelfall die §§ 134, 138 BGB doch gegeben sein. In diesen Fällen wäre die Rechtssicherheit letztlich ebenfalls nicht beeinträchtigt.

Das Ergebnis bestätigt sich auch mit Blick auf die Stimmabgabe, worauf sogleich ausführlich eingegangen werden soll. So kommt jedenfalls der treuwidrigen Stimmabgabe noch keine Außenwirkung zu. Da folglich durch die Rechtsfolge der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt werden würde, ist die treuwidrige Stimmabgabe nichtig. Gleiches gilt im Grunde für den Beschluss, dem grundsätzlich keine Außenwirkung zukommt. Allerdings besteht diesbezüglich jedenfalls bei der Aktiengesellschaft mit §§ 241 ff. AktG vorrangiges geschriebenes Recht, welches nach ganz h. M. auch auf die GmbH entsprechend Anwendung findet.⁵⁶⁴

Die Rechtsfolge der Verletzung der Treuepflicht in Form einer Unterlassungspflicht ist also die Einwendung der Rechtswidrigkeit des entsprechenden Verhaltens bzw., sofern keine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit besteht, was in den gesellschaftsinternen Konstellationen und

563 *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 709 Rn. 18; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 714 Rn. 24.

564 BGH, Urt. v. 16. Dezember 1953 – Az.: II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 235 = NJW 1954, 385 = BB 1954, 39 = GmbHR 1954, 28; BGH, Urt. v. 14. Dezember 1961 – Az.: II ZR 97/59, BGHZ 36, 207, 208 ff. = NJW 1962, 538 = WM 1962, 198 = DB 1962, 231 = GmbHR 1962, 48; BGH, Urt. v. 9. Dezember 1968 – Az.: II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 210 f. = NJW 1969, 841 = WM 1969, 373 = GmbHR 1970, 119 = DB 1969, 299; BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69 f. = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; BGH, Urt. v. 17. Februar 1997 – Az.: II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 365 = NJW 1997, 1510 = ZIP 1997, 732 = WM 1997, 823; für die h. M. in der Literatur statt aller *Wolff*, in: MünchHdb GesR III, § 40 Rn. 1.

aufgrund der rein gesellschaftsinternen Anwendungsfälle der Treuepflicht zumeist der Fall sein wird, sogar Nichtigkeit.

Obgleich die abstrakte Pflicht, das treuepflichtwidrige Verhalten zu unterlassen, bzw. die Unterlassungspflicht besteht, stellt sich die Frage, ob dies auch einen Unterlassungsanspruch begründet. Grundsätzlich begründet die Verletzung einer Unterlassungspflicht lediglich Einwendungen. Für den gesetzlich normierten Fall des Wettbewerbsverbots aus §§ 112, 113 HGB wird ein solcher Anspruch grundsätzlich bejaht. Ein solcher soll dafür Sorge tragen, dass eine Zuwiderhandlung in Zukunft unterlassen wird oder, wenn eine solche ernstlich zu befürchten ist, erst gar nicht entsteht. Voraussetzung ist dabei eine Begehungs- oder Wiederholungsgefahr. Da hinsichtlich der Schutzfunktion der Treuepflicht kein grundsätzlicher Unterschied zum Wettbewerbsverbot bestehen soll,⁵⁶⁵ das Wettbewerbsverbot vielmehr als Ausfluss aus der Treuepflicht gilt,⁵⁶⁶ liegt es auf der Hand, eine solche auch für die anderen Treuepflichtverstöße anzunehmen. So steht weder das Wettbewerbsverbot noch die Treuepflicht bzw. die Existenz der entsprechenden Einwendungen der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs in entsprechender Anwendung von § 1004 BGB entgegen.⁵⁶⁷ Ist ein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht ernstlich zu befürchten, besteht mithin eine Begehungs- oder Wiederholungsgefahr i. S. d. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, so besteht ein Unterlassungsanspruch.⁵⁶⁸ Streng genommen handelt es sich hierbei auch nicht um eine Rechtsfolge bei Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht, sondern um einen gesondert bestehenden bzw. weitergehenden Anspruch.

⁵⁶⁵ *Mattfeld*, in: MünchHdb GesR I, § 59 Rn. 2.

⁵⁶⁶ 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.

⁵⁶⁷ Zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen beim Wettbewerbsverbot *Langhein*, in: MünchKomm HGB, § 113 Rn. 11.

⁵⁶⁸ So auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 16. Januar 2008 – Az.: VI U (kart) 23/07, BeckRS 2008, 11167; *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1636; *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 522.

2. Verletzung einer Handlungspflicht

Problematischer ist hingegen die Rechtsfolge hinsichtlich der Verletzung einer Handlungspflicht. Eine Handlungspflicht besteht hauptsächlich dann, wenn sämtliche anderweitigen verhältnismäßigen Verhalten nicht geeignet wären, den (drohenden) Schaden zu verhindern. Die Handlungspflicht stellt dabei ein Plus zur Unterlassungspflicht dar, da mit der Pflicht zu einem spezifischen Verhalten sämtliche andere Verhalten treuwidrig wären.⁵⁶⁹ Eine der Handlungspflicht nicht entsprechende Rechtsausübung wäre daher entsprechend der die Unterlassungspflicht verletzenden Rechtsausübung zu behandeln. Ein anderweitiges Verhalten wäre also rechtswidrig.

Die Handlungspflicht stellt gleichzeitig einen Erfüllungsanspruch dar, der im Wege der Leistungsklage durchgesetzt werden kann.⁵⁷⁰ Hierbei stellt sich jedoch die Frage, ob in bestimmten Fällen die Verletzung der Handlungspflicht gar unmittelbar zu der Begründung eines neuen Rechts reichen und das treugemäße Verhalten fingiert werden kann oder stets im Wege der Leistungsklage erstritten werden muss.⁵⁷¹ Bezüglich der Frage nach einer Rechtsentstehung aufgrund von Treue, jedoch ohne vertragliche oder spezielle gesetzliche Grundlage, wurde im Rahmen von § 242 BGB von *Kähler* ausgeführt, dass hiermit eine erhebliche Freiheitseinschränkung einhergehe und demnach an eine Entstehung eines Anspruchs aufgrund von § 242 BGB hohe Anforderungen zu stellen seien.⁵⁷² Dies muss auch hier gelten. Bestehen schon bezüglich der Annahme einer Handlungspflicht hohe Hürden, so müssen auch bezüglich einer solchen Fingierung zusätzliche Anforderungen gestellt werden. Im Sinne des Interessenausgleichs ist dies zusätzlich eine Frage des Klagerisikos. Wird

569 Vgl. 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.

570 Ganz h. M. BGH, Urt. v. 28. April 1975 – Az.: II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 257 f. = NJW 1975, 1410 = BB 1975, 896 = GmbHR 1975, 179; *Schäfer*, in: Münch-Komm BGB, § 705 Rn. 246; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 157; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 30; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 200; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 68; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 122; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 244; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 107.

571 Befürwortend *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 518 ff.; für das Fingieren eines Beschlusses, dem alle Gesellschafter kraft Treuepflicht zustimmen hätten müssen BGH, Urt. v. 5. November 1984 – Az.: II ZR 111/84, NJW 1985, 974 f. = ZIP 1985, 407 = GmbHR 1985, 152.

572 *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 566 ff.

das Verhalten fingiert, obliegt es dem vermeintlich treuwidrig handelnden Gesellschafter, bei anderer Rechtsauffassung zu klagen, während hingegen das Klagerisiko grundsätzlich der vermeintlich geschädigten Gesellschaft oder den vermeintlich geschädigten Mitgesellschaftern zukommt. Besonders deutlich tritt besagte Frage im Rahmen von Stimm- bzw. Zustimmungspflichten hervor, weshalb dieser Frage im Rahmen der nachfolgenden, gesonderten Ausführung zu den Rechtsfolgen der stimmrechtsbezogenen Treuepflichtverletzungen nachgegangen werden soll.

3. Speziell: Stimmrechte und Beschlüsse

Die gewichtigste und für die Treuepflicht relevanteste Rechtsausübung innerhalb der Gesellschaft stellen die Stimmrechte bzw. Beschlüsse dar. Der unangefochtene Großteil der Urteile zur Treuepflicht ergeht hierzu. Finden sich in der Literatur Ausführungen zu Rechtsfolgen, befassen diese sich ebenfalls hauptsächlich mit ebendiesen.⁵⁷³ Bezüglich der Stimmrechte kommen als Verhaltenspflichten sowohl Stimmverbote als auch positive Stimmpflichten in Betracht, die bei Nichtbeachtung zu einem Treuepflichtverstoß führen.

Die Notwendigkeit dieser Unterscheidung zwischen der treuwidrig abgegebenen und der treuwidrig unterlassenen Stimme wird auch in der Rechtsprechung deutlich. So ist nicht darauf abzustellen, ob eine irgendwie geartete Stimmabgabe erfolgte, sondern ob ein Stimmverbot oder eine Stimmpflicht vorgelegen hat. Stimmt ein Gesellschafter etwa gegen eine Sanierungsmaßnahme, obwohl eine Zustimmungspflicht bestanden hat, so handelt es sich letztlich nicht um eine treuwidrig abgegebene Stimme, sondern um eine treuwidrig nicht abgegebene Stimme, also die Verletzung einer Handlungspflicht. Die Stimmpflicht enthält als Kehrseite oder „Minus“ die Stimmverbote bezüglich aller anderen möglichen Stimmabgaben. Wird die Treuwidrigkeit einer Stimmabgabe festgestellt, kann hieraus aber nicht unmittelbar das Zustandekommen eines anderslautenden Beschlusses angenommen werden. Hierfür spricht auch ein Urteil des BGH vom 09.07.1990, in der eine Gesellschafterin der beklagten GmbH gegen einen Gesellschafterbeschluss vorging, der gegen ihre Stimme bei einem Stimmanteil von 30 Prozent die Einforderung der noch offenen Resteinlage vorsah, wobei laut Satzung Gesellschafterbeschlüsse mit einer Mehrheit von

⁵⁷³ Vgl. nur etwa *Maul*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon GmbHG, § 13 Rn. 53; *Wiedemann*, FS Heinsius, 949, 955.

80 Prozent der abgegebenen Stimmen zu fassen sind. Der BGH führte hier aus:

„Ohne entscheidungserhebliche Bedeutung ist dabei [...], ob die Klägerin unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falles aus dem Gesichtspunkt ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht gehalten gewesen wäre, für die Einforderung ihrer Einlage zu stimmen. Solange die Mitgesellschafter ihr möglicherweise bestehendes Recht, von der Klägerin die Zustimmung zur Einforderung ihrer Resteinlage zu verlangen, nicht ausgeübt und keine gerichtliche Entscheidung, die die Klägerin zu einer positiven Stimmabgabe verurteilt (§ 894 ZPO), herbeigeführt haben, könnte auch eine solche Zustimmungspflicht nichts daran ändern, dass der Antrag, die Einlage einzufordern, nicht die nach der Satzung der Beklagten erforderliche qualifizierte Mehrheit gefunden hat.“⁵⁷⁴

Entsprechend ist zunächst auf den Fall einzugehen, dass eine Stimmabgabe treuwidrig, also trotz Unterlassungspflicht in Form eines Stimmverbots, erfolgte, und anschließend auf den Fall, dass diese treuwidrig, also trotz Handlungspflicht in Form einer Stimpfpflicht, unterblieb.

a. Treuwidrige Wahrnehmung des Stimmrechts

Wird ein Stimmrecht treuwidrig wahrgenommen, also eine Stimme treuwidrig abgegeben, finden sich sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung verschiedene Auffassungen darüber, ob eine solche Stimme wirksam oder nichtig ist und wie mit einem anschließenden Beschluss zu verfahren ist. Uneinigkeit besteht hierbei insbesondere hinsichtlich der Kapitalgesellschaften.

⁵⁷⁴ BGH, Urt. v. 9. Juli 1990 – Az.: II ZR 9/90, NJW 1991, 172, 174 = ZIP 1990, 1194 = WM 1990, 1618 = DB 1990, 1958.

aa. Kapitalgesellschaften

(1) Literatur: Stimme wirksam

Einige Stimmen der Literatur erachten die treuwidrig abgegebene Stimme zunächst nicht als nichtig, sondern wirksam.⁵⁷⁵ Lediglich der auf den treuwidrig abgegebenen Stimmen beruhende Beschluss sei anfechtbar. Hierbei soll der Grundgedanke des § 243 Abs. 2 AktG maßgeblich sein, wonach die rechtsmissbräuchliche Stimmabgabe im Kapitalgesellschaftsrecht nur die Anfechtbarkeit, nicht jedoch die Nichtigkeit nach sich ziehe.⁵⁷⁶ Ist nun aber der Beschluss lediglich anfechtbar, so sollen die Stimmen, die diesen Beschluss zustande gebracht haben, nicht nichtig sein können. Gleichsam könne bei der Annahme, die treuwidrige Stimme sei nichtig, nicht erklärt werden, wie treuwidrige, aber einstimmige Beschlüsse rechtmäßig und wirksam sein können, wenn alle abgegebenen Stimmen nun nichtig seien.⁵⁷⁷

Ferner wird im Hinblick auf die Aktiengesellschaft angeführt, dass es unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit problematisch erscheine, dass bei Nichtigkeit treuwidriger Stimmen der Versammlungsleiter bei der Beschlussfeststellung über die komplexen Fragen der konkreten Treuepflicht zu entscheiden habe.⁵⁷⁸ Eine zuverlässige Feststellung der häufig komplizierten Sachlagen werde jedoch im Rahmen der Hauptversammlung kaum zuverlässig stattfinden können. Letztlich obläge es dem Versammlungsleiter, darüber zu entscheiden, wer den etwaigen Prozess anzustreben hat. Zählt er eine treuwidrige Stimme nicht mit, würde dies dazu führen, dass er den die Stimme abgebenden Gesellschafter in die Klägerrolle drängt, zählt er sie hingegen mit, fällt dies den übrigen Gesellschaftern zu. Der Versammlungsleiter würde so zum „Richter über die Gesellschaftstreue“ werden.⁵⁷⁹ Es würde demnach zur Rechtssicherheit bei-

575 *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325 ff.; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 188, wohl auch *Casper*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 47 Rn. 23; *Würthwein*, in: Spindler/Stilz AktG, § 243 Rn. 127; *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 6; wohl auch *Oelrichs*, GmbHR 1995, 863 ff.

576 *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 5 f.; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 188; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 198.

577 *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 6.

578 *Würthwein*, in: Spindler/Stilz AktG, § 243 Rn. 127.

579 *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 6.

tragen, wenn auch treuwidrige Stimmen bei der Beschlussfeststellung als wirksam angesehen werden würden.⁵⁸⁰

Teilweise wird einschränkend vertreten, dass für den Fall der fehlenden formellen Beschlussfeststellung bei der GmbH eine analoge Anwendung von §§ 243 ff. AktG ausscheide und somit die abgegebene Stimme nichtig sei.⁵⁸¹

(2) Literatur: Stimme nichtig

Die herrschende Meinung in der Literatur behandelt eine in einer Kapitalgesellschaft treuwidrig abgegebene Stimme hingegen als nichtig.⁵⁸² Eine solche Stimme wäre demnach in der Beschlussfassung nicht mitzuzählen.⁵⁸³ Die Nichtigkeit ergebe sich daraus, dass jede Rechtsausübung, die gegen Treu und Glauben bzw. erst recht gegen gesteigerte Treubindungen – wie die mitgliedschaftliche Treuepflicht – verstoße, rechtsmissbräuchlich sei. Selbst wenn man keine Rechtsmissbräuchlichkeit annehmen wolle, sei jedenfalls die Rechtsausübung außerhalb expliziter und impliziter Grenzen, die das Rechtsverhältnis vorgebe, unwirksam.⁵⁸⁴ Im Übrigen sei auch vom praktischen Ergebnis die Nichtigkeitslösung vorzugswürdig, da andernfalls die Möglichkeit der Berichtigung des rein rechnerischen äußeren Beschlussergebnisses ausgeschlossen werde. Damit würde die Beschlusskorrektur im Sinne der positiven Beschlussfeststellung durch das Gericht unmöglich gemacht.⁵⁸⁵

Wird ein Beschluss gefasst, unterscheiden sich die Vertreter der Nichtigkeitslösung – jedenfalls für die GmbH – zwischen solchen, die stets

580 *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1328.

581 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 198.

582 *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 366 ff.; *Noack/Zetzsche*, in: KK-AktG, § 243 Rn. 251; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 78; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 30; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 108; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor 53a Rn. 72; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh. § 53a Rn. 1 ff.; *Drescher*, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 260; *K. Schmidt/Bochmann*, in: Scholz GmbHG, § 45 Rn. 98; *Hillmann*, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG § 47 Rn. 85; *Römermann*, in: Michalski GmbHG, Anh § 47 Rn. 335; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 121; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 47 Rn. 16.

583 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 30.

584 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 108.

585 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 108.

eine Anfechtbarkeit des Beschlusses befürworten,⁵⁸⁶ und solchen, die eine Anfechtbarkeit nur bei förmlicher Beschlussfeststellung annehmen.⁵⁸⁷ Liegt eine Feststellung nicht vor, soll nach letzterer Ansicht der gesamte Beschluss der Nichtigkeit unterliegen.⁵⁸⁸ Für die Anfechtbarkeit des Beschlusses werden jeweils die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 241 ff. AktG entsprechend angewandt.⁵⁸⁹ Der Beschluss der Hauptversammlung einer AG bedarf zu seiner Wirksamkeit stets der Feststellung durch den Versammlungsleiter,⁵⁹⁰ weshalb sich diese Unterscheidung erübrigt und stets die Anfechtbarkeit angenommen wird.⁵⁹¹

(3) Literatur: Stimme bei Evidenz nichtig

Vermittelnd wird teilweise vertreten, dass die Stimmabgabe lediglich bei offenkundigen Treuepflichtverstößen unbeachtlich sei.⁵⁹² Hierfür spreche, dass auch in der Praxis, ein Versammlungsleiter derartige Stimmen nur in

586 Römermann, in: Michalski GmbHG, Anh § 47 Rn. 17 ff, 335; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 108, Anh § 47 Rn. 105.

587 Schindler, in: BeckOK GmbHG, § 47 Rn. 58; Drescher, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 262; Hillmann, in: Henssler/Strohn GesR, GmbHG Anh § 47 Rn. 4; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 78; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 121; K. Schmidt, in: Scholz GmbHG, § 47 Rn. 32; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh § 47 Rn. 1 ff.

588 Schindler, in: BeckOK GmbHG, § 47 Rn. 58; Drescher, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 262; K. Schmidt, in: Scholz GmbHG, § 47 Rn. 32.

589 BGH, Urt. v. 16. Dezember 1953 – Az.: II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 235 = NJW 1954, 385 = BB 1954, 39 = GmbHR 1954, 28; BGH, Urt. v. 14. Dezember 1961 – Az.: II ZR 97/59, BGHZ 36, 207, 208 ff. = NJW 1962, 538 = WM 1962, 198 = DB 1962, 231 = GmbHR 1962, 48; BGH, Urt. v. 9. Dezember 1968 – Az.: II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 210 f. = NJW 1969, 841 = WM 1969, 373 = GmbHR 1970, 119 = DB 1969, 299; BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69 f. = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; BGH, Urt. v. 17. Februar 1997 – Az.: II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 365 = NJW 1997, 1510 = ZIP 1997, 732 = WM 1997, 823; für die h. M. statt aller Wolff, in: MünchHdb GesR III, § 40 Rn. 1, siehe ausführlich S. 215 ff.

590 Arnold, in: MünchKomm AktG, § 133 Rn. 73; Rieckers, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 52.

591 Statt aller Götze, in: MünchKomm AktG, Vor 53a Rn. 72.

592 Fleischer, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 63; Cahn/v. Spannenberg, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 56; Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 138, der jedenfalls nur in diesen Fällen eine Relevanz sieht.

Evidenzfällen bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses beiseite lassen wird.⁵⁹³

(4) Rechtsprechung

Während in der Judikatur Stimmen zunächst nicht als nichtig, sondern Beschlüsse, die unter Berücksichtigung einer treuwidrigen Stimme zustande kamen, als anfechtbar galten,⁵⁹⁴ werden nunmehr in den meisten Fällen treuwidrige Stimmen, wenngleich häufig ohne gesonderte Begründung, als nichtig erachtet.⁵⁹⁵ Häufig wird die Stimmabgabe als rechtsmissbräuchlich und daher als nichtig eingeordnet.⁵⁹⁶ Das OLG Hamburg führt etwas dezidiierter aus:

„Demgegenüber ist jedoch die Annahme einer Nichtigkeit der treuwidrigen Stimme dogmatisch klarer und auch praktikabler. Der Gegenansicht, die außer einer gerichtlichen Beschlußfeststellung eine Anfechtung des ablehnenden Beschlusses verlangt, ist vielmehr nur dann zu folgen, wenn ein Beschlußergebnis durch einen Versammlungslei-

593 *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 63.

594 BGH, Urt. v. 10. Februar 1977 – Az.: II ZR 79/750, GmbHR 1977, 129 = BB 1977, 465 = BeckRS 1977, 31003329; BGH, Urt. v. 28. Januar 1980 – Az.: II ZR 124/78, BGHZ 76, 352 NJW 1980, 1278 = ZIP 1980, 275 = ZGR 1981, 171.

595 BGH, Urt. v. 19. November 1990 – Az.: II ZR 88/89, NJW 1991, 846 = ZIP 1991, 23 = WM 1991, 97 = DB 1991, 486; BGH, Urt. v. 12. Juli 1993 – Az.: II ZR 65/92, NJW-RR 1993, 1253, 1254 = ZIP 1993, 1228 = WM 1993, 1593 = GmbHR 1993, 579; BGH, Versäumnisurt. v. 21. Juli 2008 – Az.: II ZR 39/07, NZG 2008, 783, 785 = ZIP 2008, 1818 = WM 2008, 1876 = DB 2008, 2128; 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; OLG Hamm, Urt. v. 9. September 2019 – Az.: 8 U 7/17, NZG 2019, 1261, 1265 = GmbHR 2020, 204 (m. Anm.) = BeckRS 2019, 23031; OLG Brandenburg, Urt. v. 5. Januar 2017 – Az.: 6 U 21/14, ZIP 2017, 1417, 1421 (m. Anm.) = EWiR 2017, 623 (m. Anm.); OLG Düsseldorf, Urt. v. 8. März 2001 – Az.: 6 U 64/00, NZG 2001, 991, 992 = GmbHR 2001, 1049 = DB 2001, 2035 = BeckRS 9998, 42625; OLG Hamburg, Urt. v. 28. Juni 1991 – Az.: 11 U 148/90, ZIP 1991, 1430, 1434 (m. Anm.) = GmbHR 1992, 43 = DB 1991, 1871 = BeckRS 2013, 732.

596 So etwa BGH, Urt. v. 9. November 1987 – Az.: II ZR 100/87, BGHZ 102, 172, 178 = NJW 1988, 969 = ZIP 1988, 22 (m. Anm.) = DB 1988, 221, allerdings zur Publikumpersonengesellschaft; BGH, Urt. v. 19. November 1990 – Az.: II ZR 88/89, NJW 1991, 846 = ZIP 1991, 23 = WM 1991, 97 = DB 1991, 486; BGH, Urt. v. 12. Juli 1993 – Az.: II ZR 65/92, NJW-RR 1993, 1253, 1254 = ZIP 1993, 1228 = WM 1993, 1593 = GmbHR 1993, 579.

ter festgestellt worden ist. Diese Feststellung hat dann konstituierende Wirkung. Auch soweit hierbei unwirksame Stimmen mitgezählt werden, ist das festgestellte Beschlüßergebnis maßgeblich. Der festgestellte ablehnende Beschlüß muß dann angefochten werden, bevor im Übrigen ein positives Beschlüßergebnis festgestellt werden kann. Ohne eine solche konstituierende Feststellung in der Versammlung fehlt es aber an einer Grundlage für eine Anfechtung.⁵⁹⁷

Kommt es also zu einem Beschluss, so ist nach Auffassung der Rechtsprechung im Falle einer Beschlussfeststellung die Anfechtungsklage statthaft. Aufgrund der konstituierenden Wirkung der Feststellung ist hiernach der Beschluss und nicht mehr die eigentlich nichtige Stimme maßgeblich.⁵⁹⁸

bb. Personengesellschaften

Anders als bei Kapitalgesellschaften ist die Frage nach der Behandlung einer treuwidrig abgegebenen Stimme bei den Personengesellschaften nicht sonderlich umstritten. Relevanz entfaltet die Problematik ohnehin ausschließlich bei Mehrheitsentscheidungen. Wird hier ein Stimmrecht treuwidrig wahrgenommen, also eine Stimme treuwidrig abgegeben, ist diese nach weit überwiegender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung als nichtig zu behandeln.⁵⁹⁹ Auch der mit der treuwidrig abgegebenen Stimme zustande gekommene Beschluss ist, wenn die Stimmabgabe für das Ergebnis ursächlich gewesen sein kann, nach überwiegender Ansicht nichtig und nicht bloß anfechtbar.⁶⁰⁰ Teilweise wird jedoch auch für die

597 OLG Hamburg, Urt. v. 28. Juni 1991 – Az.: 11 U 148/90, ZIP 1991, 1430, 1434 (m. Anm.) = GmbHR 1992, 43 = DB 1991, 1871 = BeckRS 2013, 732.

598 Vgl. nur BGH, Urt. v. 19. November 1990 – Az.: II ZR 88/89, NJW 1991, 846 = ZIP 1991, 23 = WM 1991, 97 = DB 1991, 486.

599 BGH, Urt. v. 9. November 1987 – Az.: II ZR 100/87, BGHZ 102, 172, 178 = NJW 1988, 969 = ZIP 1988, 22 (m. Anm.) = DB 1988, 221; *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1329; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 16, 94; *Born*, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 25; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 243, § 119 Rn. 73; *Westermann*, in: Erman BGB, § 705 Rn. 50; *Habermeyer*, in: Staudinger, § 709 Rn. 29.

600 Siehe ausführlich S. 218 ff.; BGH, Urt. v. 7. Juni 1999 – Az.: II ZR 278/98, NJW 1999, 3113 = ZIP 1999, 1391 = WM 1999, 1619 = NZG 1999, 935 (m. Anm.); OLG Frankfurt, Urt. v. 23. Mai 2019 – Az.: 5 U 21/18, GmbHR 2019, 940, 943 = EwIR 2020, 7 (m. Anm.) = BeckRS 2019, 16088; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 75; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 94; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 119 Rn. 31; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 109.

Personengesellschaften eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG befürwortet,⁶⁰¹ womit sich auch für die Personengesellschaft die Frage nach der Behandlung der Stimme auswirken bzw. die Argumentation der Wirksamkeitslösung greifen würde. Wird eine Analogie der aktienrechtlichen Vorschriften abgelehnt, entfällt jedoch das Korrektiv, das es im Kapitalgesellschaftsrecht gestattet, die treuwidrige Stimmabgabe auch dann zu sanktionieren, wenn ihre Wirksamkeit zugrunde gelegt wird.⁶⁰²

cc. Stellungnahme

Zunächst ist der Kritik gegen die h. M. insofern zuzustimmen, soweit diese anführt, dass bei Annahme der Wirksamkeit der Stimme eine Beschlusskorrektur im Sinne der positiven Beschlussfeststellung durch das Gericht unmöglich gemacht würde. So geht dies tatsächlich „an der Rechtswirklichkeit vorbei“⁶⁰³, da die Anfechtungsklage mit der positiven Beschlussfeststellungsklage verbunden werden kann, welche ebendies ermöglicht.⁶⁰⁴ Allerdings vermag der Verweis auf den Grundgedanken des § 243 Abs. 2 AktG letztlich dennoch nicht zu überzeugen. So ist in § 243 Abs. 2 AktG keine alternative Sanktion oder gar ein spezielleres Verfahren für treuepflichtwidrige Stimmabgaben zu erkennen. § 243 Abs. 2 AktG regelt die Anfechtbarkeit von Beschlüssen. Es darf dabei nicht übersehen werden, dass die Frage nach der Nichtigkeit von treuwidrigen Stimmabgaben zunächst unabhängig von der Frage nach der Behandlung von Beschlüssen erfolgen sollte. So muss zwischen der Stimmabgabe als solcher und dem Gesellschafterbeschluss unterschieden werden.⁶⁰⁵ Nicht nur beim Beschluss, sondern auch bei jeder einzelnen Stimmabgabe handelt es sich um ein eigenständiges Rechtsgeschäft,⁶⁰⁶ welches in seinem rechtlichen Be-

601 *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 98 f.; *Freitag*, in: E/B/J/S HGB, § 119 Rn. 82; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 447 ff., 1397; *Schmidt*, ZGR 2008, 1, 26 ff.; ablehnend *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 76; siehe ausführlich S. 167 ff.

602 *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1329.

603 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 198.

604 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 198; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 188.

605 So auch *Wertenbruch*, in: MünchKomm GmbHG, Anh § 47 Rn. 185; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 108; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 30; *Semler/Asmus*, NZG 2004, 881, 885.

606 *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 30.

stand unabhängig vom rechtlichen Bestand des Beschlusses ist.⁶⁰⁷ Insofern verfängt es nicht, wenn angeführt wird, dass ein lediglich anfechtbarer Beschluss nicht mit nichtigen Stimmen zustande gebracht werden könne. Auch soweit die Frage aufgeworfen wird, wie ein rechtmäßiger und wirksamer Beschluss möglich sein solle, wenn ausschließlich nichtige Stimmen abgegeben würden, ändert dies am Ergebnis nichts. Denn selbst im Falle eines solchen sog. „stimmlosen Beschlusses“ kommt mit der Feststellung ein wirksamer Beschluss zustande.⁶⁰⁸ Dies folgt aus der konstitutiven Wirkung der Beschlussfeststellung, wonach dieser grundsätzlich – zunächst – wirksam und für alle Beteiligten verbindlich ist.⁶⁰⁹ Kommt also ein Beschluss im Wege der Beschlussfeststellung zustande und kommen somit die §§ 241 ff. AktG zum Tragen,⁶¹⁰ lassen sich aufgrund ebendieser Selbstständigkeit keine Rückschlüsse auf die Wirksamkeit der Stimmabgabe ziehen. Nichts anderes gilt mit Blick auf § 243 Abs. 2 AktG, der gerade keine Hinweise auf die Wirksamkeit der Stimmabgabe bietet. Unter Berücksichtigung der ausgeführten Eigenständigkeit von Stimmabgabe und Beschluss lässt sich § 243 Abs. 2 AktG daher auch kein allgemeiner Rechts- oder Grundgedanke entnehmen. Vielmehr beziehen sich die §§ 241 ff. AktG ausschließlich auf den bereits festgestellten Beschluss.⁶¹¹ Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Stimmabgabe und Beschluss zeigt sich mit Blick auf die Treuepflicht auch daran, dass im Falle des treuwidrigen Beschlusses die Treuwidrigkeit von der Gesellschaft (umgekehrt-vertikale Treuepflicht), während die Treuwidrigkeit der treuwidrigen Stimme vom jeweiligen Gesellschafter ausgeht.⁶¹²

Wird ein allgemeiner Rechtsgedanke aus § 243 Abs. 2 AktG für das Gesellschaftsrecht nun abgelehnt, vermag ein Verweis auf § 243 Abs. 2

607 *Semler/Asmus*, NZG 2004, 881, 885.

608 BGH, Urt. v. 24. April 2006 – Az.: II ZR 30/05, BGHZ 167, 204 = ZIP 2006, 1134 = WM 2006, 1151 = NZG 2006, 505; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 133 Rn. 2, § 241 Rn. 3; kritisch jedoch *Semler/Asmus*, NZG 2004, 881, 885.

609 *Noack*, GmbHR 2017, 792, 793; zur GmbH BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69 f. = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; BGH, Urt. v. 11. Februar 2008 – Az.: II ZR 187/06, NZG 2008, 317, 318 = ZIP 2008, 757 = WM 2008, 594; BGH, Urt. v. 21. Juni 2010 – Az.: II ZR 230/08, NJW 2010, 3027, 3029 = NZG 2010, 1022 = ZIP 2010, 1640 = WM 2010, 1652; *Schäfer*, in: MünchKomm AktG, § 241 Rn. 8; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 133 Rn. 2, § 241 Rn. 3.

610 Vgl. ausführlich S. 215 ff.

611 *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 85; *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 95.

612 Siehe hierzu Kapitel 4 B, S. 105 ff.

AktG für andere Gesellschaftsformen als die Aktiengesellschaft, wenn überhaupt, nur dann Wirkung zu entfalten, wenn man eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG annimmt, also eine Beschlussfeststellung stattfindet.⁶¹³

Des Weiteren hält die Annahme der Wirksamkeit einer treuwidrigen Stimme, auch sofern auf den Versammlungsleiter als Argument gegen die Rechtssicherheit abgestellt wird, näherer Betrachtung nicht stand. Zwar ist dem zuzugeben, dass bei Nichtigkeit der Stimmabgabe der Versammlungsleiter bei der Beschlussfeststellung unter Umständen über komplexe Fragen der Treuepflicht zu entscheiden hätte und er durch seine Entscheidung das Prozessrisiko verteilt. Allerdings lässt sich dem entgegenhalten, dass auch in den Fällen des § 136 Abs. 1 AktG dem Versammlungsleiter das Recht und die Pflicht zukommt, die entgegen § 136 Abs. 1 AktG abgegebenen Stimmen zu ignorieren, da diese nichtig sind.⁶¹⁴ Es obliegt dem Versammlungsleiter, auf bestandskräftige Beschlüsse hinzuwirken, indem er im Rahmen des Möglichen prüft, ob ein Stimmverbot eingreift, und unter den verbleibenden Unsicherheiten beurteilt, ob dies überwiegend wahrscheinlich ist oder nicht.⁶¹⁵ Dabei hat er auch die Beweislastverteilung in einem Prozess als Determinante der Wahrscheinlichkeit zu beachten.⁶¹⁶ Obgleich Verstöße gegen die Treuepflicht im Gegensatz zu § 136 Abs. 1 AktG regelmäßig nicht derart offensichtlich sein werden, wird deutlich, dass eine solche Aufgabe dem Versammlungsleiter nach Gesetzeskonzeption nicht fremd ist. Mit § 136 Abs. 1 AktG wird vielmehr deutlich, dass dem Versammlungsleiter durchaus eine Prüfungskompetenz, insbesondere grundsätzlich die Aufgabe, nichtige Stimmen zu erkennen und auszusondern, zukommt.⁶¹⁷ Darüber hinaus hat sich der Versammlungsleiter auf die Beschlussinhalte vorzubereiten und bei komplizierten Sachla-

613 Vgl. ausführlich S. 215 ff.

614 *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 136 Rn. 58; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 136 Rn. 33; *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 96; wohl auch *Hirschmann*, in: Hölters AktG, § 136 Rn. 36; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 130 Rn. 22, nach dem eine Verpflichtung jedoch nur bei evidenten Verstößen gegeben sein soll; ebenso *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 136 Rn. 42; *Grunsky*, ZIP 1991, 778 ff.

615 *Tröger*, in: KK-AktG, § 136 Rn. 95; *Grunsky*, ZIP 1991, 778, 780; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 136 Rn. 33.

616 *Tröger*, in: KK-AktG, § 136 Rn. 95.

617 *Noack/Zetzsche*, in: KK-AktG, § 243 Rn. 292; zur Berechtigung bzw. Verpflichtung des Versammlungsleiters i. R. d. § 136 AktG *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 136 Rn. 58; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 136 Rn. 33; *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 96; wohl auch *Hirschmann*, in: Hölters

gen unter Umständen Berater hinzuzuziehen, was ein Erkennen treuwidriger Stimmen jedenfalls möglich erscheinen lässt.⁶¹⁸ Hierfür spricht auch das Ziel der Treuepflicht, die Interessen von Gesellschaft und Gesellschafter auf möglichst schonende Art und Weise miteinander zu vereinbaren. Dies besteht insbesondere bei offensichtlichen Treuepflichtverstößen in der Aussonderung der nichtigen Stimmen und somit in der Vermeidung eines Anfechtungsprozesses.⁶¹⁹ Obgleich faktisch in der Praxis regelmäßig nur offenkundige Treuepflichtverstöße von Relevanz sein werden,⁶²⁰ vermag, soweit vertreten wird, dass die Stimmabgabe nur in diesen Fällen unbeachtlich sei, dies dennoch dogmatisch wenig zu überzeugen und lässt eine diesbezügliche Begründung vermissen.

Soweit jedoch die Nichtigkeit der Stimmabgabe – wie von Teilen der h. M. und Rechtsprechung vertreten – auf Rechtsmissbräuchlichkeit gestützt wird, kann auch dem nur bedingt gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Treuepflicht nicht um einen Fall rechtsmissbräuchlichen Verhaltens i. S. d. § 242 BGB, da die Treuepflicht deutlich tiefer und weiter reicht als der Grundsatz von Treu und Glauben. Eine Verletzung der Treuepflicht kann bereits vorliegen, bevor die Schwelle des allgemeinen Rechtsmissbrauchs erreicht ist.⁶²¹ Käme es nur für solche Verstöße gegen die Treuepflicht zur Nichtigkeit, die gleichzeitig den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs erfüllen, würde dies – wenngleich es hierbei regelmäßig zu Überschneidungen kommen wird – dennoch zu Regelungslücken führen.

Mit Blick auf die herausgearbeiteten Erkenntnisse sind treuwidrig wahrgenommene Stimmen als eine Verletzung einer Unterlassungspflicht einzuordnen. Unter Anwendung der im Rahmen der Verletzung einer Unterlassungspflicht allgemein gefundenen Ergebnisse lässt sich daher Folgendes festhalten:

Die Treuepflicht stellt eine Binnengrenze der Rechtsausübung dar. Treuepflichtwidrige Stimmabgaben befinden sich daher außerhalb dieser Binnengrenze und sind somit zunächst rechtswidrig. Ob der Stimmabgabe jedoch auch die Einwendung der Nichtigkeit entgegensteht, hängt von

AktG, § 136 Rn. 36; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 130 Rn. 22; Rieckers, in: BeckOGK AktG, § 136 Rn. 42; Grunsky, ZIP 1991, 778 ff.

618 Noack/Zetzsche, in: KK-AktG, § 243 Rn. 292.

619 Noack/Zetzsche, in: KK-AktG, § 243 Rn. 293.

620 Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 138; Cahn/von Spannenberg, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 56.

621 OLG Hamm, Urt. v. 2. September 2016 – Az.: 12 U 163/15, NJW-RR 2017, 274, 275 = BeckRS 2016, 18538; Notz, in: BeckOGK BGB, § 33 Rn. 90.

den aufgestellten Voraussetzungen der Einwendung der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit ab. Diese setzt – wie zuvor dargestellt – voraus, dass erstens die Rechtssicherheit hierdurch nicht beeinträchtigt und zweitens die Beseitigung der Treuwidrigkeitsfolgen ausgeschlossen ist. Mit Abgabe der Stimme, spätestens jedoch mit dem sodann zustande kommenden Beschluss, lässt sich die Treuwidrigkeitsfolge nicht mehr beseitigen. Zwar mag letzterer unter Umständen anfechtbar sein, die unmittelbare Treuwidrigkeitsfolge, also die Stimmabgabe selbst als Verstoß gegen die Treuepflicht in Form einer Unterlassungspflicht, ist jedoch nicht mehr zu beseitigen. Bezüglich der Voraussetzung der Sicherstellung der Rechtssicherheit bleibt festzuhalten, dass der Stimmabgabe im Gegensatz zu einem Beschluss zunächst keine Außenwirkung zukommt, es sich mithin um einen gesellschaftsinternen Vorgang handelt. Außerdem scheitert die Voraussetzung der Rechtssicherheit entsprechend den obigen Ausführungen auch nicht hinsichtlich des Versammlungsleiters.

Folglich sind die Voraussetzungen erfüllt. Die treuepflichtwidrige Stimmabgabe ist im Ergebnis als nichtig zu erkennen.

Nach hiesiger Auffassung ist daher mit der h. M. und Rechtsprechung die Nichtigkeit der treuwidrigen Stimmabgabe anzunehmen. Die Nichtigkeit lässt sich dabei allerdings nicht auf die Rechtsmissbräuchlichkeit stützen, sondern ergibt sich entsprechend den herausgearbeiteten Ergebnissen aus der Rechtswidrigkeit der Stimmabgabe und dem Hinzutreten der Nichtigkeitsvoraussetzungen. Die treuwidrige Stimmabgabe ist nicht mitzuzählen. Relevanz entfaltet die Nichtigkeit der Stimmabgabe allerdings grundsätzlich nur, solange keine formelle Feststellung des Beschlussergebnisses erfolgt ist. Durch die bindende Wirkung des Beschlusses bleibt der Einwand der nichtigen Stimmabgabe präkludiert und es ist nunmehr gegen den Beschluss vorzugehen. Kommt es zu keiner förmlichen Beschlussfeststellung, führt die nichtige Stimmabgabe zur Nichtigkeit des Beschlusses.⁶²²

b. Treuwidrige Nichtwahrnehmung des Stimmrechts

Ebenfalls schwierig zu beurteilen ist die Rechtsfolge einer Stimmpflichtverletzung, also der Verletzung einer Handlungspflicht, und damit einerseits die Frage, wann eine treuwidrig nicht abgegebene Stimme oder Zu-

622 Siehe ausführlich zum Beschluss S. 205 ff.; *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 95.

stimmung, bzw. andererseits, wann eine treuwidrig abgegebene Stimme als treugemäß abgegeben fingiert werden kann. Wie schon im Rahmen der Erforderlichkeit bezüglich der Stimmrechtspflichten aufgezeigt wurde, ist die Nichtigkeit einer treuwidrigen Stimmabgabe von anderem Gewicht als das Fingieren einer treugemäß abgegebenen Stimme. Wird bei Ersterem durch das Gericht lediglich die Stimmabgabe „hinwegfingiert“, so übt es bei letzterem das Stimmrecht für den Gesellschafter aus.⁶²³ Beantwortet wird diese Frage unterschiedlich.

aa. Literatur

Zwar wird die ablehnende Stimmabgabe wie auch eine Stimmenthaltung gleichfalls als nichtig zu bewerten sein, eine gegenteilige Stimmabgabe kann aber nicht schlichtweg angenommen werden. Hierzu soll es vielmehr einer Leistungsklage auf Zustimmung bedürfen, welche dann gem. § 894 ZPO ersetzt werde.⁶²⁴ Die wohl h. M. verlangt daher zur Geltendmachung von Stimpflichten grundsätzlich eine Leistungsklage oder, für den Fall, dass bei einer Kapitalgesellschaft ein Beschluss (unter Berücksichtigung einer treuwidrigen Stimmabgabe) festgestellt wurde, eine Anfechtungsklage verbunden mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage, mit welchen das Zustandekommen eines anderen, der Treuepflicht entsprechenden Beschlusses festgestellt wird.⁶²⁵

⁶²³ *Ekkenga*, Der Konzern 2015, 409, 412.

⁶²⁴ *Finckh*, in: Henssler/Strohn GesR, § 119 Rn. 26; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 119 Rn. 7.

⁶²⁵ *K. Schmidt*, in: Scholz GmbHG, § 47 Rn. 32; *Casper*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 47 Rn. 22; *Drescher*, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 262; *Bochmann/Cziupka*, in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, Rn. 1632; *Reichert/Weller*, in: MünchKomm GmbHG, § 15 Rn. 436; für eine Leistungsklage, selbst wenn die Frist für die Anfechtungsklage verstrichen ist, *Verse*, in: Henssler/Strohn GesR, § 15 Rn. 98; hierzu jedoch kritisch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 111; *Drescher*, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 262 wendet darüber hinaus ein, dass die Leistungsklage zwar schon vor der Abstimmung möglich sein soll, allerdings sei hier die Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung regelmäßig nicht belegbar, da vor der Beratung der Gesellschafter nicht feststehe, ob der Gesellschafter sich womöglich doch überzeugen lasse bzw. tatsächlich treuwidrig abstimme.

Teilweise wird hiervon eine Ausnahme gemacht, sofern eine offenkundige Treuepflichtverletzung gegeben ist und das Verhalten den Makel der Treuwidrigkeit „auf der Stirn trägt“. ⁶²⁶

Anderen zufolge soll entscheidend sein, ob ein entsprechender Beschluss Außenwirkung entfaltet. ⁶²⁷

Teilweise wird zwischen Geschäftsführungs- und Grundlagenbeschlüssen differenziert. ⁶²⁸ So soll es bei Grundlagenbeschlüssen grundsätzlich einer Leistungsklage gegen den Widersprechenden bedürfen (für den Fall der Dringlichkeit soll der Weg über § 940 ZPO offenstehen), während bei Geschäftsführungsmaßnahmen eine solche nicht notwendig sein soll, da hier das Gesellschaftsinteresse an einem möglichst reibungslosen Geschäftsbetrieb überwiege. ⁶²⁹ Eine etwaige Klage des widersprechenden Gesellschafters wäre, sofern die Zustimmungspflicht tatsächlich bestanden haben soll, wegen des *dolo-agit*-Einwands als missbräuchlich abzuweisen. ⁶³⁰

Nach wohl überwiegender Ansicht soll von dem Grundsatz, dass eine Zustimmung zwar im Wege der Leistungsklage geltend zu machen sei, jedenfalls bei großer Dringlichkeit, insbesondere bei einer Existenzgefährdung der Gesellschaft, abgewichen werden können und die Zustimmung als ersetzt angenommen werden. ⁶³¹ Eine weitere Ausnahme soll bei der Publikumpersonengesellschaft gegeben sein. Auch ohne Eilbedürftigkeit soll hier eine Zustimmung angenommen werden können, da andernfalls die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft in Frage gestellt würde, müssten erst alle ablehnenden Gesellschafter auf Zustimmung verklagt werden. ⁶³²

626 Wiedemann, FS Heinsius, S. 957; so auch Enzinger, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 29.

627 Schäfer, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG, § 105 Rn. 245.

628 Roth, in: Baumbach/Hopt HGB, § 109 Rn. 28; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 50; Klimke, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 27 ff.; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 248.

629 Klimke, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 29; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 248.

630 Schäfer, in: Staub HGB, § 105 Rn. 245.

631 Bergmann, in: jurisPK-BGB, § 709 Rn. 26; Klimke, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 28; a. A. Freitag, in: E/B/J/S HGB, § 119 Rn. 40.

632 Klimke, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 28; Haas, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 119 Rn. 38; Stengel, in: BeckHdb PersG, § 3 Rn. 338; Bergmann, in: jurisPK-BGB, § 709 Rn. 26; a. A. Freitag, in: E/B/J/S HGB, § 119 Rn. 40.

bb. Rechtsprechung

Obgleich die Rechtsprechung keine gänzlich einheitliche Linie aufweist, scheint der BGH grundsätzlich, wie in der bereits zitierten Entscheidung deutlich wurde, davon auszugehen, dass es zu einer Zustimmung der Leistungsklage oder der Beschlussanfechtung verbunden mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage, bedarf,⁶³³ eine Zustimmung also nicht einfach unterstellt werden kann.

Eine Fiktion der Zustimmung soll aber dann möglich sein, wenn der umstrittene Beschluss und dessen rasche Umsetzung für die Gesellschaft von existenzieller Bedeutung sind.⁶³⁴ Von einer „existenziellen Bedeutung“ ist die Rechtsprechung etwa ausgegangen, wenn ohne eine entsprechende Maßnahme die unmittelbar bevorstehende Auflösung der Gesellschaft verhindert werden kann.⁶³⁵ Keine existenzielle Bedeutung liegt dagegen vor, wenn im Rahmen einer Zahlungsklage über die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses gestritten wird, der die aus der Gesellschaftskasse entnommene erhöhte Vorausvergütung nachträglich genehmigt und dem pflichtwidrig nicht zugestimmt wurde.⁶³⁶ Eine Fiktion der Zustimmung wird von der Rechtsprechung auch für die in der Literatur ebenfalls

633 BGH, Urt. v. 3. Februar 1997 – Az.: II ZR 71/96, NJW-RR 1997, 925 = DStR 1997, 1090 (m. Anm.) = BeckRS 9997, 15511; BGH, Urt. v. 9. Juli 1990 – Az.: II ZR 9/90, NJW 1991, 172, 174 = ZIP 1990, 1194 = WM 1990, 1618 = DB 1990, 1958.; BGH, Urt. v. 29. September 1986 – Az.: II ZR 285/85, NJW-RR 1987, 285 = WM 1986, 1565 = BeckRS 9998, 75407 = BB 1987, 506; BGH, Urt. v. 26. Oktober 1983 – Az.: II ZR 87/83, BGHZ 88, 320, 329 = NJW 1984, 489 = ZIP 1983, 1444 (m. Anm.) = WM 1983, 1310; OLG Koblenz, Urt. v. 12. Januar 1989 – Az.: U 1053/87, NJW-RR 1989, 1057 = ZIP 1989, 301 (m. Anm.) = GmbHR 1990, 39.

634 BGH, Urt. v. 29. September 1986 – Az.: II ZR 285/85, NJW-RR 1987, 285 = WM 1986, 1556 = BeckRS 9998, 75407 = BB 1987, 506; BGH, Urt. v. 28. Mai 1979 – Az.: II ZR 178/78, WM 1979, 1058 = GmbHR 1979, 273 = DB 1979, 1836; BGH, Urt. v. 9. November 1987 – Az.: II ZR 100/87, BGHZ 102, 172, 178 = NJW 1988, 969 = ZIP 1988, 22 (m. Anm.) = DB 1988, 221; München, Urt. v. 30. Januar 2013 – Az.: 7 U 2352/12, BeckRS 2013, 2791; vgl. auch *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 245.

635 BGH, Urt. v. 28. Mai 1979 – Az.: II ZR 178/78, WM 1979, 1058, 1059 f. = GmbHR 1979, 273 = DB 1979, 1836.

636 BGH, Urt. v. 29. September 1986 – Az.: II ZR 285/85, NJW-RR 1987, 285 = WM 1986, 1556 = BeckRS 9998, 75407 = BB 1987, 506.

befürwortete Ausnahme bezüglich der Publikumsgesellschaften angenommen.⁶³⁷

cc. Stellungnahme

Gegen die Auffassung, dass nur dann Leistungsklage zu erheben sei, wenn kein offenkundiger Treuepflichtverstoß vorliegt, spricht, dass dies die Gesellschaft bzw. die zustimmenden Gesellschafter regelmäßig vor das Problem der Unterscheidung zwischen offenkundig und nicht offenkundig stellt und damit erhebliche Rechtsunsicherheit begründet. *Sester* wendet außerdem ein, dass so der dissentierende und der objektiv die Treuepflicht verletzende Gesellschafter ohne Abwägung der widerstreitenden Interessen einseitig bevorzugt werde.⁶³⁸

Obgleich eine Unterscheidung nach dem Beschlussgegenstand, nach Geschäftsführungs- oder Grundlagenbereich, den Vorzug in sich trüge, dass so die Handlungsfähigkeit im Geschäftsführungsbereich erhalten bliebe, wird hiergegen eingewendet, dass eine solche Unterscheidung sich dogmatisch nicht begründen lasse.⁶³⁹ Präzisierend wäre jedoch denkbar, hier die Unterscheidung nach eigen- bzw. uneigennützigen Rechten fruchtbar zu machen. Während es sich bei letzteren vornehmlich um die Geschäftsführung betreffende Rechte handelt, die zur Förderung der Gesellschaft eingeräumt werden, und daher die Interessen der Gesellschaft Vorrang genießen, sind Grundlagengeschäfte meist den eigennützigen Rechten zuzuordnen und damit zum eigenen Nutzen, mit geringerer Zweckförderungsnähe, verliehen. Eine Zustimmungsfiktion hätte insbesondere zur Folge, dass es einerseits zu einer sofortigen Wirksamkeit des Beschlusses käme, und hätte andererseits zur Folge, dass es zu einer Verschiebung des Klagerisikos dahingehend käme, dass die Entscheidung auf Seiten des Gesellschafters läge, ob er das Risiko eines Rechtsstreits auf sich nehmen will. Eine solche Verschiebung des Klagerisikos ergäbe sich folglich, sollte man eine Zustimmungsfiktion bei uneigennützigen Rechten annehmen, bezüglich der Rechte, die dem Gesellschafter ohnehin im Interesse der

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

638 *Sester*, BB 1997, 1, 2.

639 So etwa *Freitag*, in: E/B/J/S HGB, § 119 Rn. 40.

Gesellschaft verliehen wurden. Hat der Gesellschafter seine eigenen Interessen hintanzustellen, erscheint es schlüssig, dass sich dies auch auf die Beschlussanfechtung bzw. auf das Klagerisiko auswirkt. Allerdings ergibt sich auch hier die bereits diskutierte Problematik der Nützlichkeit bzw. Praktikabilität einer Unterscheidung nach eigennützigen und uneigennützigen Rechten. Aufgrund der in der Rechtswirklichkeit auftretenden komplizierten Gemengelage von Eigeninteressen des Gesellschafters und Gesellschaftsinteressen ist eine Unterscheidung nach eigennützigen und uneigennützigen Rechten regelmäßig nur schwer möglich. Aufgrund der weitreichenden Folgen einer Zustimmungsfiktion kann auf eine solch unscharfe Unterscheidung nicht allein abgestellt werden.

Auch eine Unterscheidung nach Beschlüssen mit oder ohne Außenwirkung kann letztlich nicht überzeugen. Zwar ist es jedenfalls auf den ersten Blick richtig, dass hierdurch einerseits eine rasche Handlungsfähigkeit für die Gesellschaft im Innenverhältnis und andererseits Rechtssicherheit und Beständigkeit für den Rechtsverkehr gegeben ist.⁶⁴⁰ Jedoch gilt auch hier, dass eine Unterscheidung zwischen Beschlüssen mit und ohne Außenwirkung regelmäßig schwerlich möglich ist, da die wenigsten Beschlüsse zumindest mittelbare Außenwirkung aufweisen werden. Liegt ein Beschluss mit reiner Innenwirkung vor, wie etwa ein Gewinnverwendungsbeschluss, wird es darüber hinaus in aller Regel an einer Zustimmungspflicht, an welche wie dargestellt hohe Hürden zu stellen sind, fehlen.

Den Interessenausgleich als übergeordnetes Ziel der Treuepflicht vor Augen, ist es naheliegend, dass auch im Rahmen der Rechtsfolge ein solcher Interessenausgleich durchzuführen ist. Eine umfassende Abwägung der Interessen ist allerdings schon Voraussetzung für die Bejahung einer Verhaltens- bzw. Stimmpflicht. Da nun an eine Stimmpflicht hohe Hürden gestellt sind, kommt eine solche nur bei überwiegendem Interesse der Gesellschaft bzw. Mitgesellschafter und damit regelmäßig nur in Fällen mit existenzieller Bedeutung in Betracht. Soll nun aber nicht bei jeder Stimmpflicht automatisch von einer Zustimmungsfiktion ausgegangen werden, bedarf es einer anders gelagerten Abwägung als im Rahmen des Treuepflichtverstoßes. Ist nun also die Stimmpflicht auf Fälle mit existenzieller Bedeutung beschränkt, kann das Kriterium des BGH für eine Stimmfiktion nicht ohne weiteres übernommen werden. Vielmehr ist im Kontext der Rechtsfolge nicht auf die grundsätzliche existenzielle Bedeutung abzustellen. Es bedarf für die „existenzielle Bedeutung“ im Rahmen der Rechtsfolge vielmehr eines zusätzlichen zeitlichen Moments im Sinne

640 Sester, BB 1997, 1, 3 f.

einer Dringlichkeit. Käme ein Urteil bzw. der einstweilige Rechtsschutz nach § 940 ZPO zu spät und könnte so der die Verhaltenspflicht auslösende Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht mehr verhindert werden, so ist von einer „existenziellen Bedeutung“ auszugehen. Ist ein solcher Fall gegeben, so ist mit dem BGH von einer Zustimmungsfiktion auszugehen.

Für die Ansicht des BGH sprechen zuletzt auch Billigkeitserwägungen. Da eine solche Zustimmungsfiktion jedoch nur in Fällen von existenzieller Bedeutung in Betracht kommt, welche dem Gesellschafter bei der Abstimmung gewahr sein müssen, scheint es in Anbetracht seiner Förderpflicht billig, dass seine Stimmabgabe wohl überlegt getroffen wird. Handelt er dennoch treuwidrig, so hat er die Verschiebung des Klagerisikos hinzunehmen.

Hinsichtlich einer Ausnahme für Publikumspersonengesellschaften ist der Auffassung des BGH jedoch zu widersprechen. Eine Ausnahme, allein gestützt auf praktische Schwierigkeiten, kann nicht überzeugen und keine systematische bzw. generelle Benachteiligung des dissentierenden Gesellschafters begründen.⁶⁴¹ Auch für Publikumspersonengesellschaften gilt das soeben Ausgeführte. Die Realstruktur der Gesellschaft wird bereits auf Tatbestandsseite berücksichtigt. Daher wäre es widersinnig, für Publikumsgesellschaften eine geringere Intensität der Treuepflicht im Rahmen des Verstoßes zu attestieren, um dann im Rahmen der Rechtsfolge dem dissentierenden Gesellschafter mit Blick auf das Klagerisiko mehr aufzuerlegen als beispielsweise dem Gesellschafter einer kleinen Personengesellschaft mit höherer Treuepflichtintensität. Für eine *per-se*-Ausnahme gibt es darüber hinaus gar keine Veranlassung, da eine Stimmpflicht bei Publikumspersonengesellschaften angesichts der angesprochenen niedrigeren Intensität ohnehin regelmäßig nur in Fällen mit existenzieller Bedeutung respektive Dringlichkeit vorliegen wird. Hinzu tritt die Tatsache, dass aufgrund der großen Gesellschafterzahl die Klage oder der einstweilige Rechtsschutz zu spät kommen würde, die Voraussetzungen für die grundsätzliche Ausnahme also ohnehin in den meisten Fällen gegeben sein wird. Damit ist auch für die Publikumspersonengesellschaften eine Zustimmungsfiktion nur bei Hinzutreten des zeitlichen Moments angemessen und eine grundsätzliche „eigene“ Ausnahme abzulehnen.

641 So auch *Sester*, BB 1997, 1, 3.

c. Treuwidriger Beschluss

Die treuwidrige Wahrnehmung und Nichtwahrnehmung des Stimmrechts sind zu differenzieren von dem treuwidrigen Beschluss. Das zeigt sich schon daran, dass für die Anfechtung eines Beschlusses mit treuwidrigem Inhalt es nicht notwendig ist, einen in den ihn herbeiführenden Stimmgaben möglicherweise liegenden Treupflichtverstoß nachzuweisen.⁶⁴² Im Fall des treuwidrigen Beschlusses geht die Treuwidrigkeit außerdem von der Gesellschaft aus. Es handelt sich folglich um einen Fall der umgekehrt-vertikalen Treupflicht.

Ein treuwidriger Beschluss fällt unter die in Literatur und Rechtsprechung behandelte Problematik des Beschlussmangels. Hierbei kommt sowohl ein Beschlussmangel hinsichtlich des Zustandekommens, beispielsweise bei treuwidriger Ladung zur Gesellschafterversammlung oder der Mitzählung einer treuwidrig abgegebenen Stimme, in Betracht als auch inhaltlich, also bei Treuwidrigkeit des Beschlussinhalts selbst. Während in erstem Fall die Treuwidrigkeit dem Beschluss vorgelagert ist, sich in diesem aber niederschlägt, ergibt sich die Treuwidrigkeit bei letzterem erst aus dem Beschluss. Diese Unterscheidung ist zunächst für die Beurteilung der Frage, ob eine Treupflichtverletzung vorliegt, und für die praktische Treupflichtprüfung von Bedeutung. So unterscheidet sich die Abwägung schließlich je nachdem von wem und wem gegenüber die Treupflicht verletzt wird. Zudem ist die Unterscheidung auch im Rahmen der Rechtsfolge beachtlich.

aa. Rechtsnatur

Der Beschluss ist das Ergebnis der Willensbildung des zuständigen Gesellschaftsorgans und wird der Gesellschaft zugerechnet.⁶⁴³ Er dient dem Bedürfnis, neben dem starren Gesellschaftsvertrag bzw. der Satzung mit sich ändernden Rahmenbedingungen umzugehen und handlungsfähig zu bleiben.⁶⁴⁴ Es handelt sich beim Gesellschafterbeschluss um ein mehrseiti-

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

643 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.

644 Vgl. Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 38.

ges Rechtsgeschäft besonderer Art.⁶⁴⁵ Es bedarf immer dann eines solchen, wenn mehr als ein Gesellschafter zur Entscheidung über eine die Gesellschaft betreffende Maßnahme berufen ist.⁶⁴⁶ Während bei der GmbH und AG die Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung für Beschlüsse zuständig ist, kennt das Gesetz eine solche im Hinblick auf Personengesellschaften nicht. So ist bei Letzteren die zur Beschlussfassung notwendige Stimmabgabe grundsätzlich jederzeit und auf beliebige Weise möglich – eines Versammlungsleiters bedarf es nicht.⁶⁴⁷ Der Gesellschaftsvertrag kann hierbei Abweichendes regeln und Bestimmungen über Beschlussfassung und Gesellschafterversammlung enthalten sowie die Einsetzung eines Versammlungsleiters bestimmen.⁶⁴⁸ Ein Bedürfnis hierfür besteht vor allem, wie in der Praxis häufig der Fall, bei der Zulassung von Mehrheitsbeschlüssen, da ein Mitspracherecht der Minderheit gewährleistet sein muss.⁶⁴⁹

Auch bei der GmbH existiert keine Regelung, die Organisation oder Einsetzung eines Versammlungsleiters vorsieht. Wie auch bei den Personengesellschaften kann die Satzung diesbezüglich etwas anderes vorsehen oder ein solcher in der Versammlung gewählt werden.⁶⁵⁰

645 *Ganzer*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 47 Rn. 2; *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, § 47 Rn. 9; *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 133 Rn. 3; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 51; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 709 Rn. 30; *Westermann*, in: Erman BGB, § 709 Rn. 18a; *Römermann*, in: Michalski GmbHG, § 47 Rn. 7; a. A. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 47 Rn. 2 ff.

646 *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 709 Rn. 29.

647 So schon RG, Urt. v. 14. April 1940 – Az.: II 163/39, RGZ 163, 385, 392; BGH, Urt. v. 27. Juni 1957 – Az.: II ZR 37/56, WM 1957, 1128, 1130 = BB 1957, 874 = DB 1957, 867 = BeckRS 1957, 31387935; *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 119 Rn. 2; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 72; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 709 Rn. 46.

648 *Haas*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 119 Rn. 4 f.; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 73.

649 *Schäfer*, in: Staub HGB, § 119 Rn. 16; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 73.

650 *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, § 48 Rn. 40 f.; *Hillmann*, in: Henssler/Strohn GesR, § 48 Rn. 13; *Römermann*, in: Michalski GmbHG, § 48 Rn. 91; *Liescher*, in: MünchKomm GmbHG, § 48 Rn. 106; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 48 Rn. 16; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 48 Rn. 12.

bb. Beschlussfeststellung

Der Beschluss der Hauptversammlung einer AG bedarf zu seiner Wirksamkeit der Feststellung durch den Versammlungsleiter.⁶⁵¹ Durch die Beschlussfeststellung wird die Beschlussfassung förmlich abgeschlossen und die rechtliche Existenz bzw. konstitutive Wirkung des Beschlusses bewirkt.⁶⁵² Mit Feststellung ist der Beschluss vorläufig wirksam und für alle Beteiligten verbindlich.⁶⁵³

Bei der GmbH gilt im Regelfall die einfache Mehrheit, wobei ungültige Stimmen und Enthaltungen nicht berücksichtigt werden.⁶⁵⁴ Anders als bei Beschlüssen der Hauptversammlung in der AG besteht keine Pflicht zur Feststellung des Beschlussergebnisses.⁶⁵⁵ Jedoch kann die Satzung ein solches Erfordernis vorsehen. Eine Feststellung kann dadurch erfolgen, dass sämtliche Unsicherheit über die Fassung des Beschlusses ausgeräumt ist, etwa indem sämtliche Gesellschafter ein Protokoll unterzeichnen oder ein eingesetzter Versammlungsleiter ein solches feststellt.⁶⁵⁶ Wird der Beschluss festgestellt, so kommt ihm ebenfalls vorläufige Wirksamkeit zu.⁶⁵⁷

Eine Feststellung des Beschlusses ist weder Pflicht des Versammlungsleiters noch ist es eine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Beschluss. Vielmehr bedarf es schon Klärung der Frage, ob dem Versammlungsleiter in der GmbH konstitutive Beschlussfeststellungskompetenz zukommt, es sich

651 *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 133 Rn. 73; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 52.

652 *Tröger*, in: KK-AktG, § 133 Rn. 37; *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 133 Rn. 73; *Rieckers*, in: BeckOGK AktG, § 133 Rn. 52.

653 *Noack*, GmbHR 2017, 792, 793; zur GmbH BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69 f. = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; BGH, Urt. v. 11. Februar 2008 – Az.: II ZR 187/06, NZG 2008, 317, 318 = ZIP 2008, 757 = WM 2008, 594; BGH, Urt. v. 21. Juni 2010 – Az.: II ZR 230/08, NJW 2010, 3027, 3029 = NZG 2010, 1022 = ZIP 2010, 1640 = WM 2010, 1652.

654 Vgl. nur *Ganzer*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 47 Rn. 18.

655 BGH, Urt. v. 11. Februar 2008 – Az.: II ZR 187/06, NZG 2008, 317, 318 = ZIP 2008, 757 = WM 2008, 594; BGH, Urt. v. 11. Dezember 2006 – Az.: II ZR 166/05, NZG 2007, 185, 187 = NJW 2007, 917 = ZIP 2007, 268 = WM 2007, 257; BGH, Urt. v. 28. Januar 1980 – Az.: II ZR 84/79, BGHZ 76, 154, 155 = NJW 1980, 1527 = ZIP 1980, 372 = WM 1980, 649.

656 BGH, Urt. v. 11. Februar 2008 – Az.: II ZR 187/06, NZG 2008, 317, 318 = ZIP 2008, 757 = WM 2008, 594; OLG Celle, Urt. v. 15. Mai 1996 – Az.: 9 U 185/95, GmbHR 1997, 172, 174 = BeckRS 1996, 09394; *Ganzer*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 47 Rn. 21; zur umstrittenen Frage der Kompetenz des Versammlungsleiters *Altmeyen*, NJW 2016, 2833.

657 *Wertenbruch*, in: MünchKomm GmbHG, Anh § 47 Rn. 380.

mithin um einen sog. „qualifizierten“ oder einen „moderierenden“ Versammlungsleiter handelt.⁶⁵⁸ Eine Beschlussfeststellungskompetenz wird jedenfalls dann angenommen, wenn die Satzung einen Versammlungsleiter vorsieht. Wird in der Satzung ein solcher vorgesehen, soll im Zweifel auch von einem qualifizierten Versammlungsleiter auszugehen sein.⁶⁵⁹ Auch im Falle eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses oder einer entsprechenden Geschäftsordnung soll sich die Gesellschafterversammlung auf die Person eines qualifizierten Versammlungsleiters verständigen können. Die wohl überwiegende Ansicht geht darüber hinaus von der Möglichkeit aus, einen Versammlungsleiter mittels einfachen Mehrheitsbeschlusses bestimmen zu können.⁶⁶⁰ Dies stößt jedoch auf durchdringende Bedenken. So sieht der gesetzliche Normalfall gerade keinen Versammlungsleiter vor. Soll nun von den dispositiven Regelungen zur Beschlussfassung abgewichen werden, sind die Anforderungen und Förmlichkeiten einer Satzungsänderung oder eines einstimmigen satzungsdurchbrechenden Gesellschafterbeschlusses zu beachten. Eine Änderung der gesetzlichen Regellage ist dem *ad-hoc*-Mehrheitsbeschluss grundsätzlich entzogen.⁶⁶¹

Mangels vorgeschriebener Gesellschafterversammlung kann die Feststellung des Zustandekommens des Beschlusses bei den Personengesellschaften Schwierigkeiten bereiten. Grundsätzlich kommt der Beschluss mit Abgabe der letzten Stimme ohne weitere förmliche Feststellung zustande,⁶⁶² wobei das Einstimmigkeitsprinzip gilt, wonach Stimmenthaltungen bzw. die Nichtteilnahme an der Abstimmung als ablehnende Stimme gewertet werden.⁶⁶³ Hiervon kann jedoch abgewichen und insbesondere das

658 Zu den Begrifflichkeiten vgl. *Altmeyden*, GmbHR 2018, 225, 226 m. w. N.

659 Ausführlich *Noack*, GmbHR 2017, 792, 795.

660 BGH, Beschl. v. 4. Mai 2009 – Az.: II ZR 166/07, NZG 2009, 1309 = ZIP 2009, 2193 (m. Anm.) = WM 2009, 2129; BGH, Beschl. v. 4. Mai 2009 – Az.: II ZR 169/07, NZG 2009, 1307, 1308 = ZIP 2009, 2195 (m. Anm.) = WM 2009, 2131; OLG Celle, Urt. v. 27. März 1997 – Az.: 9 U 154/96, BeckRS 1997, 13136 = GmbHR 1999, 35 (Ls.); OLG Brandenburg, Urt. v. 15. November 2016 – Az.: 6 U 21/14, BeckRS 2016, 111779 = GmbHR 2017, 408 = NJW-Spezial 2017, 529 (m. Anm.); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 48 Rn. 17a; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 48 Rn. 53; *Drescher*, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 55; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 48 Rn. 16; *Römermann*, in: Michalski GmbHG, § 48 Rn. 93 f.

661 *Noack*, GmbHR 2017, 792, 796; dem wohl zustimmend *Altmeyden*, GmbHR 2018, 225, 226.

662 *Lieder*, in: Oetker HGB, § 119 Rn. 40; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 119 Rn. 26; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 40.

663 *Schäfer*, in: Staub HGB, § 119 Rn. 30; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 41; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 71.

Mehrheitsprinzip sowie eine förmliche Feststellung vereinbart werden. Ob einem förmlich festgestellten Beschluss der Personengesellschaft ebenfalls vorläufige Bestandskraft zukommt ist umstritten. Die Frage soll sogleich im Rahmen der Rechtsfolge mitberücksichtigt werden. Für nicht festgestellte Beschlüsse ist dies – wie auch bei der GmbH – jedenfalls auszuschließen.⁶⁶⁴

cc. Rechtsfolge

Beschlussmängel sind im Hinblick auf die Treuepflicht, wie bereits erwähnt, in zweifacher Hinsicht denkbar. Einerseits könnte das Zustandekommen, andererseits auch der Inhalt des Beschlusses selbst treuwidrig sein. Diese Unterscheidung zwischen Verfahrensfehlern und inhaltlichen Verstößen ist nicht unbedeutend, da beide Fallgruppen unterschiedlichen Voraussetzungen und Einschränkungen unterliegen.⁶⁶⁵ Unter die Verfahrensfehler werden Verstöße in der Vorbereitung der Beschlussfassung bzw. Gesellschafterversammlung – etwa die Einberufung an einem unzulässigen Ort oder die zu knapp bemessene Einberufungszeit – und bei der Durchführung der Beschlussfassung bzw. Gesellschafterversammlung – etwa der unberechtigte Ausschluss von der Versammlung oder die Nichtbeachtung eines Stimmverbots – gefasst.⁶⁶⁶

Die Rechtsfolge von treuwidrigen Beschlüssen unterscheidet sich je nach Gesellschaftsform.

(1) AG

Bei der Aktiengesellschaft liegt ohne förmliche Beschlussfeststellung schon kein wirksamer Beschluss vor. Ist ein Beschluss festgestellt, lassen sich die Beschlussmängel eines Hauptversammlungsbeschlusses in einer Aktiengesellschaft in verschiedene Gruppen unterteilen: Einerseits gibt es von Anfang an *nichtige*, andererseits *anfechtbare* Beschlüsse und zuletzt *unwirksame* Hauptversammlungsbeschlüsse, also Beschlüsse, denen zwar kein Fehler

664 Stets verneinend *Rützel*, ZIP 1996, 1961-1668, 1962.

665 *Austmann*, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 46.

666 *Austmann*, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 47 ff. m. w. N. und Beispielen aus der Rechtsprechung.

anhafte, die aber aufgrund eines (noch) fehlenden weiteren Aktes keine Wirksamkeit entfalten.⁶⁶⁷

(a) Nichtigkeit

Ein Beschluss der Hauptversammlung, der an einem besonders schwerwiegenden formellen oder materiellen Mangel leidet oder aufgrund richterlichen Gestaltungsaktes hierzu erklärt wurde, ist gem. § 241 AktG nichtig und entfaltet von Anfang an keinerlei Rechtswirkung.⁶⁶⁸ Die Nichtigkeit bedarf dabei keiner Geltendmachung, sondern tritt *ipso iure* ein, weshalb eine Nichtigkeit nur bei gravierenden Mängeln, die abschließend im Gesetz (insbesondere in § 241 AktG) angeordnet sind, vorliegt.⁶⁶⁹ Ohne Bedeutung ist dabei, ob sich der Beschlussmangel in der Beschlussfassung oder in dem Beschlussergebnis manifestiert.⁶⁷⁰ Da eine Nichtigkeit des Beschlusses nur bei den in § 241 AktG genannten Gründen in Betracht kommt und die Subsumtion bei einer Verletzung der Treuepflicht hier kaum denkbar ist, kann eine Nichtigkeit gem. § 241 AktG im Falle der Treuepflichtverletzung außer Acht gelassen werden.⁶⁷¹

(b) Anfechtbarkeit

Kommt ein Beschluss der Hauptversammlung mit treuwidrigem Inhalt zustande, ist dieser zunächst wirksam, aber gem. § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar.⁶⁷² Aufgrund der konstitutiven Wirkung der Beschlussfeststellung gilt dies unabhängig von der Frage, ob treuwidrig abgegebene Stimmen

667 Vgl. *Englisch*, in: Hölters AktG, § 241 Rn. 6 ff.; *Drescher*, in: BeckOGK AktG, § 241 Rn. 42.

668 *Englisch*, in: Hölters AktG, § 241 Rn. 7; *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, Anh § 47 Rn. 38; *Drescher*, in: Henssler/Strohn GesR, § 241 Rn. 45; *Hüffer/Schäfer*, in: MünchKomm AktG, § 241 Rn. 89.

669 *Englisch*, in: Hölters AktG, § 241 Rn. 2.

670 *Englisch*, in: Hölters AktG, § 241 Rn. 7; *Drescher*, in: Spindler/Stilz AktG, § 241 Rn. 31.

671 So auch *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 87; zu der Besonderheit bei Ladungsmängeln siehe S. 213.

672 Statt aller *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 135.

nichtig bzw. inwiefern diese vom Versammlungsleiter zu berücksichtigen sind.⁶⁷³

Wird der Beschluss nicht innerhalb der einmonatigen Anfechtungsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG angegriffen, wird dieser trotz der Treuwidrigkeit bestandskräftig.

Die Durchführung eines Hauptversammlungsbeschlusses kann, sofern dieser einer konstitutiven Eintragung in das Handelsregister unterliegt und das Registergericht eine entsprechende Negativklärung fordert, vorübergehend verhindert werden.⁶⁷⁴ Die Anfechtungsklage ist gem. § 246 Abs. 2 S. 1 AktG stets gegen die Aktiengesellschaft zu richten. Wird ein Beschluss wegen treuwidrig abgegebener Gegenstimmen nicht gefasst, kann die Anfechtungsklage mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage verbunden werden, mit dem Ziel, auf gerichtlichem Weg den Zustand herbeizuführen, der bei treupflichtgemäßem Abstimmungsverhalten aller Aktionäre herrschen würde.⁶⁷⁵ Mangels Rechtsschutzbedürfnis wäre eine Beschlussfeststellungsklage gegen ein positiv gefasstes Beschlussergebnis hingegen unzulässig, da mit einer erfolgreichen Anfechtungsklage bereits feststeht, dass der Beschluss nicht gefasst wurde.⁶⁷⁶

Die Anfechtungsklage entfaltet als Gestaltungsurteil *inter omnes* Wirkung. Mit dem Eintritt der Rechtskraft wird der bis dahin grundsätzlich gültige Beschluss der Hauptversammlung gem. § 241 Nr. 5 AktG nichtig, wodurch es zu einer Veränderung der materiellen Rechtslage kommt.⁶⁷⁷ Damit auch die subjektive Reichweite der Rechtskraft des Urteils gegeben ist, erstreckt § 248 Abs. 1 AktG die Wirkung des Urteils auch auf alle Aktionäre sowie Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, auch wenn diese nicht Parteien des Rechtsstreits waren. Eine dennoch erhobene Klage ist damit aufgrund entgegenstehender Rechtskraft unzulässig, während

673 Siehe hierzu die Ausführungen zu der treuwidrigen Wahrnehmung des Stimmrechts, S. 188 ff.

674 Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 52 m. w. N.

675 Für die Rechtsprechung statt aller BGH, Urt. v. 13. März 1980 – Az.: II ZR 54/78, BGHZ 76, 191 = NJW 1980, 1465 = WM 1980, 459 = DB 1980, 920; BGH, Urt. v. 26. Oktober 1983 – Az.: II ZR 87/83, BGHZ 88, 320, 329 f. = NJW 1984, 489 = ZIP 1983, 1444 (m. Anm.) = WM 1983, 1310; BGH, Urt. v. 20. Januar 1986 – Az.: II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 30 f. = NJW 1986, 2051 = ZIP 1986, 429 = WM 1986, 456; ganz h. M. vgl. nur Austmann, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 131 f.; Dörr, in: Spindler/Stilz AktG, § 246 Rn. 57.

676 BGH, Urt. v. 13. Januar 2003 – Az.: II ZR 173/02, NZG 2003, 284 = ZIP 2003, 435 = WM 2003, 443 = DB 2003, 551; Dörr, in: Spindler/Stilz AktG, § 248 Rn. 22.

677 Hüffer/Schäfer, in: MünchKomm AktG, § 248 Rn. 5.

sich bereits anhängige, aber nicht verbundene Verfahren zum gleichen Streitgegenstand mit Entwicklung formeller Rechtskraft des Anfechtungsurteils erledigen.⁶⁷⁸

Auch die positive Beschlussfeststellungsklage gilt angesichts der Verbindung mit der Anfechtungsklage für und gegen jedermann. Aufgrund einer entsprechenden Anwendung von § 248 Abs. 1 S. 1 AktG kommt einem entsprechenden Urteil erweiterte Rechtswirkung zu.⁶⁷⁹

Verfahrensfehler unterliegen nicht stets der Anfechtbarkeit. Über die spezialgesetzlich geregelten immunisierten Verfahrensfehler hinaus, welche jedoch für die Treuepflicht kaum an Bedeutung erlangen, wird von Rechtsprechung und h. M. eine am Zweck der verletzten Verfahrensvorschrift orientierte, wertende Betrachtung vorgenommen, wonach nach der Relevanz des Verfahrensverstößes für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre gefragt wird.⁶⁸⁰ Eine Relevanz ist gegeben, wenn aus der Sicht eines objektiv urteilenden Aktionärs der Verfahrensverstöß die sachgerechte Beurteilung des Beschlussgegenstandes beeinflusst, ohne dass es dabei darauf ankommt, ob der Aktionär anders abgestimmt hätte oder das Beschlussergebnis anders ausgefallen wäre.⁶⁸¹ Demnach beeinträchtigen grundsätzlich alle Verstöße in der Vorbereitung der Beschlussfassung bzw. Hauptversammlung in relevanter Weise die Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs, zumal diese regelmäßig die Willensbildung im Vorfeld der Versammlung oder die Teilnahme an dieser erschweren.⁶⁸² Aber auch Verfahrensfehler bei der Durchführung sind bis zur Stimmabgabe aufgrund des Einflusses auf die Willensbildung im Großteil der Fälle relevant. Nicht relevant hingegen sind mangels Einfluss auf die Willensbildung

678 *Austmann*, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 123; *Hüffer/Schäfer*, in: MünchKomm AktG, § 248 Rn. 26.

679 BGH, Urt. v. 20. Januar 1986 – Az.: II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 30 = NJW 1986, 2051 = ZIP 1986, 429 = WM 1986, 456; BGH, Urt. v. 3. April 2001 – Az.: VI ZR 2023/00, NJW 2001, 2176, 2177 = BeckRS 2001, 4287 = MDR 2001, 887; *Dörr*, in: Spindler/Stilz AktG, § 248 Rn. 24; *Hüffer/Schäfer*, in: MünchKomm AktG, § 248 Rn. 28.

680 BGH, Urt. v. 20. November 2001 – Az.: IX ZR 48/01, BGHZ 149, 185 = NJW 2002, 515 = ZIP 2002, 87 = WM 2002, 137; BGH, Urt. v. 18. Oktober 2004 – Az.: II ZR 250/02, BGHZ 160, 385 = NJW 2005, 828 = NZG 2005, 77 = ZIP 2004, 2428; für die h. M. siehe nur *Austmann*, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 55; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 243 Rn. 13.

681 BGH, Urt. v. 18. Oktober 2004 – Az.: II ZR 250/02, BGHZ 160, 385 = NJW 2005, 828 = NZG 2005, 77 = ZIP 2004, 2428.

682 *Austmann*, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 57; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 243 Rn. 14 ff.; *Hüffer/Schäfer*, in: MünchKomm AktG, § 248 Rn. 33 ff.

Verfahrensfehler, die nach der Stimmabgabe der Aktionäre auftreten, wie etwa Auszählungsfehler oder Berücksichtigung von treuwidrigen Stimmabgaben, sofern sie sich nicht im Beschlussergebnis niederschlagen.⁶⁸³

(c) Speziell: Ladungsmängel

Der BGH stellt einen Ladungsmangel einer gem. § 241 Nr. 1 AktG zur Nichtigkeit führenden Nichtladung gleich, wenn der Ladungsmangel die Teilnahme eines Gesellschafters faktisch unmöglich macht und ihm dadurch die Ausübung des unverzichtbaren Gesellschafterrechts gleichermaßen wie bei einer Nichtladung entzogen wird.⁶⁸⁴ Eine treuwidrige Einladung würde also dann eine Nichtladung und somit einen Nichtigkeitsgrund nach § 241 Nr. 1 AktG darstellen, wenn aufgrund der Treuwidrigkeit eine Teilnahme faktisch unmöglich gemacht wird. Das ist etwa der Fall, wenn eine Einladung per E-Mail in den Abendstunden des Vortages auf den frühen Vormittag des nächsten Tages erfolgt⁶⁸⁵ oder eine Teilnahme unzumutbar wäre.⁶⁸⁶

Das OLG Düsseldorf entschied jüngst eine GmbH betreffend, dass eine formell ordnungsgemäße Ladung dann zur Nichtigkeit führen soll, wenn aufgrund konkreter Umstände davon auszugehen sei, dass die formell ordnungsgemäße Ladung den betroffenen Gesellschafter nicht erreichen werde, eine Möglichkeit bestehe, den Gesellschafter per E-Mail zu erreichen und über die anstehende Gesellschafterversammlung in Kenntnis zu setzen, und diese Kommunikationsmöglichkeit in anderem Zusammenhang bereits mehrfach genutzt worden sei.⁶⁸⁷ Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

683 Austmann, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 61; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 243 Rn. 19; Hüffer/Schäfer, in: MünchKomm AktG, § 248 Rn. 41.

684 BGH, Beschl. v. 24. März 2016 – Az.: IX ZB 32/15, NZG 2016, 552, 553 = ZIP 2016, 817 = WM 2016, 787 = DB 2016, 1007.

685 BGH, Urt. v. 13. Februar 2006 – Az.: II ZR 200/04, NZG 2006, 349 = ZIP 2006, 707 = WM 2006, 726 = DB 2006, 834.

686 Eine nichtigkeitsbegründende Unzumutbarkeit soll jedoch nicht schon dann gegeben sein, wenn die Ladung an einen unzumutbaren Ort, wie die Privatwohnung des verfeindeten Mitgesellschafters erfolgt, wohl aber Anfechtbarkeit, BGH, Beschl. v. 24. März 2016 – Az.: IX ZB 32/15, NZG 2016, 552, 553 f. = ZIP 2016, 817 = WM 2016, 787 = DB 2016, 1007.

687 OLG Düsseldorf, Urt. v. 19. April 2018 – Az.: I 6 W 2/18, NZG 2019, 148 = ZIP 2018, 1783 = GmbHR 2018, 967 = NJW-RR 2018, 936.

Zu einer Gesellschafterversammlung der beklagten Gesellschaft wurden alle Gesellschafter formell ordnungsgemäß unter der jeweils zuletzt mitgeteilten Adresse geladen. Den Geschäftsführern bekannterweise befand sich der Kläger auf maritimer Weltreise und verfügte zwischenzeitlich über keinen festen Wohnsitz. Unter Abwesenheit des Klägers beschlossen die restlichen Gesellschafter die Einziehung und den Untergang der Geschäftsanteile des Klägers sowie eine Änderung des Gesellschaftsvertrages. Der Kläger verfolgte mit der Klage die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses.

Das Urteil ist auf deutliche Kritik gestoßen. So verkenne das OLG Düsseldorf, wenn es ausführt, dass die hohe Bedeutung des Partizipationsinteresses des Klägers im Hinblick auf die Einziehung seiner Geschäftsanteile besonders zu berücksichtigen seien,⁶⁸⁸ dass das System der Nichtigkeit- und Anfechtungsmängel auf die Sicherung des Teilnahmerechts an Gesellschafterversammlungen zugeschnitten sei.⁶⁸⁹

Das OLG wertete die fehlende Ladung per E-Mail als „hochgradig rechtsmissbräuchlich“, da die Geschäftsführung davon ausging, dass der Kläger nicht rechtzeitig Kenntnis von der Ladung erhalten würde.⁶⁹⁰ Eine missbräuchliche Ladung wird in der Literatur einhellig als anfechtbarkeitsbegründend eingestuft, während ein Teil der Literatur und Rechtsprechung in „krassen Fällen“ gleichfalls eine Nichtigkeit annimmt.⁶⁹¹ Problematisch in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall war hingegen, dass die Ladung satzungskonform geschah. *Gerauer* weist daher darauf hin, dass ein Gesellschafter selbst dafür verantwortlich sei, dass ihm Post zugehe bzw. eine aktuelle Postanschrift der Gesellschaft mitteile.⁶⁹² Während dem im Ergebnis wohl zuzustimmen ist, stellt die Satzung immerhin eine Grenze der Treuepflicht dar, ist dies letztlich eine Frage, ob überhaupt eine Treuepflichtverletzung gegeben ist. Insoweit ist also auf die vorangehenden Ausführungen bzw. Abwägung zu verweisen. Eine solche läge folglich vor, wenn eine Unterlassungspflicht bestanden hätte,

688 OLG Düsseldorf, Urt. v. 19. April 2018 – Az.: I 6 W 2/18, NZG 2019, 148, 150 = ZIP 2018, 1783 = GmbHR 2018, 967 = NJW-RR 2018, 936.

689 So insbesondere *Gerauer*, NZG 2019, 137, 139 f.

690 *Gerauer*, NZG 2019, 137, 140.

691 OLG Köln, Urt. v. 16. Mai 2002 – Az.: 18 U 31/02, NZG 2003, 40 = GmbHR 2002, 913 = BeckRS 2002, 7528; OLG München, Beschl. v. 1. Juli 2002 – Az.: 7 W 1684/02, BB 2002, 2196 = GmbHR 2002, 858 = DB 2002, 1991; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 51 Rn. 36.

692 *Gerauer*, NZG 2019, 137, 140.

die Einladung – in der Regel Ort oder Zeit – nicht so oder gar im Rahmen einer Handlungspflicht auf eine bestimmte Art und Weise vorzunehmen.

Käme man hingegen mit dem OLG Düsseldorf zu dem Ergebnis, dass eine treuwidrige Ladung vorliegt, so ist in der Rechtsfolge zu prüfen, ob ein Nichtigkeitsgrund nach § 241 AktG vorliegt, und folglich mit dem BGH danach zu fragen, ob eine (faktische) Nichtladung gegeben ist. Dem Grundsatz gefolgt, dass einer treuwidrigen Handlung der Einwand der Rechtswidrigkeit oder gar Unwirksamkeit entgegensteht, wäre im Falle einer treuwidrigen Ladung dementsprechend eine solche Nichtladung stets zu bejahen.

(2) GmbH

Mangels Bestimmungen im GmbHG sollen nach Rechtsprechung und überwiegender Auffassung in der Literatur die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 241 ff. AktG über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen für die GmbH entsprechende Anwendung finden.⁶⁹³ Darüber hinaus wird eine Anwendung der §§ 241 ff. AktG gar damit begründet, es handele sich um ein allgemeines Institut des Verbandsrechts⁶⁹⁴ oder um eine richterliche Rechtsfortbildung⁶⁹⁵. Zuletzt wird vertreten, eine Übertragung des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts auf die GmbH sei überhaupt nicht möglich und es müsse auf das allgemeine Beschlussmängelrecht in Form der Feststellungsklage nach § 256 ZPO zurückgegriffen werden.⁶⁹⁶ Eine Analogie scheitere schon an der fehlenden vergleichbaren Interessenlage, da das Interesse in der Akti-

693 BGH, Urt. v. 16. Dezember 1953 – Az.: II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 235 = NJW 1954, 385 = BB 1954, 39 = GmbHR 1954, 28; BGH, Urt. v. 14. Dezember 1961 – Az.: II ZR 97/59, BGHZ 36, 207, 208 ff. = NJW 1962, 538 = WM 1962, 198 = DB 1962, 231 = GmbHR 1962, 48; BGH, Urt. v. 9. Dezember 1968 – Az.: II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 210 f. = NJW 1969, 841 = WM 1969, 373 = GmbHR 1970, 119 = DB 1969, 299; BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69 f. = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; BGH, Urt. v. 17. Februar 1997 – Az.: II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 365 = NJW 1997, 1510 = ZIP 1997, 732 = WM 1997, 823; für die h. M. statt aller Wolff, in: MünchHdb GesR III, § 40 Rn. 1.

694 Schmidt, AG 1977, 205 ff.; Schmidt, AG 1977, 243 ff.; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 448, 1396 f.; Schmidt, FS Stimpel, S. 240 ff.; Schmidt, ZGR 2008, 1, 26 ff.; Schmidt, AG 2009, 248, 253, 258 f.

695 Bayer/Möller, NZG 2018, 801; Hüffer, ZGR 2001, 833, 864.

696 Fehrenbach, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, S. 117 ff.

engesellschaft nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit deutlich größer sei.⁶⁹⁷ Mit der Begrenzung der Einklagbarkeit des Beschlussmangels auf die Monatsfrist der aktienrechtlichen Bestimmungen würde eine nicht angemessene und nicht tragbare Beschränkung der Gesellschafterrechte einhergehen, weshalb für die häufig personalistisch ausgestaltete GmbH ein formloser Rechtsschutz eher angemessen sei.⁶⁹⁸ Dennoch ist mit der h. M. von einer entsprechenden Anwendung des aktienrechtlichen Systems auszugehen. So gebietet es die Interessenlage auch für die GmbH, dass es zu einer kurzfristigen Klärung der Wirksamkeit von Beschlüssen kommt. Das gilt umso mehr, wenn es sich, was rechtsformspezifisch häufig der Fall sein wird, um Angelegenheiten der Geschäftsführung handelt.⁶⁹⁹ Die Gesellschafter haben gleich den Aktionären vielmehr ein berechtigtes Interesse daran, dass Rechtssicherheit bezüglich des Beschlusses und dessen Rechtsbeständigkeit eintritt.⁷⁰⁰ Hierzu sind die allgemeinen Vorschriften des BGB und der ZPO nicht ausreichend.⁷⁰¹

Gegen die Auffassung von K. Schmidt, bei den aktienrechtlichen Vorschriften handele es sich um die Normierung eines allgemeinen Instituts des Verbandsrechts, sprechen durchgreifende Bedenken. So ist es wenig ersichtlich, warum ein allgemeines Institut des Verbandsrechts ausgerechnet in den speziellen Vorschriften des AktG geregelt sein solle.⁷⁰²

Erfolgt die Feststellung des Beschlussergebnisses, hat dies für den Beschluss konstitutive Bedeutung.⁷⁰³ Der Beschluss wird hierdurch für alle Beteiligten festgehalten und gewinnt, vorbehaltlich einer erfolgreichen

697 Ulmer/Raiser, in: GroßKomm GmbHG, Anh § 47 Rn. 7; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck GmbHG, Anh § 47 Rn. 3.

698 Ulmer/Raiser, in: GroßKomm GmbHG, Anh § 47 Rn. 7.

699 Römermann, in: Michalski GmbHG, Anh § 47 Rn. 17; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh § 47 Rn. 3.

700 Zöllner/Noack, ZGR 1989, 525, 533; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh § 47 Rn. 3; wohl auch Römermann, in: Michalski GmbHG, Anh § 47 Rn. 17; a. A. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck GmbHG, Anh § 47 Rn. 3.

701 Ausführlich Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 63 ff.

702 Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 67.

703 BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66 = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; BayObLG, Beschl. v. 1. Juli 1993 – Az.: 3Z BR 96/93, ZIP 1993, 1162 = DB 1993, 1763 = WM 1993, 1793; Liebscher, in: MünchKomm GmbHG, § 48 Rn. Rn. 117; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 48 Rn. 18; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck GmbHG, Anh § 47 Rn. 118; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh § 47 Rn. 38; Seibt, in: Scholz GmbHG, § 48 Rn. 53.

Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage, (vorläufige) Verbindlichkeit.⁷⁰⁴ Kam es zu einer förmlichen Beschlussfeststellung, ist der treuwidrige Beschluss folglich analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar. Wie schon bei der AG kann auch hier die Anfechtungsklage mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage verbunden werden, um das gewünschte bzw. rechtmäßige Beschlussergebnis herbeizuführen.⁷⁰⁵

Wurde der Beschluss jedoch nicht festgestellt, kann jeder Gesellschafter auf Feststellung des Beschlussinhalts klagen.⁷⁰⁶ Diese Klage ist sowohl als positive, wie auch als negative Beschlussfeststellungsklage möglich. So kann mit der positiven Feststellungsklage ein bestimmtes Beschlussergebnis oder mit der negativen das Nichtzustandekommen eines Beschlusses festgestellt werden.

Diese unterschiedliche Vorgehensweise je nachdem, ob ein förmlicher Beschluss vorliegt oder nicht, wird dadurch gerechtfertigt, dass durch ein förmlich festgestelltes Beschlussergebnis dieser vorläufige Verbindlichkeit erlangt, welche sich mit dem Gebot der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes der Beteiligten begründen lässt. Wird ein Beschlussergebnis hingegen nicht förmlich festgestellt, besteht ein solcher Vertrauensstatbestand gerade nicht, weshalb ein Erwasen in Bestandskraft nach Ablauf

704 BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66 = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, § 48 Rn. 117; *Wertenbruch*, in: MünchKomm GmbHG, Anh § 47 Rn. 380.

705 BGH, Beschl. v. 4. Mai 2009 – Az.: II ZR 169/07, NZG 2009, 1307, 1308 = ZIP 2009, 2195 (m. Anm.) = WM 2009, 2131; BGH, Urt. v. 26. Oktober 1983 – Az.: II ZR 87/83, BGHZ 88, 320, 329 f. = NJW 1984, 489 = ZIP 1983, 1444 (m. Anm.) = WM 1983, 1310; BGH, Urt. v. 20. Januar 1986 – Az.: II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 30 f. = NJW 1986, 2051 = ZIP 1986, 429 = WM 1986, 456; *Wolff*, in: MünchHdb GesR III, § 40 Rn. 98; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 48 Rn. 53; *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, § 48 Rn. 121; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, Anh § 47 Rn. 40; zur AG für die Rechtsprechung statt aller BGH, Urt. v. 13. März 1980 – Az.: II ZR 54/78, BGHZ 76, 191 = NJW 1980, 1465 = WM 1980, 459 = DB 1980, 920; ganz h. M. vgl. nur *Austmann*, in: MünchHdb GesR IV, § 42 Rn. 131 f.; *Dörr*, in: Spindler/Stilz AktG, § 246 Rn. 57.

706 BGH, Urt. v. 28. Januar 1980 – Az.: II ZR 84/79, BGHZ 76, 154, 156 = NJW 1980, 1527 = ZIP 1980, 372 = WM 1980, 649; BGH, Urt. v. 13. November 1995 – Az.: II ZR 288/94, NJW 1996, 259 = ZIP 1995, 1982 = WM 1995, 2187 = DB 1996, 82; BGH, Urt. v. 1. März 1999 – Az.: II ZR 208/98, NJW 1999, 2268 = ZIP 1999, 498 (m. Anm.) = WM 1999, 796 = DB 1999, 956; *Liebscher*, in: MünchKomm GmbHG, § 48 Rn. 119; *Wolff*, in: MünchHdb GesR III, § 40 Rn. 90.

der Anfechtungsfrist auch nicht gerechtfertigt wäre.⁷⁰⁷ Es ist dann nichts vorhanden, wogegen sich die Anfechtungsklage richten könnte. Vielmehr geht es dann um die Frage, ob ein Beschluss eines bestimmten Inhalts überhaupt zustande gekommen ist.⁷⁰⁸

(3) Personengesellschaften

Auch bei Personengesellschaften enthält das Gesetz keine Bestimmungen dazu, welche Rechtsfolgen bei Beschlussmängeln eingreifen.⁷⁰⁹ Nach Ansicht der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur sollen fehlerhafte Beschlüsse nichtig und nicht bloß anfechtbar sein.⁷¹⁰ Dies gelte sowohl für eine kleine GbR als auch für eine Publikumpersonengesellschaft.⁷¹¹ Die Nichtigkeit könne dann durch eine Feststellungsklage unter den Gesellschaftern geltend gemacht werden.⁷¹² Gesellschaftsvertraglich, explizit oder durch Auslegung, kann dabei ein anderes bestimmt sein, insbesondere die (teilweise) Übernahme des aktienrechtlichen Beschlussmängelsystems.⁷¹³

Teilweise wird jedoch auch für die Personengesellschaften eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG befürwortet.⁷¹⁴ Vorteile einer solchen analogen Anwendung der aktienrechtlichen Regelungen lassen sich insbe-

707 OLG Stuttgart, Urt. v. 8. Oktober 1999 – Az.: 20 U 59/99, NZG 2000, 490, 492 = BB 1999, 2316 = AG 2000, 369.

708 BGH, Urt. v. 13. November 1995 – Az.: II ZR 288/94, NJW 1996, 259 f. = ZIP 1995, 1982 = WM 1995, 2187 = DB 1996, 82; OLG Hamm, Urt. v. 25. Juli 2016 – Az.: 8 U 160/15, DB 2016, 1925 = GmbHR 2016, 1154 = BeckRS 2016, 13167.

709 *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 94.

710 BGH, Urt. v. 7. Juni 1999 – Az.: II ZR 278/98, NJW 1999, 3113 = ZIP 1999, 1391 = WM 1999, 1619 = NZG 1999, 935 (m. Anm.); OLG Frankfurt, Urt. v. 23. Mai 2019 – Az.: 5 U 21/18, GmbHR 2019, 940, 943 = EWiR 2020, 7 (m. Anm.) = BeckRS 2019, 16088; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 75; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 94; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 119 Rn. 31; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 109.

711 BGH, Urt. v. 1. März 2011 – Az.: II ZR 83/09, NJW 2011, 2578 = NZG 2011, 544 = ZIP 2011, 806 = WM 2011, 789.

712 Vgl. nur *Lieder*, in: Oetker HGB, § 119 Rn. 67, 73; *Kindler*, in: Koller/Kinder/Roth/Drüen HGB, § 119 Rn. 15 f.

713 BGH, Urt. v. 1. März 2011 – Az.: II ZR 83/09, NJW 2011, 2578 = NZG 2011, 544 = ZIP 2011, 806 = WM 2011, 789; *Lieder*, in: Oetker HGB, § 119 Rn. 67, 73.

714 *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 98 f.; *Freitag*, in: E/B/J/S HGB, § 119 Rn. 82; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 447 ff., 1397; *Schmidt*, ZGR 2008, 1, 26 ff.; ablehnend *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 76.

sondere darin finden, dass so die Gesellschaft als Klagegegner feststeht, eine feste Klagefrist gegeben ist und Urteile analog § 248 Abs. 1 S. 1 AktG *inter omnes* wirken.⁷¹⁵ Für eine solche Anwendung müssten jedoch die Voraussetzungen einer Analogie, die planwidrige Regelungslücke und die rechtliche Vergleichbarkeit der Interessenlage, gegeben sein.

Für das Bestehen einer Regelungslücke ließe sich zuvörderst und offensichtlich die Abstinenz einer expliziten Regelung zu Beschlussmängeln im Recht der Personengesellschaften anführen.⁷¹⁶ Allerdings besteht mit der Feststellungsklage nach § 256 ZPO durchaus die Möglichkeit, einen fehlerhaften Gesellschafterbeschluss anzugehen.

Schwierigkeiten ergeben sich auch hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Interessenlage. Zwar wird angeführt, dass eine unterschiedliche Behandlung der Beschlussmängelstreitigkeiten sich nicht anhand der strukturellen Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften rechtfertigen ließe.⁷¹⁷ Vielmehr ergäbe sich für alle Gesellschaftsformen ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit, welches durch die allgemeinen Regelungen, namentlich der Anfechtungsfrist und dem damit einhergehenden Bestandschutz, ausreichend befriedigt und gewährleistet würde.⁷¹⁸

Dennoch kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen Kapitalgesellschaften, im Speziellen die Aktiengesellschaft und Personengesellschaften, erhebliche strukturelle Unterschiede bestehen und eine vergleichbare Interessenlage nur schwer anzunehmen ist. Die auf ständig wechselnde Mitglieder mit hauptsächlich wirtschaftlichen bzw. monetären Interessen ausgelegte Aktiengesellschaft steht jedenfalls dem gesetzlichen Leitbild der Personengesellschaft mit beschränktem und überschaubarem Personenkreis gegenüber. Schwierigkeiten bereitet auch die Tatsache, dass die praktischen Erscheinungsformen der Personengesellschaften eine große Diversität und signifikante Unterschiede aufweisen und ein Einheitsmodell dem kaum gerecht werden kann.⁷¹⁹ Eine vergleichbare Interessenlage könnte allerdings bei kapitalistisch strukturierten Personengesellschaften, insbesondere Publikumsgesellschaften vorliegen. So verfahren in der Unternehmenspraxis solche Gesellschaften ohnehin häufig nach den akti-

715 Vgl. Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 86 f.

716 Vgl. Zimmermann, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 92 f.

717 Koch, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, F 75; Köster, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse bei OHG und KG, S. 115 ff.

718 Enzinger, in: MünchKomm HGB, § 119 Rn. 99.

719 Ähnlich auch Noack, JZ 2018, 824, 832.

enrechtlichen Vorschriften.⁷²⁰ Jedoch würde auch hier eine Abgrenzung nach kapitalistischer bzw. personalistischer Personengesellschaft zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen.⁷²¹

Nach *Grunewald* soll es auf die Größe des Gesellschafterkreises ankommen. So müsse bei großen Gesellschaften nach einer gewissen Zeit Rechtsicherheit eintreten. Wenn, wie bei Publikumspersonengesellschaften üblich, neue Mitglieder hinzutreten, müsse für diese klar sein, ob Beschlüsse wirksam seien oder nicht.⁷²² Problematisch ist hierbei jedoch die nur schwerlich lösbare Frage, wann eine Personengesellschaft „groß“ ist, sowie die Tatsache, dass durch die Aufnahme weiterer bzw. das Ausscheiden von Gesellschaftern eine Personengesellschaft in das oder aus dem aktienrechtlichen Beschlussmängelsystem rutschen würde.⁷²³

Insbesondere mit Blick auf kleine Personengesellschaften scheint eine Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften nicht interessengerecht. Sollten sich die Gesellschafter schon nicht für Mehrheitsentscheidungen entschieden haben, sodass das Einstimmigkeitsprinzip gilt, bedarf es keiner Anfechtungsklage. Das muss erst recht bezüglich der Treuepflicht gelten, da bei einstimmigen Beschlüssen eine Treuepflichtverletzung schon von vornherein ausscheidet. Allein die Entscheidung für das Mehrheitsprinzip ist an sich, mangels der Voraussetzungen einer Analogie, auch nicht ausreichend.

Anders zu beurteilen wäre dies jedoch, sollten die Gesellschafter eine förmliche Beschlussfeststellung festschreiben oder einen qualifizierten Versammlungsleiter einsetzen. In diesen Fällen ist grundsätzlich von einer Anwendung des aktienrechtlichen Beschlussmängelsystems auszugehen. Wünschen die Gesellschafter nämlich eine förmliche Beschlussfeststellung, so folgt dies aus einem Interesse an Rechtssicherheit. Dabei entspricht es den Interessen, dass es dem aktienrechtlichen System entsprechend zu einer (vorläufigen) Bestandskraft kommt. Das wird hauptsächlich bei großen Gesellschaften bis insbesondere hin zu den Publikumsgesellschaften der Fall sein und umfasst so faktisch die von *Grunewald* vorgeschlagene Lösung ohne das Manko der Abgrenzungsschwierigkeiten.

Kommt es also zu einer förmlichen Beschlussfeststellung, sind regelmäßig die §§ 241 ff. AktG anzuwenden. Dies wird sich häufig schon aus der

720 *Lieder*, NZG 2018, 1321, 1328 f.

721 *Lieder*, NZG 2018, 1321, 1327.

722 *Grunewald*, Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, S. 273 ff.

723 *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 91.

Auslegung des Gesellschaftsvertrags ergeben.⁷²⁴ Die Annahme einer förmlichen Beschlussfeststellung ist jedoch restriktiv vorzunehmen. Insbesondere bei kleinen Gesellschaften ist bei der Einsetzung eines Versammlungsleiters wie dargelegt eher von einem moderierenden Versammlungsleiter auszugehen. Eine Beschlussfeststellungskompetenz kann diesem nur via Gesellschaftsvertrag oder mit satzungsändernder Mehrheit verliehen werden.

Damit ist der wohl h. M. und der Rechtsprechung beizupflichten, wobei im Falle einer förmlichen Beschlussfeststellung grundsätzlich von einer Anwendung der §§ 241 ff. AktG auszugehen ist. Soweit allerdings eine grundsätzliche analoge Anwendung des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts gefordert wird, ist dem nicht zu folgen. So fehlt es einer grundsätzlichen Anwendung *de lege lata* an der rechtlichen Grundlage bzw. an einer Regelungslücke hinsichtlich einer analogen Anwendung.⁷²⁵ Etwaige von Teilen der Literatur monierten Unzulänglichkeiten sind durch den Gesetzgeber zu beseitigen.⁷²⁶

Beschlussmängel sind also mit der Feststellungsklage nach § 256 ZPO geltend zu machen, und zwar nicht gegenüber der Gesellschaft, sondern gegenüber den übrigen Gesellschaftern.⁷²⁷ Eine Nichtigkeit des Beschlusses wegen Einberufungs- und anderer Verfahrensmängel soll allerdings nur dann gegeben sein, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beschluss durch den Mangel beeinflusst wurde.⁷²⁸ Allerdings kann der Ge-

724 BGH, Urt. v. 1. März 2011 – Az.: II ZR 83/09, NJW 2011, 2578 = NZG 2011, 544 = ZIP 2011, 806 = WM 2011, 789; Kindler, in: Koller/Kinder/Roth/Drüen HGB, § 119 Rn. 16; ähnlich Bergmann, in: jurisPK-BGB, § 709 Rn. 35, der aber letztlich mit dem BGH von einer rein schuldrechtlichen Bindung der Gesellschafter an das Urteil ausgeht.

725 Klimke, in: BeckOK HGB, § 119 Rn. 76; Lieder, in: Oetker HGB, § 119 Rn. 67a; Schäfer, in: Staub HGB, § 119 Rn. 77; zu den Vorschlägen *de lege ferenda* siehe Koch, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, F 9 ff.; Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 808.

726 Zu den Vorschlägen *de lege ferenda* siehe Koch, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, F 9 ff.; Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 808.

727 BGH, Urt. v. 30. Juni 1966 – Az.: II ZR 149/64, WM 1996, 1036 = DB 1966, 1561 = BeckRS 1966, 31168894; BGH, Urt. v. 15. November 1982 – Az.: II ZR 62/82, BGHZ 85, 350, 353 = NJW 1983, 1056 = ZIP 1983, 303 = WM 1983, 208; Lieder, in: Oetker HGB, § 119 Rn. 73; Schäfer, in: Staub HGB, § 119 Rn. 91; Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 807; Hüffer, ZGR 2001, 833, 839.

728 BGH, Urt. v. 11. März 2014 – Az.: II ZR 24/13, NZG 2014, 621 = ZIP 2014, 1019 = WM 2014, 999 = DB 2014, 1187; BGH, Urt. v. 16. Oktober 2012 – Az.: II ZR 251/10, NZG 2013, 57 = ZIP 2013, 68 (m. Anm.) = WM 2013, 31 = DB 2013, 49.

sellschaftsvertrag neben der gänzlichen Übernahme des aktienrechtlichen Systems Modifikationen vorsehen, insbesondere, dass die Klage gegen die Gesellschaft zu richten oder innerhalb einer bestimmten Frist zu erheben ist.⁷²⁹ Zu beachten ist allerdings, dass die Prozesswirkungen bei Personengesellschaften grundsätzlich nur zwischen den Prozessparteien eintreten. Sieht der Gesellschaftsvertrag eine Passivlegitimation der Gesellschaft im Beschlussmängelprozess vor, so kommt es dennoch nicht zu einer Rechtskrafterstreckung. Der Beschluss hat keinen korporativen, sondern lediglich vertraglichen Charakter. Die nicht am Prozess beteiligten Gesellschafter sind lediglich schuldrechtlich verpflichtet, das Urteil gegen sich gelten zu lassen.⁷³⁰

d. Fazit

Grundsätzlich ist zwischen der (wahrgenommenen und nicht wahrgenommenen) Stimmabgabe sowie dem Beschluss zu unterscheiden.

Treuwidrig abgegebene Stimmen sind nicht nur rechtswidrig, sondern nichtig. Dies ergibt sich aus dem Vorliegen der Voraussetzungen der Einwendung der Nichtigkeit, der Nichtbeeinträchtigung der Rechtssicherheit sowie der Tatsache, dass die Beseitigung der Treuwidrigkeitsfolge ausgeschlossen ist. Treuwidrig nicht wahrgenommene Stimmen sind grundsätzlich im Wege der Leistungsklage oder der Beschlussanfechtung verbunden mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage geltend zu machen. Eine Fiktion der treugemäßen Stimmabgabe ist jedoch dann möglich, wenn der umstrittene Beschluss und dessen rasche Umsetzung für die Gesellschaft von existenzieller Bedeutung sind. Für diese „existenzielle Bedeutung“ ist ein zusätzliches zeitliches Moment im Sinne einer Dringlichkeit zu fordern. Auch für Publikumspersonengesellschaften ist eine Zustimmungsfiktion nur bei Hinzutreten des zeitlichen Moments angemessen. Eine, wie teilweise vertreten, grundsätzliche „eigene“ Ausnahme ist abzulehnen.

729 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; BGH, Urt. v. 15. November 1982 – Az.: II ZR 62/82, BGHZ 85, 350, 353 = NJW 1983, 1056 = ZIP 1983, 303 = WM 1983, 208; BGH, Urt. v. 1. März 2011 – Az.: II ZR 83/09, NJW 2011, 2578, 2580 = NZG 2011, 544 = WM 2011, 789 = ZIP 2011, 806; *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 807 f. m. w. N.

730 *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 808; *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, S. 98.

Werden treuwidrig abgegebene Stimmen mitgezählt, führt dies zu einem treuwidrigen Beschluss. Ein solcher fällt unter die vielfach behandelte Problematik des Beschlussmangels. Entscheidend bei der Behandlung von Beschlussmängeln ist die Rechtsform der fraglichen Gesellschaft und ob eine Beschlussfeststellung stattgefunden hatte oder nicht. Wird ein Beschluss förmlich festgestellt, kommt diesem – unabhängig von einer etwaigen nichtigen Stimme bzw. anderweitigen Treuwidrigkeit – vorläufige Wirksamkeit zu. Ein Beschlussmangel ist in diesem Fall nur noch im Wege der Anfechtungsklage zu beseitigen. Für die Aktiengesellschaft ergibt sich dies aus § 243 Abs. 1 AktG, für die anderen Gesellschaftsformen aus der entsprechenden Anwendung. Bei den Personengesellschaften und der GmbH können Beschlussmängel – sofern keine förmliche Feststellung erfolgte – im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden.

Im Rahmen der Beschlussmängel ist zwischen Verfahrensfehlern und inhaltlichen Verstößen zu differenzieren. Verfahrensfehler, darunter auch die mitgezählte nichtige Stimme, können – anders als inhaltliche Mängel – nicht stets angefochten werden bzw. führen nicht stets zur Unwirksamkeit des Beschlusses. Dies jedenfalls dann nicht, wenn diese keine Auswirkung auf den Beschluss hatten.

II. Sekundärebene

Konnte die Frage geklärt werden, ob der drohende oder entstandene Schaden abgewendet bzw. die entsprechende Verhaltenspflicht durchgesetzt werden kann, ist zu klären, ob es hierdurch zu einem angemessenen Interessenausgleich gekommen ist. Ein fehlender oder mangelhafter Interessenausgleich kann sowohl im Falle des abgewehrten als auch des nicht abgewehrten Schadens gegeben sein. Ist dem Interessenausgleich als Ziel der Treuepflicht noch nicht Genüge getan, kommt ein Schadensersatzanspruch und/oder weitere Sanktionen in Betracht.

1. Schadensersatz

Die prominenteste aller regelmäßig eintretenden Rechtsfolgen stellt dabei der Schadensersatz dar. So zeigt sich die Relevanz desselben schon darin, dass es sich bei diesem um die (neben dem Eintrittsrecht nach § 113 Abs. 1 Hs. 2 HGB) einzig gesetzlich normierte Rechtsfolge unter den gesetzlich normierten Ausprägungen der Treuepflicht handelt. Mag es bezüglich der

Rechtsfolgen von Treuepflichtverstößen noch so viele Unklarheiten geben, findet sich doch Konsens, dass ein Treuepflichtverstoß regelmäßig einen schadensersatzbegründenden Pflichtverstoß darstellt.

Verletzt ein Gesellschafter die Treuepflicht vorsätzlich sittenwidrig, so wird regelmäßig schon ein Anspruch aus § 826 BGB gegeben sein.⁷³¹ Daneben und mit weniger hohen Hürden besteht aber schon ein Anspruch bei schuldhafter Verletzung der Treuepflicht gem. §§ 280, 249 ff. BGB.⁷³² Der Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB findet gegenüber einem etwaigen, jedoch engeren Anspruch aus § 826 BGB, der anfänglich alleinig als Anspruchsgrundlage zugestanden wurde, einen weitaus größeren Anwendungsbereich.⁷³³

a. Geltendmachung

Bezüglich des Schadensersatzanspruchs sind mehrere Konstellationen denkbar: Eine Treuepflichtverletzung der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter, eines Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft oder eines Gesellschafters gegenüber einem oder mehreren Mitgesellschaftern.⁷³⁴ Anspruchsberechtigt ist zunächst die Gesellschaft. Der Anspruch kann dabei von der Gesellschaft selbst oder aber notfalls mit der *actio pro socio* von einem Gesellschafter geltend gemacht werden.⁷³⁵ Wird nicht oder nicht nur die Gesellschaft selbst geschädigt, sondern einer oder mehrere Mitgesellschafter, so sind diese anspruchsberechtigt, sofern ein über den bei der Gesellschaft entstandenen Schaden hinausgehender, individueller und

731 BGH, Urt. v. 14. Dezember 1959 – Az.: II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 278 = NJW 1960, 285 = WM 1960, 42 = GmbHR 1960, 43; *Li*, Treuepflicht der Aktionäre, S 147.

732 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 204; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 200; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 242; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 158; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 105 Rn. 193; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 70; *HoptWiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 145.

733 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 204; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 200.

734 *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 82; *Haas*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 109 Rn. 16.

735 *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 125; zur *actio pro socio* ausführlich *derselbe*, in: Scholz GmbHG, § 13 Rn. 51 ff.

unmittelbarer Schaden besteht.⁷³⁶ Liegen lediglich Reflexschäden vor, so stehen die Ansprüche nur der Gesellschaft zu.⁷³⁷ Bei einer Verletzung der Treuepflicht durch mehrere Gesellschafter oder durch einen oder mehrere Gesellschafter und der Gesellschaft selbst haften diese als Gesamtschuldner nach §§ 421 ff. BGB, wobei im Innenverhältnis der treuwidrig handelnde Gesellschafter vorrangig in Anspruch zu nehmen ist.⁷³⁸

- Sonderfall: Beschluss

Wurde ein treupflichtwidriger Gesellschafterbeschluss gefasst, ist umstritten, ob ein solcher unmittelbar einen Schadensersatzanspruch begründet oder aber der entsprechende Beschluss zunächst im Wege der Anfechtungsklage beseitigt werden muss.

Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage bislang keine Stellung bezogen.⁷³⁹ Ein Anspruch soll jedoch dann bestehen, wenn der Schaden innerhalb der Anfechtungsfrist eintritt und durch eine Anfechtungsklage nicht verhindert werden kann, die Klageerhebung mithin als reiner Formalismus zu klassifizieren ist.⁷⁴⁰

In der Literatur wird die grundsätzliche Notwendigkeit einer Anfechtungsklage überwiegend angenommen.⁷⁴¹ So dürfe die Anfechtungsfrist

736 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 204; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 105 Rn. 193; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 125; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 202; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13 Rn. 43; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 145.

737 *Rodewald*, in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch, 7. B IV Rn. 1323; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 204; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 202; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13 Rn. 43; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 70; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 145.

738 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 205 f.

739 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 160 f. = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

740 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 160 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

741 Vgl. nur *Drescher*, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 221; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 203; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 125; wohl auch *Zöllner/Noach*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 109; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 320 f.; jedenfalls bezügl. der AG a. A. *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 189 ff.; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 148.

mit ihrer befriedenden Wirkung nicht unterlaufen werden.⁷⁴² Ferner gelte ein Beschluss, sofern er festgestellt ist und keine Anfechtungsklage erhoben wird, als rechtsbeständig, wogegen sich ein Schadensersatzanspruch nicht in Widerspruch setzen könne. Dieser sei somit nur möglich, soweit dadurch nach Ablauf der Anfechtungsfrist die Rechtsbeständigkeit nicht in Frage gestellt werde.⁷⁴³ Ein Anspruch auf Schadensersatz komme nur in Betracht, wenn der Schadenseintritt durch die Erhebung der Anfechtungsklage nicht verhindert werden könne.⁷⁴⁴

Dem wird entgegengehalten, dass der Sinn und Zweck der Anfechtungsfrist überdehnt werde, wenn ein Gesellschafter zunächst auf einen womöglich langjährigen Anfechtungsstreit verwiesen wird, bevor er einen Schadensersatzanspruch geltend machen kann.⁷⁴⁵ Der Anfechtungsfrist würde gleichsam Genüge getan, wenn die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches nach Ablauf der Anfechtungsfrist ausgeschlossen werde. Demnach soll eine erfolgreiche Anfechtungsklage vor dem Eintritt der Bestandskraft keine Voraussetzung für das Bestehen eines Schadensersatzanspruches darstellen, ein solcher jedoch präkludiert sein, wenn die Anfechtungsfrist vor Erhebung einer Anfechtungsklage verstreicht oder eine solche rechtskräftig abgewiesen wurde.⁷⁴⁶

(1) Exkurs: Recht der Wohnungseigentümer

In den ähnlich gelagerten Fällen im Recht der Wohnungseigentümer bezüglich der regelmäßig auftretenden Konstellation der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen verzögerter Sanierung gemeinschaftlichen Eigentums hält der BGH solch Geltendmachung grundsätzlich für ausgeschlossen, wenn der betroffene Wohnungseigentümer vorher gefasste Beschlüsse über die Zurückstellung oder Ablehnung der Instandsetzung nicht angefochten hat.⁷⁴⁷ Eine Ausnahme soll jedoch dann gelten, wenn er

742 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 203.

743 *Drescher*, in: MünchKomm GmbHG, § 47 Rn. 221.

744 *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 148; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 70; *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 191; *Zöllner/Noach*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 109.

745 *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 42.

746 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 209; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 42.

747 BGH, Urt. v. 23. Februar 2018 – Az.: V ZR 101/16, NJW 2018, 2550 = WuM 2018, 446 = MDR 2018, 859; BGH, Urt. v. 13. Juli 2012 – Az.: V ZR 94/11, NJW

bereits Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage erhoben hat, eine Anfechtung nachfolgender Vertagungsbeschlüsse aber nicht mehr erfolgt.⁷⁴⁸ Das ergibt sich daraus, dass ein schutzwürdiges Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Bestandskraft eines Vertagungsbeschlusses von vornherein nicht besteht.⁷⁴⁹ So stelle der Vorrang der Anfechtung ein allgemeines Prinzip des Rechtsschutzes gegen Mehrheitsentscheidungen dar und verhindere eine Umgehung der Anfechtungsfrist mithilfe des Sekundäranspruchs.⁷⁵⁰ Darüber hinaus könne nur so Sinn und Zweck der Bestandskraft Genüge getan werden.⁷⁵¹

Dieser Vorrang der Beschlussanfechtung, sowohl auf Primär- als auch Sekundärebene, wird jedoch auch kritisiert. Teilweise wird relativierend angenommen, dass ein Vorrang der Anfechtungsklage nur im Falle von Positivbeschlüssen greife oder eine Anfechtung entfalle, sollten „außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an einem Beschluss als grob unbillig und damit als gegen Treu und Glauben verstößend erscheinen lassen.“⁷⁵² Gleiches soll für den Fall gelten, dass der Schaden auch bei erfolgter Anfechtung eingetreten wäre, etwa bei einem ungenügenden oder negativen Sanierungsbeschluss.⁷⁵³

Die vom BGH entschiedene Ausnahme zeigt, dass die Bestandskraft eines Beschlusses jedenfalls nicht *per se* der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen entgegensteht.⁷⁵⁴ Überdies wird die Anfechtung bei Sanierungsfällen, insbesondere im Hinblick auf die Verfahrensdauer, regelmäßig nichts am Eintritt des Schadens ändern. Das gilt umso mehr, wenn der Schaden schon vor Verstreichen der Anfechtungsfrist eines unzureichenden Beschlusses eintritt. In diesem Fall würde die Anfechtung an dem entstandenen Schaden nichts mehr ändern und die Aufbürdung eines Prozesses vielmehr eine zusätzliche Hürde für den Wohnungseigentümer darstellen.⁷⁵⁵

2012, 2955 = NZG 2012, 1146 = WuM 2012, 516 = MDR 2012, 1276; BGH, Urt. v. 13. Mai 2011 – Az.: V ZR 202/10, NJW 2011, 2660 = WM 2011, 2379 = WuM 2011, 440 = NZM 2011, 551.

748 BGH, Urt. v. 23. Februar 2018 – Az.: V ZR 101/16, NJW 2018, 2550 = WuM 2018, 446 = MDR 2018, 859.

749 BGH, Urt. v. 23. Februar 2018 – Az.: V ZR 101/16, NJW 2018, 2550, 2554 = WuM 2018, 446 = MDR 2018, 859.

750 Abramenko, ZMR 2013, 174, 176.

751 Rüscher, ZfR 2013, 65.

752 Elzer, NZM 2012, 718, 721.

753 Abramenko, FS Merle, S. 7; Elzer, NZM 2012, 718, 721.

754 So auch Elzer, IMR 2018, 293.

755 Armbrüster/Kräher, ZWE 2014, 1, 7.

(2) Übertragung auf das Gesellschaftsrecht

Wird bezüglich des Rechts der Wohnungseigentümer konstatiert, der Vorrang der Anfechtung stelle ein allgemeines Prinzip des Rechtsschutzes gegen Mehrheitsentscheidungen dar und verhindere eine Umgehung der Anfechtungsfrist mithilfe des Sekundäranspruchs, muss dies folglich auch auf das Gesellschaftsrecht übertragen werden. Obgleich der BGH die Frage nach dem Vorrang der Anfechtung für das Gesellschaftsrecht noch offengelassen hat, spricht im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung vieles dafür, die Rechtsprechung zum Wohnungseigentümerrecht entsprechend zu übertragen. So sind nicht nur beide Fälle sehr vergleichbar gelagert, auch entspricht ein solcher Vorrang ohnehin der h. M. im Gesellschaftsrecht. Der befriedenden Wirkung der Bestandskraft, der damit einhergehenden Rechtssicherheit und damit Planbarkeit, insbesondere mit Blick auf die Geschäftsführung, bedarf es im Gesellschaftsrecht zur Aufrechterhaltung der Verfolgung des Gesellschaftszwecks bzw. eines etwaigen Geschäftsbetriebs womöglich noch dringlicher als im Recht der Wohnungseigentümer. Das darf nicht über den Weg des Sekundäranspruchs unterlaufen werden. Ein Vorrang der Anfechtungsklage muss jedenfalls dann gelten, wenn hierdurch der Schaden abgewendet werden kann.

Die Rechtsprechung geht jedoch sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Recht der Wohnungseigentümer davon aus, dass auch sonst Ausnahmen von dem grundsätzlichen Vorrang der Anfechtungsklage möglich sind. Auf der einen Seite soll eine Ausnahme dann vorliegen, wenn eine Anfechtungsklage als reiner Formalismus zu klassifizieren, auf der anderen Seite dann, wenn ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Bestand des Beschlusses von vornherein nicht gegeben sei. Mit Blick auf Letzteres wäre daran zu denken, einen Vorrang der Anfechtung dann nicht anzunehmen, wenn die Treuwidrigkeit schon mangels schutzwürdigen Interesses zustande kam. Ein solches ist immer dann zu verneinen, wenn der treuwidrig handelnde Gesellschafter respektive die Gesellschaft die Schädigung der Gesellschaft oder eines oder mehrerer (Mit-)Gesellschafter verfolgt bzw. im Falle der Ausübung eines uneigennützigen Rechts gegenüber der Gesellschaft schon dann, wenn der Gesellschafter seine Rechtsausübung nicht an den Interessen der Gesellschaft, sondern Eigeninteressen ausrichtet. Insbesondere für den Fall, dass eine Schädigung der Gesellschaft oder von Gesellschaftern verfolgt wird, kann ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Bestand des Beschlusses nur schwerlich angenommen werden. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass der Bestandsschutz nicht nur den treuwidrig handelnden Gesellschafter betrifft. Dieser wirkt sich vielmehr auch

auf alle anderen Gesellschafter sowie insbesondere bei Beschlüssen mit Außenwirkung auf den Rechtsverkehr aus. Aufgrund der Reichweite und Bedeutung des Bestandsschutzes von Beschlüssen kommt eine Ausnahme nur dann in Betracht, wenn eine Schutzwürdigkeit für alle vom Beschluss betroffenen Parteien ausscheidet. Dies etwa in dem vom BGH im Recht der Wohnungseigentümer entschiedenen Fall, wenn nach Erhebung von Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage eine Anfechtung nachfolgender Vertragsgeschäfte aber nicht mehr erfolgt.⁷⁵⁶

b. Vertretenmüssen

Den entstandenen Schaden müsste der betroffene Gesellschafter zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Umstritten ist jedoch, welcher Verschuldensmaßstab anzuwenden ist. Grundsätzlich gilt der Verschuldensmaßstab des § 276 BGB. Damit würde bereits jede Fahrlässigkeit ausreichen. Hinzu käme die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Hinsichtlich der Gesellschaft bleibt es bei diesem Ergebnis. Etwas anderes könnte sich jedoch für die Gesellschafter aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten ergeben. Teilweise wird eine grundsätzliche Beschränkung des Haftungsmaßstabes auf Vorsatz aus sachgerechten Erwägungen ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen.⁷⁵⁷ Im Übrigen hält das bisherige Schrifttum für die verschiedenen Gesellschaftsformen ganz unterschiedliche Ergebnisse bereit.

aa. Haftungsmaßstab

(1) Personengesellschaften

Für Personengesellschaften gilt die Haftungsprivilegierung des § 708 BGB, wonach ein Gesellschafter bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*diligentia quam in suis*). Grundsätzlich bedarf es für eine Schadensersatzpflicht also einer im Sinne des

⁷⁵⁶ BGH, Urt. v. 23. Februar 2018 – Az.: V ZR 101/16, NJW 2018, 2550 = WuM 2018, 446 = MDR 2018, 859.

⁷⁵⁷ Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 132; Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 69; erwägend Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 149.

§ 708 BGB schuldhaften Verletzung der Treuepflicht. Da es sich bei § 708 BGB um dispositives Recht handelt, können sowohl Haftungsmilderungen als auch Haftungsverschärfungen vereinbart werden.⁷⁵⁸ Wenn keine gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen vorliegen, soll es dennoch teilweise zu keiner Anwendung des § 708 BGB kommen. Hinter der auf das römische Recht zurückgehenden Norm des § 708 BGB steht der Gedanke, dass die Gesellschafter einer Gesellschaft „sich gegenseitig so nehmen wollten, wie sie einmal seien“.⁷⁵⁹ Da bei Personengesellschaften jede Geschäftsangelegenheit zugleich auch eine eigene Angelegenheit der beteiligten Gesellschafter darstellt, er somit „Herr des Geschäfts“ ist, soll er den Mitgesellschaftern gegenüber auch nicht zu einem größeren Maß der Sorgfalt verpflichtet sein, als er es persönlich anwendet. Daher wird von der h. M. eine teleologische Reduktion des § 708 BGB in Fällen vorgenommen, in denen es an der persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter fehlt – so etwa in Publikumsgesellschaften oder kapitalistisch strukturierten OHGs respektive KGs.⁷⁶⁰ Dem ist mit Blick auf die *ratio* der Norm zuzustimmen und daher mit der h. M. auf den Verschuldensmaßstab aus dem Aktienrecht zurückzugreifen – der Begrenzung auf Vorsatz im Falle der Stimmrechtsausübung und auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in den sonstigen Fällen.⁷⁶¹

(2) Kapitalgesellschaften

Der BGH hat die Frage nach dem Verschuldensmaßstab im Aktienrecht ausdrücklich offengelassen.⁷⁶² Die wohl h. M. befürwortet eine Beschränkung des Verschuldensmaßstabes auf Vorsatz.⁷⁶³ So sprächen die Unsicher-

758 Ganz h. M. statt aller *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 708 Rn. 3.

759 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 708 Rn. 1.

760 BGH, Urt. v. 4. Juli 1977 – Az.: II ZR 150/75, BGHZ 69, 207, 209 f. = NJW 1977, 2311 = WM 1977, 1221 = DB 1977, 2088; BGH, Urt. v. 12. November 1979 – Az.: II ZR 174/77, BGHZ 75, 321, 327 f. = NJW 1980, 589 = WM 1980, 30 = DB 1980, 295 = GmbHR 1980, 127; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 114 Rn. 63; *Casper*, in: Staub HGB, § 161 Rn. 194; *Grünwald*, in: MünchKomm HGB, § 161 Rn. 139; *Oetker*, in: Oetker HGB, § 161 Rn. 144; *Westermann*, in: Erman BGB, § 708 Rn. 3.

761 *Casper*, in: Staub HGB, § 161 Rn. 194.

762 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 160 f. = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

763 *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 132; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 69; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 70; erwägend *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 149.

heiten der Ableitung konkreter Verhaltenspflichten aus der Treuepflicht dafür, die Gesellschafter nur in gravierenden Fällen zum Schadensersatz heranzuziehen und sie nicht mit einem schwer überschaubaren Haftungsrisiko zu belasten.⁷⁶⁴ Da die konkreten Verhaltenspflichten der mitglied-schaftlichen Treuepflicht aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalles und im Wege der Abwägung verschiedenster Faktoren zu bestimmen sind, wird es einem durchschnittlichen Aktionär regelmäßig nur schwer möglich sein, sich dieser gewahr zu sein. So ist in der Tat zuzugeben, dass eine Schadensersatzpflicht jedenfalls für Fahrlässigkeit zu einem unbilligen und kaum einschätzbaren Haftungsrisiko führen würde. Eine Beschränkung des Haftungsmaßstabes könnte sich aus der entsprechenden Anwendung verschiedener Normen ergeben.

(a) § 708 BGB

Auf Kapitalgesellschaften ist § 708 BGB nicht direkt anwendbar. Die erweiternde Anwendung auf solche ist umstritten. Von Teilen der Literatur wird eine solche Heranziehung grundlegend abgelehnt⁷⁶⁵ oder nur für personalistisch organisierte Kapitalgesellschaften angenommen.⁷⁶⁶ Andere hingegen halten den Rechtsgedanken der §§ 277, 708 BGB grundsätzlich für anwendbar.⁷⁶⁷

Bedenkt man den hinter § 708 BGB stehenden Gedanken, dass die Gesellschafter einer Gesellschaft „sich gegenseitig so nehmen wollten, wie sie einmal seien“⁷⁶⁸, bzw. das gesetzgeberische Leitbild der durch persönliche Beziehungen geprägten GbR, scheidet eine pauschale entsprechende Anwendung auf Kapitalgesellschaften aus. Mit der Anwendung im Rahmen des Vertretenmüssens bei Schadensersatzansprüchen aus Treuepflichtverletzung lässt sich der Sinn und Zweck von § 708 BGB schwerlich verein-

764 Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 68.

765 Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 85; Grigoleit, in: Grigoleit AktG, § 1 Rn. 80; bezüglich der Publikums-KG Grunewald, in: MünchKomm HGB, § 161 Rn. 131.

766 Erwägend Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 111.

767 Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 28; Häsemeyer, ZHR 1996, 109, 118; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 207; erwägend Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 149; für Vorsatz ohne auf § 708 BGB abzustellen Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 69.

768 Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 708 Rn. 1; Bergmann, in: jurisPK-BGB, § 708 Rn. 7.

baren und muss abgelehnt werden. Wie ausgeführt, findet § 708 BGB auf Personengesellschaften mit fehlender personalistischer Struktur bzw. Publikumsgesellschaften aufgrund teleologischer Reduktion keine Anwendung. Wird nun aber auf die Realstruktur abgestellt, so wäre eine entsprechende Anwendung der Rechtsgedanken im Hinblick auf personalistisch strukturierte Kapitalgesellschaften jedenfalls denkbar. So führt *Schäfer* etwa aus:

„[...] das Eingreifen von § 708 richtet sich vielmehr nach der personalistischen oder kapitalistischen Struktur der Gesellschaft. In einer Familien-GmbH & Co. KG können sich daher auch die GmbH-Gesellschafter/Geschäftsführer gegenüber Ansprüchen aus § 43 GmbHG auf das zwischen KG und GmbH geltende, inhaltlich durch die eigenübliche Sorgfalt der GmbH-Organe ausgefüllte Haftungsprivileg berufen.“⁷⁶⁹

Die Gesellschafter einer personalistisch strukturierten GmbH, so mag man argumentieren, schließen sich ebenfalls mit Blick auf die jeweiligen Persönlichkeiten zusammen und wollen „sich gegenseitig so nehmen, wie sie einmal seien“. Jedoch übersieht dies die grundlegenden Unterschiede der Gesellschaftsformen. In der GmbH als juristischer Person mit eigener Rechtspersönlichkeit sind die Geschäftsangelegenheiten gerade nicht zugleich eigene Angelegenheiten der Gesellschafter.⁷⁷⁰ Darüber hinaus existiert mit § 43 GmbHG eine Regelung bezüglich des Haftungsmaßstabes für die Geschäftsführung bei der GmbH. Eine Anwendung von § 708 BGB auf Kapitalgesellschaften scheidet damit – unabhängig von der Realstruktur – aus.⁷⁷¹

(b) § 146 AktG

Für den speziellen Fall der Kostentragung bei der gerichtlichen Bestellung von Sonderprüfern bei der Aktiengesellschaft gem. § 142 AktG sieht der Gesetzgeber einen milderen Verschuldensmaßstab des Antragstellers vor.

769 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 708 Rn. 5; ebenfalls befürwortend *Mayer/Jenne*, GmbHR 2019, 940, 949.

770 So auch *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 708 Rn. 3; *Bergmann*, in: jurisPK-BGB, § 708 Rn. 8.

771 *Bergmann*, in: jurisPK-BGB, § 708 Rn. 7 ff.; *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 708 Rn. 3; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 708 Rn. 22; a. A. aber *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 28.

So wird in § 146 S. 2 AktG der Verschuldensmaßstab im Hinblick auf einen Kostenerstattungsanspruch für die Erwirkung einer solchen Bestellung aufgrund falschen Vortrags auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt. Neben der Kostenerstattung nach § 146 AktG ist der Rückgriff sowohl auf deliktische Ansprüche als auch auf Rückgriffsansprüche wegen Verletzung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht möglich.⁷⁷² Besteht ein solcher Anspruch, kann die Gesellschaft Ersatz des Schadens verlangen, der ihr dadurch entstanden ist, dass sie die Gerichtskosten und die Kosten der Prüfung tragen muss.⁷⁷³ Der auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzte Verschuldensmaßstab muss im Hinblick auf den Zweck des § 146 S. 2 AktG, der Verhinderung der etwaigen Abschreckung der Aktionäre durch das Kostenrisiko bei Geltendmachung des Antragsrechts nach § 142 Abs. 2 AktG dann richtigerweise gleichfalls gelten.⁷⁷⁴ Eine Anwendung über den speziellen Fall der Kostentragung bei der gerichtlichen Bestellung von Sonderprüfern hinaus scheidet jedoch aus.

(c) § 43 GmbHG

Teilweise wird vertreten, dass im Hinblick auf die GmbH § 43 GmbHG, der die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beschreibt, zu beachten sei. Hier sei eine analoge Anwendung insbesondere dann vorzunehmen, wenn der oder die Gesellschafter von seinem bzw. ihrem Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer in Geschäftsführungsangelegenheiten Gebrauch machen und somit Aufgaben an sich ziehen, die originär dem Geschäftsführer zugewiesen sind, oder aber eine faktische Beeinflussung desselben vornehmen.⁷⁷⁵ Das hätte zur Folge, dass eine Verletzung erst bei Überschreitung des unternehmerischen Ermessens vorläge.⁷⁷⁶

Gegen eine analoge Anwendung des § 43 GmbHG spricht jedoch schon der Wortlaut der Vorschrift („die Geschäftsführer“) sowie die Tat-

772 Begr. RegE, BT-Drucks. 15/5092, S. 19; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 146 Rn. 14; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 146 Rn. 3; *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 146 Rn. 14.

773 *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 146 Rn. 14.

774 Ganz h. M., statt aller *Arnold*, in: MünchKomm AktG, § 146 Rn. 15.

775 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 21 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 211; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 85; *Seib*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 125.

776 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 211.

sache, dass der Gesellschafter Eigeninteressen wahrnimmt, während der Geschäftsführer Fremdinteressen verwaltet.⁷⁷⁷ Hinzu kommt, dass § 43 GmbHG auf den professionellen Geschäftsleiter zugeschnitten ist und für ein professionelles Management geltende Pflichten-, Sorgfalts- und Haftungsrahmen statuiert. Eine entsprechende Anwendung dieser Haftung auf die möglicherweise nicht mit dem Management vertrauten Gesellschafter könnte diese davon abhalten, Mitwirkungsrechte auszuüben, die ihnen von Gesetzes wegen aber eingeräumt sind.⁷⁷⁸ § 43 GmbHG findet folglich auf die Gesellschafter richtigerweise keine Anwendung.

Analoge Anwendung soll § 43 GmbHG jedoch dann finden, wenn die Gesellschafter den Geschäftsführern in einer Geschäftsführungsangelegenheit nach § 37 Abs. 1 GmbHG eine Weisung erteilen.⁷⁷⁹

(d) Stimmrechtsausübung (§ 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG a. F.)

Eine Besonderheit ergibt sich bei Aktiengesellschaften im Hinblick auf eine treuwidrige Stimmrechtsausübung.⁷⁸⁰ Bis zur Aufhebung durch Art. 1 Nr. 3 UMAG im Jahre 2005 fand sich in § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG a. F. eine Haftungsfreistellung für Schäden durch Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung.⁷⁸¹ Trotz Aufhebung der Vorschrift beschränken Rechtsprechung und h. M. die Haftung bei treuwidrigem Stimmverhalten auf vorsätzliche Verstöße,⁷⁸² da eine Haftung für einfache Fahrlässigkeit das Stimmverhalten und damit die unternehmerische Handlungsfreiheit, insbesondere von unerfahrenen Aktionären, zu sehr beeinflussen oder

777 Ziemons/Pöschke, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 23.

778 Ziemons/Pöschke, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 23; Schneider, in: Scholz GmbHG, § 43 Rn. 23.

779 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 21 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 206.

780 Vgl. Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 145 ff.; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 28; Laubert, in: Hölters AktG, § 53a Rn. 20.

781 Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 68.

782 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 160 f. = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 131; Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 68; Cahn/v. Spannenberg, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 60; Fleischer, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 70; Lutter, JZ 1995, 1053, 1054.

gar hemmen würde.⁷⁸³ Normativ soll sich dies auf § 243 Abs. 2 AktG stützen lassen, wonach die Anfechtung eines Beschlusses darauf gestützt werden kann, dass ein Aktionär mit Ausübung seines Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der Mitaktionäre zu erlangen suchte und der Beschluss geeignet ist, diesem Zweck zu dienen.⁷⁸⁴ Voraussetzung ist in subjektiver Hinsicht, dass der Aktionär den Vorteil „zu erlangen suchte“, mithin also ein Vorsatzerfordernis.⁷⁸⁵ Ob § 243 Abs. 2 AktG, der für die Anfechtung gilt, als normative Stütze tatsächlich herangezogen werden kann, ist fraglich, kann allerdings dahinstehen, da sich eine Haftungsmilderung schon auf § 276 Abs. 1 S. 1 BGB stützen lässt und insofern jedenfalls die Wertung des § 243 Abs. 2 AktG berücksichtigt wird.⁷⁸⁶ Nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Ein Schuldverhältnis ergibt sich bei Kapitalgesellschaften sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Mitgesellschaftern. Denn anders als beispielsweise bei den Arbeitnehmern im Arbeitsrecht, besteht zwischen den Gesellschaftern eine Sonderverbindung. Im Hinblick auf die Haftung der Gesellschafter im Rahmen der Treuepflicht müsste sich eine mildere Haftung dementsprechend aus dem Inhalt ebendieses Schuldverhältnisses, also der Mitgliedschaft, ergeben. Inhalt der Mitgliedschaft ist dabei die Rechtsposition des Gesellschafters in der Gesellschaft, also die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis.⁷⁸⁷ Eine möglichst freie und ungehinderte Ausübung dieser Rechte bzw. Erfüllung dieser Pflichten ist unabdingbar und für eine gemeinschaftliche Zweckverfolgung essentiell. Hinzu tritt, dass insbesondere die Aktien- bzw. Publikumsgesellschaften dabei auf eine Vielzahl von Mitgliedern ausgelegt sind, deren Mitgliedschaft sich in

783 *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 80; *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 131; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 68; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 28, der zusätzlich § 243 Abs. 2 als normative Stütze heranzieht; grundsätzlich ablehnend jedoch *Li*, Treuepflicht der Aktionäre, S. 158.

784 *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 28.

785 *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 243 Rn. 34; *Hüffer/Schäfer*, in: MünchKomm AktG, § 243 Rn. 85; *Ehmann*, in: Grigoleit AktG, § 243 Rn. 19.

786 Hierzu allgemein *Schaub*, in: BeckOGK BGB, § 276 Rn. 176 f.

787 *Reichert/Weller*, in: MünchKomm GmbHG, § 14 Rn. 45; *Ebbing*, in: Michalski GmbHG, § 14 Rn. 39; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 14 Rn. 13; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 185; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 14 Rn. 11; *Wertenbruch*, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 227; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 109 Rn. 27.

einer Kleinbeteiligung ohne intensive Auseinandersetzung mit derselben erschöpfen kann. Eine Haftung auch für Fahrlässigkeit hätte wie soeben dargestellt gerade für derartige Kleingesellschafter eine hemmende und beeinflussende Wirkung, sodass die erforderliche und gewünschte Handlungsfreiheit des Gesellschafters eingeengt und das Stimmrecht damit faktisch entwertet würde.⁷⁸⁸ Zur freien Ausübung der Mitgliedschaft ist daher eine Begrenzung des Haftungsmaßstabes auf Vorsatz angezeigt. Diese ergibt sich, unterstützt durch die Wertung des § 243 Abs. 2 AktG, mithin aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses.

Gilt also für die Aktionäre einer Aktiengesellschaft bzw. für die Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft eine Haftungsmilderung bezüglich des Stimmverhaltens auf Vorsatz, fragt sich, ob sich dies für die Kapitalgesellschaften verallgemeinern lässt, mithin auch für die Gesellschafter der GmbH gilt. Ungeachtet der engeren Bindung der Gesellschafter einer GmbH sollte unter Heranziehung der Wertung des § 243 Abs. 2 AktG auch hier eine Haftungsmilderung auf Vorsatz vorgenommen werden. So kann auch hier dahinstehen, ob § 243 Abs. 2 AktG eine passende normative Stütze darstellen kann, da auch für die Gesellschafter der GmbH gilt, dass diese von der Stimmrechtsausübung nicht durch ein drohendes Haftungsrisiko abgehalten werden dürfen und somit jedenfalls die Wertung der Norm greift.⁷⁸⁹ Demzufolge ergibt sich auch für die GmbH bzw. für Kapitalgesellschaften allgemein, dass bezüglich der Stimmrechtsausübung nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB eine Haftungsmilderung auf Vorsatz vorzunehmen ist.

Teilweise wird vorgeschlagen, die Beschränkung des Verschuldensmaßstabes wiederum selbst einzuschränken und Mehrheitsgesellschafter bzw. Gesellschafter mit maßgeblicher Beteiligung oder gar mit Sperrminorität auch für Fahrlässigkeit haften zu lassen. Das würde jedoch zu weit führen, da auch Gesellschafter mit höherer Beteiligung ein Bedürfnis nach freier Stimmrechtsausübung ohne übermäßiges Haftungsrisiko zukommt. Hinzu kommt, dass für diese ohnehin faktisch ein höheres Haftungsrisiko bestehen wird, da mit zunehmender Beteiligung die Vorbereitung auf eine Gesellschafterversammlung deutlich intensiver ausfallen wird als bei einem Kleingesellschafter und damit ein Vorsatz im Sinne des *dolus eventualis* deutlich wahrscheinlicher ausfallen wird.⁷⁹⁰

788 Vgl. Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 131.

789 Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 205.

790 Grunewald, FS Kropff, S. 98.

Nach *Götze* soll eine Ausnahme der Begrenzung des Haftungsmaßstabes im Hinblick auf Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung gemacht werden, da es im Gegensatz zu anderen Maßnahmen für die Anfechtungsklage der anwaltlichen Mitwirkung bedarf, es sich mithin um einen „ernsten Schritt“ handle.⁷⁹¹

Sicherlich handelt es sich bei der Anfechtungsklage um einen „ernsten Schritt“, dennoch darf auch die Anfechtungsklage als Möglichkeit des Gesellschafters, gegen (unter Umständen treuwidrige) Beschlüsse vorzugehen, nicht mit einem erhöhten Haftungsrisiko erschwert werden. Als Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts soll das Recht zur Anfechtung den Gesellschaftern die Möglichkeit geben, ihre Mitgliedschaft und damit ihre Vermögensinteressen gegen die Mehrheitsherrschaft zu schützen, und dient gleichzeitig als objektive Beschlusskontrolle.⁷⁹² Wie bereits zuvor ausgeführt, kommt der Gefahr, einem Schadensersatzanspruch schon bei einfacher Fahrlässigkeit ausgesetzt zu sein, eine insbesondere für unerfahrene und damit häufig Kleingesellschafter (zu) abschreckende Wirkung zu, was jedoch den Schutzzweck der Anfechtungsmöglichkeit gerade konterkariert. Da mittels der objektiven Beschlusskontrollfunktion gleichsam das Interesse der Allgemeinheit zur Eingrenzung der Mehrheitsmacht bedient wird,⁷⁹³ erscheint eine Ausnahme der Haftungsmilderung gleichfalls für die Verwirklichung des Regelungszwecks hinderlich.

Mithin wird die benötigte tiefergehende Auseinandersetzung und anwaltliche Beratung in den entscheidenden Fällen zu einem Erreichen der *dolus-eventualis*-Schwelle führen, sodass Vorsatz in den meisten Fällen ohnehin gegeben sein wird.

(e) § 276 Abs. 1 S. 1 BGB

Wird aufgrund des besonderen Inhalts des Schuldverhältnisses bezüglich der Stimmrechtsausübung eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB angenommen, liegt die Frage auf der Hand, ob eine solche Anwendung auch für sonstige Rechtsausübungen der Gesellschafter anzunehmen ist. Begründet wurde die Annahme der Haftungsmilderung nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses damit, dass andernfalls eine hem-

791 *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 69.

792 *Ehmann/Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit AktG, § 243 Rn. 2.

793 *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 243 Rn. 1.

mende und beeinflussende Wirkung gegeben sei, sodass die erforderliche und gewünschte Handlungsfreiheit des Gesellschafters eingeengt würde. Darüber hinaus spricht auch das schwer überschaubare Haftungsrisiko für eine Haftungsmilderung auf Vorsatz.⁷⁹⁴ Zwar wäre eine solche Annahme nicht abwegig, allerdings zeigt § 146 S. 2 AktG, dass der Gesetzgeber eine Beschränkung des Haftungsmaßstabes auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit für ausreichend erachtet, um zu gewährleisten, dass vor einer Rechtsausübung nicht zurückgeschreckt wird.⁷⁹⁵ Eine grundsätzliche Haftungsbeschränkung auf Vorsatz scheint daher als zu weitgehend.⁷⁹⁶ § 146 S. 2 AktG soll zudem der Prävention missbräuchlicher Sonderprüfungsanträge dienen, indem den Antragstellern „ein spürbares Kostenrisiko vor Augen gehalten“ wird.⁷⁹⁷ Die Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit stellt also nach Auffassung des Gesetzgebers den Mittelweg dar, den Gesellschafter einerseits von der Rechtsausübung nicht abzuschrecken, andererseits aber einen Missbrauch einzuschränken. Eine Übertragung dieser Wertung gebietet sich auch für die sonstigen Rechtsausübungen. Dementsprechend ist eine Haftung bei sonstigen Verstößen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken. Eine Unterscheidung zu den Stimmrechtspflichten rechtfertigt sich zunächst schon aus der fehlenden Übertragbarkeit der Wertung des § 243 Abs. 2 AktG als auch aus der überragenden Bedeutung derselben. Während sonstige Handlungen regelmäßig der reiflichen Überlegung zugänglich sind, hat eine Stimmabgabe oftmals *ad hoc* und zu komplexen Themen zu erfolgen, welche insbesondere für Kleingesellschafter eine Herausforderung darstellen können.

(f) Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt also, dass jedenfalls bezüglich der Stimmrechtsausübung in Kapitalgesellschaften der Haftungsmaßstab auf Vorsatz zu beschränken ist. Sodann bleibt dennoch die Frage bestehen, welcher Maßstab bezüglich sonstiger Rechtsausübung in den Kapitalgesellschaften anzulegen ist. Eine entsprechende Anwendung von § 708 BGB kommt ebenso wenig in Betracht wie eine Anwendung von § 146 AktG über dessen Anwendungsbereich hinaus. Bei Letzterem kann jedoch die Wer-

794 Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 69.

795 Vgl. Arnold, in: MünchKomm AktG, § 146 Rn. 15.

796 So auch Rieckers, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 32.

797 BT-Drs. 15/5092, 19; Arnold, in: MünchKomm AktG, § 146 Rn. 5.

tung entnommen werden, dass der Gesetzgeber eine Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabes auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit grundsätzlich für ausreichend hält, den Gesellschafter von einer Rechtsausübung nicht abzuschrecken. Eine analoge Anwendung von § 43 GmbHG scheidet mit der genannten Ausnahme ebenfalls aus. Eine Haftung auch für Fahrlässigkeit erscheint dabei auf den ersten Blick ebenso unbillig wie eine Haftung nur für Vorsatz. So würde immerhin eine Beschränkung des Haftungsmaßstabes auf Vorsatz im Ergebnis zu einem milderem Maßstab bei den Kapitalgesellschaften führen, als er bei den Personengesellschaften gilt, bei welchen die eigenübliche Sorgfalt maßgeblich ist. Ein solch unterschiedlicher Maßstab erscheint jedoch auch nicht völlig ungerechtfertigt. Hierfür spricht schon das „Recht zum Desinteresse“. Während die Personengesellschaften regelmäßig aus einem überschaubaren Kreis an Gesellschaftern bestehen und die Mitgesellschafter ausgesucht werden können, handelt es sich bei den Kapitalgesellschaften häufig um anonyme Mitglieder, deren Beteiligung sich auf eine rein kapitalistische beschränkt. Mit Schaffung des § 708 BGB hat sich der Gesetzgeber für die *diligentia quam in suis* entschieden, um dem persönlichen Charakter der Gesellschafterbeziehung gerecht zu werden. Bei den Kapitalgesellschaften handelt es sich hingegen regelmäßig um eine reine Kapitalbeteiligung, ohne Ansehen der Person. Die *diligentia quam in suis* vermag hier nicht recht zu passen. Der häufig personalistischen GmbH wird durch die entsprechende Anwendung des § 43 GmbHG bezüglich Weisungen in Geschäftsführungsfragen Genüge getan. Eine Differenzierung bezüglich des Verschuldensmaßstabes erscheint daher gerechtfertigt. Diese ergibt sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses gem. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Daraus folgt eine Beschränkung der Haftung bei der Stimmrechtsausübung unter Berücksichtigung der Wertung des § 243 Abs. 2 AktG auf Vorsatz während bei sonstiger Rechtsausübung eine Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit folgt. Letzteres ergibt sich aus der Wertung des § 146 S. 2 AktG.

bb. Umfang des Vorsatzes

Teilweise wird vertreten, dass sich der Vorsatz auch auf den Schadenseintritt beziehen müsse.⁷⁹⁸ Eine Beschränkung des Vorsatzes auf die Rechts-

⁷⁹⁸ OLG Düsseldorf, Urt. V. 14. Juni 1996 – Az.: 7 U 110/93, ZIP 1996, 1211, 1213 = AG 1996, 470; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 212; *Lieder*, in:

gutsverletzung gebe es nur im Bereich von § 823 Abs. 1 BGB oder im Rahmen von Vertragspflichten, die ähnlich strukturiert seien.⁷⁹⁹

Grundsätzlich hängt die Frage, worauf sich der Vorsatz beziehen muss, von der Norm ab, auf die der Anspruch gestützt wird. Dabei ist insbesondere bei Vertragspflichtverletzungen ein Vorsatz bezüglich des Schadens regelmäßig nicht verlangt.⁸⁰⁰ Anderes gilt bezüglich § 826 BGB, bei welchem der Vorsatz bezüglich des Schadens schon tatbestandlich gefordert wird, aber auch im Arbeitsrecht wird von einem solchen Erfordernis ausgegangen.⁸⁰¹ Bezüglich des Arbeitnehmers sei eine Zuweisung des uneingeschränkten Haftungsrisikos für alle Schäden, die aufgrund der (vorsätzlichen) Verletzungshandlung entstanden seien, soweit eine Haftungsprivilegierung besteht, unbillig. Eine fehlende Synchronisierung von Verschuldenskürzung und Risikozurechnung der Schadensfolgen widerspreche gerade dem Ziel, welches durch die Haftungsprivilegierung verfolgt werde. Besonderheit im Arbeitsrecht ist dabei, dass die Schäden infolge von Tätigkeiten entstehen können, deren Schadensrisiko zu dem Arbeitslohn in einem groben Missverhältnis stehen.⁸⁰² Ähnliche Überlegungen können auch für die mitgliedschaftliche Treuepflicht fruchtbar gemacht werden. So ist auch hier eine Synchronisierung von Verschuldenskürzung und Risikozurechnung der Schadensfolge zum Erreichen des Zwecks des Haftungsprivilegs, nämlich dem Ermöglichen der freien Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, vonnöten. So muss der Gesellschafter den Schaden wenigstens billigend in Kauf nehmen, um einen Schadensersatzanspruch annehmen zu können. Es bedarf dabei auch keiner Unterscheidung zwischen Klein- und Mehrheitsgesellschafter, da mit zunehmender Größe und Professionalität ein größeres Bewusstsein bezüglich des eigenen Handelns

Michalski GmbHG, § 13 Rn. 183; *Hopt/Wiedemann*, in: *GroßKomm AktG*, Anh § 53a Rn. 147.

799 OLG Düsseldorf, Urt. v. 14. Juni 1996 – Az.: 7 U 110/93, ZIP 1996, 1211, 1213 = AG 1996, 470.

800 Vgl. BGH, Urt. v. 8. März 1951 – Az.: III ZR 44/50, NJW 1951, 596, 597; BGH, Urt. v. 20. November 1979 – Az.: VI ZR 238/78, BGHZ 75, 328 = NJW 1980, 996 = DB 1980, 1127 = JZ 1980, 145; *Seichter*, in: *jurisPK-BGB*, § 276 Rn. 4; *Caspers*, in: *Staudinger*, § 276 Rn. 24; *Ulber*, in: *Erman BGB*, § 276 Rn. 11.

801 *Caspers*, in: *Staudinger*, § 276 Rn. 24; *Ulber*, in: *Erman BGB*, § 276 Rn. 11; *Seichter*, in: *jurisPK-BGB*, § 276 Rn. 4; zum Arbeitsrecht BAG, Urt. v. 18. April 2002 – Az.: 8 AZR 348/01, NJW 2003, 377 = ZIP 2002, 1909 = DB 2002, 2050.

802 BAG, Urt. v. 18. April 2002 – Az.: 8 AZR 348/01, NJW 2003, 377, 380 = ZIP 2002, 1909 = DB 2002, 2050.

und der damit einhergehenden Folgen bzw. Schäden und somit ein Vor-satz eher anzunehmen sein wird.⁸⁰³

c. Kausalität

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aufgrund der Verletzung der Treuepflicht ist, dass der Schaden durch das entsprechende Verhalten des Gesellschafters eingetreten ist. Kann das jeweilige zur Frage stehende Verhalten des Gesellschafters hinweg- bzw. hinzugedacht werden, ohne dass der Schaden entfiele, so fehlt es an der Kausalität. Ausgeschlossen ist die Kausalität, wenn der Zustand bzw. Schaden auch bei treugemäßigem Alternativverhalten entstanden wäre.⁸⁰⁴

Schwierigkeiten bezüglich der Kausalität können regelmäßig im Hinblick auf die Stimmrechtsausübung entstehen. Relativ unproblematisch sind noch die Fälle, in denen eine Stimme, beispielsweise eines Mehrheitsgesellschafters, nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfiele. Kommt es jedoch zu einer (deutlichen) Mehrheitsentscheidung, bei der einzelne Stimmen hinweggedacht werden können, ohne dass der Schaden entfiele, so kann sich jeder treupflichtwidrig abstimmende Gesellschafter darauf berufen, dass die Mehrheit auch ohne seine Stimmabgabe zustande gekommen wäre. Für den Vorstand bzw. die Geschäftsführer wird die Problematik unter dem Stichwort der Kollegial- bzw. Gremienentscheidung diskutiert.⁸⁰⁵ Berühmt wurde die Problematik mit dem sog. „Lederspray-Fall“.⁸⁰⁶ Hier entschied eine mehrköpfige GmbH-Geschäftsführung pflichtwidrig, ein die Gesundheit der Nutzer gefährdendes Lederspray nicht zurückzurufen. Problematisch war, dass es zu einer einstimmigen Entscheidung kam, sich folglich jeder der Geschäftsführer darauf berufen konnte, dass seine Stimme hinweggedacht werden könnte, ohne dass der tatbestandliche Erfolg entfiele. Da so keine der Stimmen für den Mehrheitsbeschluss kausal gewesen wäre, war dieses Ergebnis offenkundig zu korrigieren. Die wohl h. M. befürwortet daher in diesen Fällen eine

803 Im Ergebnis auch *Grunewald*, FS Kropff, S. 97 ff.

804 *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 487; zum rechtmäßigen Alternativverhalten allgemein vgl. ausführlich nur *Oetker*, in: MünchKomm BGB, § 249 Rn. 207 ff.

805 *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 197; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 267.

806 BGH, Urt. v. 6. Juli 1990 – Az.: 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 = ZIP 1990, 1413 (m. Anm.) = JZ 1992, 27.

analoge Anwendung von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, welcher bei nicht ermittelbaren Kausalitätsbeiträgen, aber gemeinsamer Verursachung eingreift.⁸⁰⁷ Hierbei wird von der h. M. in der Mittäterschaft eine kausalitätsersetzende Zurechnungsfigur erblickt.⁸⁰⁸ Ein Kausalitätsnachweis ist dann nicht zu bringen, wenn bei jedem Beteiligten eine Pflichtverletzung vorliegt, die Kausalität der aggregierten Verursachungsbeiträge feststeht und nicht feststellbar ist, welcher der Beteiligten den Schaden ganz oder teilweise verursacht hat.⁸⁰⁹ Fraglich ist, ob diese Wertung auch bei der Stimmrechtsausübung von Gesellschaftern fruchtbar gemacht werden kann.

Unterschied besteht jedenfalls darin, dass es sich bei einem Vorstand oder Aufsichtsrat um einen überschaubaren, sich bekannten und gemeinsam beratenden Kreis an Personen handelt, während dies bei Gesellschaftern bzw. besonders bei Aktionären nicht *per se* der Fall ist. Dennoch wird mit Blick auf den Lederspray-Fall deutlich, dass es keinen Unterschied machen kann, ob ein Geschäftsführungsgremium eine solche Entscheidung trifft oder aber die weisungsbefugte Gesellschafterversammlung. Wie auch bei Kollegialentscheidungen in Vorstand und Aufsichtsrat, ist bei Gesellschafterbeschlüssen eine Mischung aus kumulativer und alternativer Kausalität gegeben.⁸¹⁰ Zu beachten gilt es ferner, dass die Stimmabgabe des treuwidrig Handelnden oftmals auch Auswirkung auf das Abstimmungsverhalten der übrigen Gesellschafter haben wird.⁸¹¹ Hierfür sprechen auch Billigkeitserwägungen. Als notwendiges Korrektiv wird bezüglich eines Schadensersatzanspruchs bei der Stimmrechtsausübung Vorsatz bzw. bei den Personengesellschaften die eigenübliche Sorgfalt nicht nur bezüglich der Verletzung, sondern auch bezüglich des Schadens verlangt. Handelte ein Gesellschafter nun sowohl bezüglich der Treuepflichtverletzung als auch bezüglich des Schadens vorsätzlich, so wäre es unbillig, einen Schadensersatzanspruch zu verneinen, einzig weil mehrere Gesellschafter treuwidrig abstimmten. Vielmehr erscheint eine Lösung über die gesamtschuldnerische Haftung am billigsten.

Dem entgegen steht jedoch die Auffassung der wohl h. M., dass ein Schadensersatzanspruch gegenüber einem Kleingesellschafter hinsichtlich

807 *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 197; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 217; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit AktG, § 93 Rn. 95; *Fleischer*, BB 2004, 2645, 2647; *Röckrath*, NStZ 2003, 641, 644.

808 *Fleischer*, BB 2004, 2645, 2647.

809 *Fleischer*, BB 2004, 2645, 2647.

810 *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 830 Rn. 79; *Fleischer*, BB 2004, 2645, 2647; *Röckrath*, NStZ 2003, 641, 644.

811 Vgl. *Drescher*, in: BeckOGK AktG, § 243 Rn. 208.

der Stimmabgabe an der fehlenden Kausalität scheitern soll.⁸¹² Meist erfolgt diese Aussage im Zusammenhang mit der Ablehnung der wirkungsbezogenen Treuepflicht. Aus zuvor erläuterten Gründen ist dies jedoch abzulehnen. Zwar ist mit der h. M. wie bereits dargelegt, die wirkungsbezogene Treuepflicht abzulehnen. Jedoch führt eine solche Ablehnung gerade nicht zu einem Scheitern des Anspruchs aufgrund mangelnder Kausalität, wird eine Wirkungsbezogenheit schließlich gerade abgelehnt. Würde man eine Kausalität hingegen verneinen, so käme es zu gleicher Problematik wie zuvor ausgeführt, womit eine Kausalität bei allen abstimmenden Gesellschaftern fehlen würde. Warum im Falle der Mischung von alternativer und kumulativer Kausalität, also im Fall, dass nicht eine Stimme allein den Beschluss herbeiführen kann, eine Kausalität (nur) für einen Kleingesellschafter ausscheiden soll, bleibt unersichtlich. Vielmehr würde dies zu kaum lösbaaren Abgrenzungsproblemen führen, ab wann eine Kausalität nun gegeben sein soll und wann nicht. Vielmehr muss der Vorsatz ausschlaggebendes Kriterium darstellen, welcher bei Kleinaktionären regelmäßig nicht vorliegen oder aber nicht nachweisbar sein wird.⁸¹³

d. Fazit

Der Schadensersatz stellt die mit Abstand wichtigste und häufigste Rechtsfolge auf Sekundärebene von Treuepflichtverstößen dar. Der Anspruch ergibt sich dabei aus §§ 280, 249 ff. BGB und entsteht primär bei der Gesellschaft. Ein Schaden bei den Gesellschaftern kann nur geltend gemacht werden, sofern und soweit ein individueller und unmittelbarer Schaden bei diesen selbst vorliegt. Im Falle des Vorliegens eines Beschlusses ist es umstritten, ob dieser zunächst im Wege der Anfechtungsklage zu beseitigen ist. Mit der h. M. ist dies zu bejahen. Hiervon sind allerdings Ausnahmen zuzulassen. Eine solche ist dann gegeben, wenn eine Anfechtungsklage als reiner Formalismus zu klassifizieren oder ein schutzwürdiges Vertrauen auf den Bestand des Beschlusses von vornherein für alle betroffenen Personen nicht gegeben ist.

812 *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 73; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 50; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 32; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 237; *Henze*, BB 1996, 489, 496.

813 Im Ergebnis auch *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 86.

Als Haftungsmaßstab bleibt es, sofern weder gesellschaftsvertragliche Regelungen bestehen noch eine teleologische Reduktion bei Publikums- gesellschaften oder kapitalistisch strukturierten Handelsgesellschaften vorzunehmen ist, bei der *diligentia quam in suis* nach § 708 BGB. Eine entsprechende Anwendung bei den Kapitalgesellschaften scheidet aus. Hier kommt es bei der Stimmrechtsausübung zu einer Haftungsbeschränkung auf Vorsatz, bei sonstigen Rechtsausübungen zu einer Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Der Vorsatz muss sich auch auf den Schaden beziehen, wobei diesbezüglich Eventualvorsatz ausreicht.

Zuletzt bedarf es für einen Schadensersatzanspruch der Kausalität zwischen Treupflichtverletzung und Schadenseintritt. Ausgeschlossen wäre ein Anspruch, wenn sich der Gesellschafter erfolgreich darauf berufen könnte, dass der Schaden auch bei treugemäßigem Alternativverhalten entstanden wäre. Ein Gesellschafter kann sich im Fall der sog. Kollegialentscheidung jedoch nicht darauf berufen, dass ein Schaden auch ohne seine Stimme eingetreten wäre. Ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Kleingesellschafter scheitert entgegen der wohl h. M. regelmäßig nicht an der fehlenden Kausalität, sondern am fehlenden (doppelten) Vorsatz.

2. Herausgabeanspruch / Eintrittsrecht

Wie die gesetzlich normierte Ausprägung der Treupflicht in Gestalt des Wettbewerbsverbots nach §§ 112, 113 HGB zeigt, soll der Gesellschafter durch einen Treupflichtverstoß nicht bessergestellt werden bzw. aus diesem einen Vorteil ziehen. Daher besteht gem. § 113 HGB ein Eintrittsrecht bzw. ein Anspruch auf Herausgabe des erzielten Gewinns.

Auch hier sollte die Wertung des Gesetzgebers mit Blick auf vergleichbare Anwendungsfälle Berücksichtigung finden. Ein Verstoß gegen die Treupflicht wird daher regelmäßig die Pflicht zur Vorteilsherausgabe begründen oder der Gesellschaft ein Eintrittsrecht gewähren.⁸¹⁴ Das wird insbesondere bei dem Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot bei der GmbH angenommen. Hier soll § 113 HGB sogar analog anzuwenden sein.⁸¹⁵

814 Zum Wettbewerbsverbot bei der GmbH *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 256; für den GmbH-Geschäftsführer *Wellhöfer*, in: Wellhöfer/Peltzer/Müller, Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, § 11 Rn. 54.

815 BGH, Urt. v. 5. Dezember 1983 – Az.: II ZR 242/82, BGHZ 89, 162, 171 = NJW 1984, 1351 = ZIP 1984, 446 = GmbHR 1984, 203 zur GmbH & Co. KG; BGH, Urt. v. 16. Februar – Az.: II ZR 168/79, BGHZ 80, 69, 76 = NJW 1981, 1512 = ZIP 1981, 399 = WM 1981, 357 = DB 1981, 931; *Verse*, in: Henssler/Strohn

Auch bei der treuwidrigen Ausnutzung von Erwerbschancen der Gesellschaft soll gegenüber dem Gesellschafter ein Eintrittsrecht analog § 113 Abs. 1 HGB bestehen.⁸¹⁶

Wenn eine analoge Anwendung nicht in Betracht kommt oder aber eine solche insgesamt abgelehnt werden sollte,⁸¹⁷ so besteht ein Herausga-beanspruch als Erfüllungsanspruch jedenfalls dann, wenn eine Verhaltenspflicht in Form einer Handlungspflicht, entsprechend den obigen Ausführungen, hierzu besteht. Wiederum gilt auch hier: Liegt ein sog. vergleichbarer Anwendungsfall vor, besteht bezüglich dieser Verhaltenspflicht eine widerlegbare Vermutungswirkung. Vergleichbare Anwendungsfälle sind hier zunächst vor allem in den Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot oder der treuwidrigen Ausnutzung von Erwerbschancen zu sehen.

Doch auch darüberhinausgehend kann hinter der Regelung ein allgemeiner Gedanke des Gesetzgebers bzw. Prinzip des Rechts erkannt werden, dass dem treuwidrig Handelnden kein Vorteil aus der Treuwidrigkeit erwachsen soll. Erwächst einem Gesellschafter oder der Gesellschaft aufgrund der Treuwidrigkeit nun doch ein Vorteil, so sollte ebenfalls eine Vermutungswirkung dahingehend bestehen, dass aufgrund der Treuepflicht eine Verpflichtung besteht, den Vorteil herauszugeben. Da es sich bei den relevanten Konstellationen um solche mit Dritten handelt, hier jedoch vor allem das Wettbewerbsverbot oder Geschäftschancen von Bedeutung sind, werden sich die Anwendungsfälle im überschaubaren Bereich bewegen.

Da auch im Falle der Verletzung der Treuepflicht das schadensrechtliche Bereicherungsverbot zu beachten ist, besteht mitunter ein Wahlrecht der geschädigten Partei, ob diese einen Schadensersatzanspruch oder das Eintrittsrecht geltend machen will.

GesR, § 14 Rn. 119; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 256; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 299; *Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 43 Rn. 168.

816 *Born*, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 25; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 109 Rn. 26.

817 So BGH, Urt. v. 4. Dezember 2012 – Az.: II ZR 159/10, NZG 2013, 216, 219 = ZIP 2013, 361 = WM 2013, 320.

3. Weitergehende Sanktionen

a. Ausschluss aus der Gesellschaft / Auflösung

Als schärfstes Schwert der Rechtsfolgen verbleiben die Einziehung der Gesellschaftsanteile respektive der Ausschluss aus der Gesellschaft und zuletzt gar die Auflösung derselben. Liegt eine besonders schwere oder aber wiederholte Verletzung der Treuepflicht vor, so soll hierin ein wichtiger Grund liegen, der die Gesellschaft berechtigt, einen Einziehungsbeschluss zu fassen, eine Ausschlussklage oder sogar eine Auflösungsklage zu erheben.⁸¹⁸

aa. Einziehung / Ausschluss

(1) GbR

Der Ausschluss eines Gesellschafters bei der GbR ist gem. § 737 BGB möglich, sofern im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, dass die Gesellschaft, wenn ein Gesellschafter kündigt, unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll und in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 S. 2 BGB zur Kündigung berechtigender Umstand eintritt. An der Voraussetzung der Fortführungsklausel wird deutlich, dass es sich bei der Vorschrift um eine Art gesetzliche Auslegungsregel handelt.⁸¹⁹ Der Ausschluss erfolgt mit grundsätzlich einstimmig zu fassendem Beschluss der übrigen Gesellschafter.⁸²⁰ Bei dem in der Person des auszuschließenden Gesellschafters zur Kündigung berechtigenden Umstand handelt es sich um einen wichtigen Grund i. S. d. § 723 BGB. Dafür muss die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem auszuschließenden Gesellschafter für die Mitgesellschafter unzumutbar sein, wobei die Würdigung der Gesamtum-

818 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 209 ff.; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 193.

819 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 737 Rn. 2; *Koch*, in: BeckOGK BGB, § 737 Rn. 2; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 737 Rn. 2; *Habermeier*, in: Staudinger, § 737 Rn. 1.

820 *Koch*, in: BeckOGK BGB, § 737 Rn. 2; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 737 Rn. 1; *Habermeier*, in: Staudinger, § 737 Rn. 10; *Westermann*, in: Erman BGB, § 737 Rn. 4; sowie zum Sonderfall der zweigliedrigen Gesellschaft bzw. des zum Ausschluss berechtigenden Grundes in der Person sämtlicher Mitgesellschafter vgl. *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 737 Rn. 6.

stände des Einzelfalls maßgebend sein soll.⁸²¹ Der wichtige Grund muss sich auf die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses beziehen.⁸²² Es handelt sich um einen prognostischen Tatbestand, dessen Wertungselement sich auf die zukünftige Zumutbarkeit bezieht, obgleich die Feststellung auf gegenwärtig bekannten Fakten basiert – die gegenwärtige nachhaltige Störung muss folglich mit hinreichender Sicherheit die Prognose begründen, dass sie für die Zukunft andauert oder sich wiederholt.⁸²³ Der Ausschluss aus der Gesellschaft stellt die *ultima ratio* dar, und auch wenn ein wichtiger Grund gegeben ist, darf die Ausschließung nicht unverhältnismäßig sein.⁸²⁴ Insbesondere ist zu prüfen, ob durch mildere Mittel Abhilfe geschaffen werden kann. Mildere Mittel wären etwa die Entziehung von Geschäftsführungsbefugnissen und Vertretungsmacht, die Umwandlung der Mitgliedschaft in eine Kommanditistenstellung oder die stille Beteiligung.⁸²⁵ Im Rahmen der Abwägung sind zuvörderst die Gründe der Ausschließung sowie deren Bedeutung für die Gesellschaft, die Bedeutung des Gesellschafters und der Grad der Zerrüttung des Vertrauens zwischen den Gesellschaftern zu prüfen.⁸²⁶ In der Abwägung ist ebenfalls das Verhalten der übrigen Gesellschafter zu berücksichtigen.⁸²⁷

821 Vgl. zur ständigen Rspr. nur BGH, Urt. 18. Juli 2005 – Az.: II ZR 159/03, NJW 2005, 3061 = NZG 2005, 843 = ZIP 2005, 1779 = WM 2005, 1752; OLG Bamberg, Urt. v. 7. Mai 2008 – Az.: 3 U 196/07, BeckRS 2008, 17847; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 737 Rn. 8.

822 Koch, in: BeckOGK BGB, § 737 Rn. 13; zu § 140 HGB Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 140 Rn. 17.

823 Schöne, in: BeckOK BGB, § 737 Rn. 6; Koch, in: BeckOGK BGB, § 737 Rn. 16; zu § 140 HGB Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 140 Rn. 18.

824 BGH, Urt. v. 31. März 2003 – Az.: II ZR 8/01, NZG 2003, 625, 626 = ZIP 2003, 1037 = WM 2003, 1084 = DB 2003, 1214; OLG Koblenz, Urt. v. 15. Juli 2014 – Az.: 3 U 1462/12, ZIP 2014, 2086 = EwIR 2015, 73 (m. Anm.) = BeckRS 2014, 16436; zu § 140 HGB Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 140 Rn. 28.

825 BGH, Urt. v. 31. März 2003 – Az.: II ZR 8/01, NZG 2003, 625, 626 = ZIP 2003, 1037 = WM 2003, 1084 = DB 2003, 1214; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 737 Rn. 9; Koch, in: BeckOGK BGB, § 737 Rn. 14.

826 Koch, in: BeckOGK BGB, § 737 Rn. 15; zur GmbH ausführlich Stefanik/Punte, GWR 2018, 403, 405 f.

827 BGH, Urt. v. 31. März 2003 – Az.: II ZR 8/01, NZG 2003, 625, 626 = ZIP 2003, 1037 = WM 2003, 1084 = DB 2003, 1214; Koch, in: BeckOGK BGB, § 737 Rn. 15; zur GmbH BGH, Urt. v. 24. September 2013 – Az.: II ZR 216/11, NZG 2013, 1344 = ZIP 2013, 2310 = WM 2013, 2223.

(2) OHG / KG

Für die OHG findet sich in § 140 HGB, sowie über § 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft, eine entsprechende Vorschrift. Im Gegensatz zur GbR bedarf es zum Ausschluss keiner Fortsetzungsklausel, jedoch einer Gestaltungsklage. Auf eine solche kann nur dann verzichtet werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag wirksam vorgesehen ist.⁸²⁸

Eine Schwierigkeit bezüglich der Ausschließung ergibt sich mit Blick auf die Gleichbehandlung. So fordert das Gesetz eine Klage aller verbleibenden Gesellschafter, was ein Ausschließungsrecht derselben voraussetzt. Ein Ausschluss kann einem Gesellschafter also nicht zugemutet werden, wenn die Gesellschaft auch mit solchen Gesellschaftern fortgesetzt wird, die ihrerseits wegen gleichermaßen oder gemeinschaftlichen pflichtwidrigen Verhaltens von ihm die Ausschließung nicht verlangen können.⁸²⁹ Am Verfahren müssen, entweder auf Kläger oder Beklagten Seite, grundsätzlich sämtliche Gesellschafter beteiligt sein, da andernfalls die Klage unzulässig wäre.⁸³⁰

(3) GmbH

Für die GmbH sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Zwangseinziehung der Geschäftsanteile in § 34 Abs. 2 GmbHG vor. Dem Wortlaut des § 34 Abs. 1 GmbHG nach bedarf es allerdings einer Zulassung derselben im Gesellschaftsvertrag, auf welchen sich die Anteilseinziehung mangels Ermächtigungsgrundlagencharakter des § 34 GmbHG unmittelbar stützen muss.⁸³¹ Nach § 34 Abs. 2 GmbHG bedarf es zusätzlich einer Festsetzung der Voraussetzungen der Einziehung im Gesellschaftsvertrag vor dem Zeit-

828 BGH, Urt. v. 3. Februar 1997 – Az.: II ZR 71/96, NJW-RR 1997, 925 = DStR 1997, 1090 (m. Anm.) = BeckRS 9997, 15511; OLG Zweibrücken, Urt. v. 4. März 1999 – Az.: 4 U 121/98, NZG 1999, 762 = BeckRS 9998, 42394; Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 140 Rn. 2; Roth, in: Baumbach/Hopt HGB, § 140 Rn. 30.

829 BGH, Urt. v. 30. November 1951 – Az.: II ZR 109/51, BGHZ 4, 108, 111 = NJW 1952, 461 = BB 1952, 125; Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 140 Rn. 21.

830 BGH, Urt. v. 16. Juni 1959 – Az.: II ZR 44/58, BGHZ 30, 195, 197, NJW 1959, 1683 = WM 1959, 903 = DB 1959, 827; Lehmann-Richter, in: BeckOK HGB, § 140 Rn. 30; Roth, in: Baumbach/Hopt HGB, § 140 Rn. 17.

831 Stefanik/Punte, GWR 2018, 425.

punkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat.⁸³² Die Voraussetzungen der Einziehung müssen einerseits in der Satzung geregelt sein und zum anderen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung fortbestehen.⁸³³ Die Voraussetzungen der Einziehung unterliegen zwar einer gewissen Regelungsfreiheit, müssen jedoch stets sachlicher Natur sein und dürfen insbesondere nicht der Willkür der restlichen Gesellschafter unterfallen.⁸³⁴ Erreicht der Anlass der Einziehung die Qualität eines wichtigen Grundes, so entfällt jedoch das Erfordernis der Zulassung in der Satzung und es besteht die Möglichkeit des Ausschlusses aus der Gesellschaft.⁸³⁵ Da jedenfalls im Fall der schwerwiegenden Treuepflichtverletzung wohl immer ein wichtiger Grund gegeben sein wird,⁸³⁶ besteht neben der Einziehung häufig die Möglichkeit des Ausschlusses. Bei der Möglichkeit des Ausschlusses in der GmbH handelt es sich um ein von der Rechtsprechung entwickeltes Instrument – eine gesetzliche Regelung besteht nicht.⁸³⁷ Dogmatisch gestützt wird dies auf den allgemeinen, in § 314 BGB verankerten Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse vorzeitig lösbar sein müssen, wenn den Beteiligten eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann, und andererseits auf die Treuepflicht selbst.⁸³⁸

832 Zu den Einziehungsgründen ausführlich *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 42 ff.

833 OLG Hamburg, Urt. v. 26. April 1996 – Az.: 11 U 189/95, ZIP 1996, 962 = WM 1996, 1724 = GmbHR 1996, 610 = DB 1996, 1175; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 209; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 34 Rn. 10; *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 41; *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 425.

834 *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 425.

835 BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 168 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; BGH, Urt. v. 19. September 1977 – Az.: II ZR 11/76, NJW 1977, 2316 = WM 1977, 1276 = DB 1978, 77 = GmbHR 1978, 131; BGH, Urt. v. 20. September 1999 – Az.: II ZR 345/97, NJW 1999, 3779 = NZG 2000, 35 = ZIP 1999, 1843 = WM 1999, 2163; *Sosnitza*, in: Michalski GmbHG, § 34 Rn. 30; *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 425, 426.

836 Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 14. Juli 1999 – Az.: 12 U 464/99, NZG 1999, 1220 f. = BeckRS 9998, 42300.

837 *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 403 f.

838 BGH, Urt. v. 20. September 1999 – Az.: II ZR 345/97, NJW 1999, 3779 = NZG 2000, 35 = ZIP 1999, 1843 = WM 1999, 2163; BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 162 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 403, 404 m. w. N.; *Sosnitza*, in: Michalski GmbHG, Anh § 34 Rn. 6; *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 103, der zusätzlich auf die personengesellschaftsrechtlichen Vorschriften § 737 BGB, § 140 HGB abstellt.

Hierauf sind auch die personengesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie § 737 BGB bzw. § 140 HGB zurückzuführen.⁸³⁹ Zwar müssen die strukturellen Unterschiede der Kapitalgesellschaft beachtet werden, dennoch kann mit Blick auf die für beide Gesellschaftsarten geltenden Rechtsgedanken die Rechtsprechung zum Ausschluss eines Gesellschafters aus der Personengesellschaft zur Orientierung herangezogen werden.⁸⁴⁰

Die Ausschließung kann, soweit nicht anderweitige Regelungen getroffen wurden, nicht allein durch Beschluss bewirkt werden, sondern bedarf nach h. M. einer auf die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters gerichtete Klage bzw. Urteil.⁸⁴¹ Gleichwohl bedarf es für die Frage, ob ein Ausschließungsverfahren eingeleitet werden solle, zunächst einer Willensbildung der Gesellschafter.⁸⁴² Ein solcher Beschluss kann durch den Gesellschaftsvertrag mit einem bestimmten Mehrheitserfordernis versehen werden. Schweigt die Satzung, soll nach h. M. eine Dreiviertelmehrheit erforderlich sein.⁸⁴³ Nach § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 2 GmbHG unterliegt der

839 BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 162 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332.

840 BGH, Urt. v. 23. Februar 1981 – Az.: II ZR 229/79, BGHZ 80, 346 = NJW 1981, 2302 = ZIP 1981, 985 = WM 1981, 936; *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 403, 404.

841 BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 165 ff. = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; BGH, Urt. v. 17. Februar 1955 – Az.: II ZR 316/53, BGHZ 16, 317, 322 = NJW 1955, 667 = GmbHR 1955, 127 = BB 1955, 270; BGH, Urt. v. 23. Februar 1981 – Az.: II ZR 229/79, BGHZ 80, 349 = NJW 1981, 2302 = ZIP 1981, 985 = WM 1981, 936; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, Anh § 34 Rn. 37; *Kersting*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, Anh § 34 Rn. 8a; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 212; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 34 Rn. 61; *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 403, 406 m. w. N.; a. A. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 60 Rn. 85 f.

842 BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 177 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; OLG Celle, Urt. v. 24. September 2013 – Az.: 9 U 69/13, GWR 2014, 174 = GmbHR 2014, 369 = ZIP 2012, 1123 (m. Anm.); *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 144; *Thiessen*, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 34 Rn. 10; *Sosnitzka*, in: Michalski GmbHG, Anh § 34 Rn. 22; in der Zweipersonen-GmbH ist ein Gesellschafterbeschluss hingegen entbehrlich, da hier mit Erhebung der Ausschließungsklage der Wille ausreichend kundgetan wird und dem auszuschließenden Gesellschafter ohnehin kein Stimmrecht zukommen würde, *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 147 m. w. N.; a. A. jedoch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 34 Rn. 61.

843 BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 177 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; BGH, Urt. v. 13. Januar 2003 – Az.: II ZR 227/00, BGHZ 153, 285, 288 ff. = NJW 2003, 2314 = NZG 2003, 286 = ZIP 2003, 395 = WM 2003, 489; *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 150; *Kersting*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, Anh § 34 Rn. 9; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG,

auszuschließende Gesellschafter einem Stimmverbot, wobei ihm eine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden soll.⁸⁴⁴

Im Ergebnis stellt die Einziehung den für die GmbH vorzugswürdigeren Weg dar. Aufgrund der Satzungsermächtigung ist bei der Einziehung ein Gesellschafterbeschluss ausreichend (§ 46 Nr. 4 GmbHG), während es im Falle des Ausschlusses, wie dargestellt, der Klageerhebung mit vorausgehendem Gesellschafterbeschluss bedarf. Es sei aber darauf hingewiesen, dass nach ganz h. M. die Ausschließungsklage durch einen von der Satzung vorzusehenden Gesellschafterbeschluss ersetzt werden kann.⁸⁴⁵ Da auch die Einziehung einer Satzungsregelung bedarf, minimiert sich der Vorteil der Einziehung. Ein Gesellschafterbeschluss zur Einziehung kann, soweit nichts Anderweitiges vereinbart wurde, mit einfacher Mehrheit gefasst werden.⁸⁴⁶ Der betroffene Gesellschafter unterliegt bei der Abstimmung, jedenfalls wenn die Einziehung auf einen wichtigen Grund in der Person des betroffenen Gesellschafters gestützt wird, einem Stimmrechtsausschluss, § 47 Abs. 4 GmbHG.⁸⁴⁷ Zur Wirksamkeit muss die Einziehung dem betroffenen Gesellschafter als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung erklärt werden und zugehen.⁸⁴⁸

§ 34 Rn. 121; *Schwab*, DStR 2012, 707, 710; *Sosnitza*, in: Michalski GmbHG, Anh § 34 Rn. 25; für eine einfache Mehrheit hingegen OLG Oldenburg, Urt. v. 21. Mai 1992 – Az.: 1 U 13/92, GmbHR 1992, 667; *Schick*, DB 2000, 2105 f.

844 *Kersting*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, Anh § 34 Rn. 59; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 212; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 34 Rn. 123; *Stefanik/Punte*, GWR 2018, 403, 406 f.

845 Vgl. nur *Werner*, GmbHR 2019, 753, 756.

846 BGH, Urt. v. 21. März 1988 – Az.: II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 74 = NJW 1988, 1844 = ZIP 1988, 703 = WM 1988, 753; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 34 Rn. 58; *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 18; *Sosnitza*, in: Michalski GmbHG, § 34 Rn. 107; *Kersting*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 34 Rn. 14; *Schwab*, DStR 2012, 707, 712.

847 BGH, Urt. v. 21. Juni 2010 – Az.: II ZR 230/08, NJW 2010, 3027, 3028 = ZIP 2010, 1640 = WM 2010, 1652; *Sosnitza*, in: Michalski GmbHG, § 34 Rn. 109; *Kersting*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 34 Rn. 14; *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 20; *Wicke*, in: Wicke GmbHG, § 34 Rn. 12; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 34 Rn. 71; *Schwab*, DStR 2012, 707, 712.

848 *Schwab*, DStR 2012, 707, 712 m. w. N.

(4) Aktiengesellschaft

Für die Aktiengesellschaft findet sich in § 237 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG die Möglichkeit der zwangsweisen Einziehung von Aktien, allerdings mit der Beschränkung, dass diese entweder in der Gründungssatzung vorgesehen oder durch eine Satzungsänderung vor Übernahme oder Zeichnung der Aktien in die Satzung aufgenommen wurde. Zudem besteht die Möglichkeit der Kaduzierung gem. § 64 AktG.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob auch in der Aktiengesellschaft ein Ausschluss eines Aktionärs aus wichtigem Grund denkbar ist.⁸⁴⁹ In Anbetracht der gesetzlich vorgesehenen Fälle wird teilweise gefolgert, dass im Übrigen keine Ausschlussmöglichkeit bestehe.⁸⁵⁰ Teilweise wird dies unter der Maßgabe angenommen, dass es sich um eine personalistische Aktiengesellschaft handelt, da diese in ihrer Realstruktur weitgehend der GmbH gleiche, weshalb die zur GmbH entwickelten Grundsätze entsprechend anwendbar seien.⁸⁵¹ Wie bereits für die Personengesellschaft an anderer Stelle ausgeführt, muss auch für die Kapitalgesellschaft gelten, dass eine Unterscheidung zwischen kapitalistischer und personalistischer Form als Abgrenzungskriterium aufgrund der fließenden Übergänge kaum taugt. Auswirkung hat die Realstruktur der Gesellschaft jedoch auf die Intensität der Treuepflicht. Wie zuvor schon bei der GmbH ist die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters einerseits auf den allgemeinen in § 314 BGB verankerten Grundsatz der vorzeitigen Lösbarkeit von Schuldverhältnissen bei Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit und andererseits auf die Treuepflicht selbst zu stützen.⁸⁵² Da die Treuepflicht grundsätzlich

849 Dafür OLG München, Beschl. v. 26. März 2015 – Az.: 23 AktG 1/15, NZG 2015, 1027, 1028 = AG 2015, 756 = BeckRS 2015, 10821; *Scholz*, in: MünchHdb GesR IV, § 63 Rn. 56; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 237 Rn. 15; *Haberstock/Greitemann*, in: Hölter AktG, § 237 Rn. 34 f.; *Oechsler*, in: MünchKomm AktG, § 237 Rn. 52.

850 RG, Urt. v. 25. September 1901 – Az.: I 142/01, RGZ 49, 77, 79; BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 163 = NJW 1953, 780 = BB 1953, 332; BGH, Urt. v. 27. Oktober 1955 – Az.: II ZR 310/53, BGHZ 18, 350, 365 = NJW 1955, 1919 = WM 1955, 1547 = BB 1955, 1038; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 258 (Fn. 23).

851 *Schwenzer*, in: MünchAnwaltshandbuch AktR, § 45 Rn. 40 ff.; *Hommelhoff/Freytag*, DStR 1996, 1367, 1372.

852 *Hommelhoff/Freytag*, DStR 1996, 1367, 1372; zur GmbH BGH, Urt. v. 20. September 1999 – Az.: II ZR 345/97, NJW 1999, 3779 = NZG 2000, 35 = ZIP 1999, 1843 = WM 1999, 2163; BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 162 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; *Stefanik/Punte*, GWR 2018,

auch im Verhältnis der Aktionäre untereinander Geltung und der zuerst genannte Rechtsgedanke auf alle Schuldverhältnisse Anwendung findet, ist auch bei der Aktiengesellschaft von einer grundsätzlichen Möglichkeit des Ausschlusses von Gesellschaftern auszugehen – und dies zunächst unabhängig von der Realstruktur. Selbstredend wird ein Ausschluss für nicht personalistisch ausgestaltete Aktiengesellschaften, insbesondere Publikumsgesellschaften, regelmäßig nicht in Betracht kommen, dies aber nicht, weil ein Ausschluss für diese kategorisch ausgeschlossen ist, sondern weil eine Abwägung (insbesondere mit Blick auf die geringere Intensität der Treuepflicht) faktisch kaum zu einer Unzumutbarkeit führen wird.⁸⁵³

Sollte dennoch ein Ausschlussgrund gegeben sein, bedarf es wie bei der GmbH zunächst eines entsprechenden Hauptversammlungsbeschlusses mit einer Dreiviertelmehrheit sowie einer anschließenden, vom Vorstand zu erhebenden Gestaltungsklage. Bei der Abstimmung kommt dem auszuschließenden Gesellschafter gem. § 136 Abs. 1 S. 1 Var. 3 AktG ebenfalls kein Stimmrecht zu.

bb. Auflösung

Zuletzt kann die Verletzung der Treuepflicht einen wichtigen Grund für die Erhebung einer Auflösungsklage nach § 133 HGB für die OHG und über § 161 Abs. 2 HGB für die Kommanditgesellschaft sowie nach § 61 GmbHG für die GmbH darstellen.⁸⁵⁴ Hinsichtlich der GbR existiert mit § 723 BGB ein Kündigungsrecht des Gesellschafters. Für die Aktiengesellschaft hingegen besteht eine entsprechende Regelung zur Auflösung nicht.⁸⁵⁵ Fraglich ist jedoch, ob eine analoge Anwendung des § 61 GmbHG möglich ist. Das wurde zumindest für die geschlossene Aktiengesellschaft diskutiert, allerdings von der h. M. zu Recht abgelehnt.⁸⁵⁶

403, 404 m. w. N.; *Sosnitza*, in: Michalski GmbHG, Anh § 34 Rn. 6; *Strohn*, in: MünchKomm GmbHG, § 34 Rn. 103, der zusätzlich auf die personenengesellschaftsrechtlichen Vorschriften § 737 BGB, § 140 HGB abstellt.

853 *Scholz*, in: MünchHdb GesR IV, § 63 Rn. 56.

854 Vgl. zur GmbH *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 199.

855 *Limpert*, in: MünchKomm GmbHG, § 61 Rn. 3; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 61 Rn. 1.

856 Dafür *Bachmann*, in: Spindler/Stilz AktG, § 262 Rn. 65; ablehnend *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 262 Rn. 24; *Koch*, in: MünchKomm AktG, § 262 Rn. 108; *Drescher*, in: Henssler/Strohn GesR, § 262 Rn. 13; *Riesenhuber*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 262 Rn. 24.

So verzichtet das AktG bewusst auf diesen Auflösungsgrund, da der Aktionär seinen Anteil grundsätzlich ohne weiteres veräußern und ausscheiden kann.⁸⁵⁷ Diese gesetzgeberische Zurückhaltung durch eine Analogie für Einzelfälle zu korrigieren erscheint nicht notwendig.⁸⁵⁸ Eine Auflösung der Aktiengesellschaft als unmittelbare Rechtsfolge der Treuepflichtverletzung scheidet damit aus. Denkbar wäre eine Auflösung jedoch dann, wenn die übrigen Aktionäre wiederum qua Treuepflicht zu einer Zustimmung zu einem Auflösungsbeschluss verpflichtet wären, wobei eine solche Zustimmungspflicht wohl nur in Extremfällen denkbar ist. Hinzu kommt, dass es hierbei die gesetzgeberische Wertung zu beachten gilt, wonach ein solcher Auflösungsgrund im AktG gerade nicht vorgesehen ist.

Bezüglich der Auflösungsklage nach § 133 HGB bzw. § 61 GmbHG muss Folgendes beachtet werden: Da durch die Auflösungsklage die Gesellschaft aufgelöst wird, unterfällt diese besonders dem Grundsatz der Subsidiarität und stellt unter den genannten *ultima-ratio*-Mitteln die letzte Ausflucht dar.⁸⁵⁹ Kann also dem wichtigen Grund bzw. der Treuepflichtverletzung mittels Ausschließung (zumutbar) Genüge getan werden, so kommt eine Auflösung grundsätzlich nicht in Betracht.⁸⁶⁰ Dabei gilt es, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der Vorrang von zumutbaren Anpassungsmaßnahmen zu berücksichtigen.⁸⁶¹ In die Würdigung soll auch die Treuepflicht der Gesellschafter einbezogen werden.⁸⁶²

Während es bei Einziehung bzw. Ausschluss eines Gesellschafterbeschlusses bedarf, kann die Auflösungsklage von jedem Gesellschafter erhoben werden.⁸⁶³ Bei der OHG bzw. Kommanditgesellschaft ist die Klage

857 *Bachmann*, in: Spindler/Stilz AktG, § 262 Rn. 65; *Drescher*, in: Henssler/Strohn GesR, § 262 Rn. 13; *Riesenhuber*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 262 Rn. 24.

858 *Koch*, in: MünchKomm AktG, § 262 Rn. 108.

859 *Nerlich*, in: Michalski GmbHG, § 61 Rn. 10; *Limpert*, in: MünchKomm GmbHG, § 61 Rn. 9; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 199; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 61 Rn. 5; *Lehmann-Richter*, in: BeckOK HGB, 133 Rn. 8; *Kamanabrou*, in: Oetker HGB, § 133 Rn. 7; *Lorz*, in: E/B/J/S HGB, § 133 Rn. 10 ff.; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 13.

860 *Lehmann-Richter*, in: BeckOK HGB, 133 Rn. 8; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 7, nach dem der Vorrang jedenfalls dann seine Grenze findet, wenn die Ausschließung übermäßige Schwierigkeiten bereitet, etwa weil weitere Gesellschafter sich dem Ausschluss treuwidrig widersetzen.

861 *Kamanabrou*, in: Oetker HGB, § 133 Rn. 7; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 13.

862 *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 13.

863 *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 133 Rn. 13; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 133 Rn. 48; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 45.

grundsätzlich nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen alle Mitgesellschafter, die sich nicht nachweislich mit der Auflösung einverstanden erklärt haben, zu richten.⁸⁶⁴ Bei der GmbH muss die Klage gem. § 61 Abs. 2 S. 1 GmbHG gegen die Gesellschaft erhoben werden, wobei nach § 61 Abs. 2 S. 2 GmbHG nur solche Gesellschafter klagebefugt sind, deren Geschäftsanteil entweder alleine oder zusammen mindestens zehn Prozent des Stammkapitals ausmachen.

b. Sonstige Sanktionen

aa. Entziehung der Geschäftsführung bzw. Vertretungsmacht

(1) Geschäftsführung

Als weitaus mildere Sanktion der Treuepflichtverletzung käme die Entziehung der Geschäftsführung oder Vertretungsmacht in Betracht.⁸⁶⁵ Für die GbR ist die Entziehung der Geschäftsführung in § 712 Abs. 1 BGB geregelt. Zur Entziehung der Geschäftsführung bedarf es dabei eines Beschlusses der übrigen Gesellschafter. Da sich hierbei die gesellschaftsvertragliche Organisation der Geschäftsführungsbefugnis ändert bzw. diese neu gestaltet wird, handelt es sich um eine Gesellschaftsvertragsänderung.⁸⁶⁶ Im Rahmen der Abstimmung kann wiederum die Treuepflicht der Mitgesellschafter zu einer Stimmpflicht führen. Die Rechtsfolge der Treuepflichtverletzung läge hier folglich in der Begründung einer weiteren Verhaltenspflicht aus Treuepflicht und somit in einem Anspruch auf entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages. Für die OHG existiert mit § 117 HGB eine entsprechende Regelung mit dem Unterschied, dass es zur Geltendmachung nicht nur eines Beschlusses der Gesellschafter, sondern einer Gestaltungsklage bedarf. Die Regelung gilt über § 161 Abs. 2 HGB für die Kommanditgesellschaft entsprechend.⁸⁶⁷

864 Ganz h. M. siehe nur *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 7.

865 Vgl. *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 249.

866 *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 712 Rn. 15; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 709 Rn. 3; *Bergmann*, in: jurisPK-BGB, § 712 Rn. 4; „in der Nähe der Gesellschaftsvertragsänderung“ *Westermann*, in: Erman BGB, § 712 Rn. 4.

867 Zu den Besonderheiten der GmbH & Co. KG siehe *Gummert*, in: MünchHdb GesR II, § 52 Rn. 8; für die KGaA siehe *Perlitt*, in: MünchKomm AktG, § 278 Rn. 185 ff.

Eine solche Entziehung der Geschäftsführung bedarf sowohl für die GbR als auch die OHG bzw. KG eines wichtigen Grundes, der insbesondere bei grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gegeben ist. Zu prüfen ist dabei also stets, ob es sich bei der Treuepflichtverletzung um eine solch grobe Pflichtverletzung handelt, die eine Entziehung der Geschäftsführung begründet. Der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis muss dabei neben der Erfüllung des Tatbestands in Gestalt des wichtigen Grundes zusätzlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.⁸⁶⁸ Ein noch milderer Mittel im Vergleich zur Entziehung der Geschäftsführung oder Vertretungsmacht kann die Beschränkung derselben darstellen.⁸⁶⁹ Denkbar wäre jedoch auch, dass selbst die Teilentziehung nicht, sondern nur eine andere Maßnahme sich als verhältnismäßig erweist. Diese wäre dann jedoch nicht mehr von § 712 BGB bzw. § 117 HGB umfasst.⁸⁷⁰ In Betracht käme möglicherweise eine Vertragsänderung in Gestalt einer Umwandlung der Mitgliedschaft in eine Kommanditistenstellung oder stille Beteiligung.⁸⁷¹

Während eine Entziehung der Geschäftsführung für die Aktiengesellschaft bei Verstößen gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht aufgrund der strukturellen Unterschiede grundsätzlich keine Rolle spielt, ist eine Entziehung der Geschäftsführung beim Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 38 GmbHG möglich. Diese ist gem. § 38 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich jederzeit möglich. Dies kann nach Abs. 2 jedoch mit einer entsprechenden Regelung in der Satzung auf den Fall beschränkt werden, dass wichtige Gründe vorliegen. Für die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers wird teilweise auch ohne eine solche Satzungsregelung ein sachlicher Grund sowie eine umfassende Abwägung, in welche die Verdienste für die Gesellschaft und der Erfolg der bisherigen Geschäftsführung einzubeziehen ist, gefordert.⁸⁷² Richtigerweise ist auch bei der Abbe-

868 BGH, Urt. v. 25. April 1983 – Az.: II ZR 170/82, NJW 1984, 179 = ZIP 1983, 1066 (m. Anm.) = WM 1983, 750; *Jickeli*, in: MünchKomm HGB, § 117 Rn. 43; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 117 Rn. 5; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 117 Rn. 26; *Drescher*, in: E/B/J/S HGB, § 117 Rn. 14.

869 Umstritten, vgl. hierzu *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 712 Rn. 10.

870 *Jickeli*, in: MünchKomm HGB, § 117 Rn. 44.

871 *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 140 Rn. 28; *Lorz*, in: E/B/J/S HGB, § 140 Rn. 9.

872 OLG Saarbrücken, Urt. v. 10. Oktober 2006 – Az.: 4 U 382/05, GmbHR 2007, 143, 150 f. = BeckRS 2006, 13432; KG, Urt. v. 23. Juli 2015 – Az.: 23 U 18/15, NZG 2016, 787, 789 = ZIP 2016, 673 = GmbHR 2016, 29; OLG Koblenz, Beschl. v. 21. Juni 2007 – Az.: 6 W 298/07, BeckRS 2007, 10829; OLG Zweibrücken, Urt. v. 6. Juni 2003 – Az.: 4 U 117/02, NJW-RR 2003, 1398 = NZG 2003, 931

rufung des Gesellschafter-Geschäftsführers die Treuepflicht zu beachten.⁸⁷³ Entscheidend ist dabei allerdings nicht, ob ein *per se* sachlicher Grund gegeben ist, sondern ob qua Treuepflicht nach einer entsprechenden Abwägung eine Unterlassungspflicht hinsichtlich der Abberufung bestanden hatte oder nicht. Das entspricht auch der Wertung des § 38 Abs. 1 GmbHG als Kehrseite der im Außenverhältnis unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Geschäftsführers.⁸⁷⁴

Die Abberufung des Geschäftsführers der GmbH erfolgt nach § 46 Nr. 5 GmbHG durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. Ein Stimmverbot für den Gesellschafter-Geschäftsführer besteht dabei nach h. M. nur für den Fall der Abberufung aus wichtigem Grund.⁸⁷⁵ Als mildere Maßnahme käme die Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse durch Gesellschafterbeschluss in Betracht, solange nicht in den Bereich der unentziehbaren Befugnisse der Geschäftsführer eingegriffen wird.⁸⁷⁶

(2) Vertretungsmacht

Kommt für die Aktiengesellschaft wiederum die Entziehung der Vertretungsmacht als Sanktion der Treuepflichtverletzung aus strukturellen Gründen nicht in Betracht, scheitert dies bei der GmbH an der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis nach außen (§ 37 Abs. 2 GmbHG).

Für die Personengesellschaften ergibt sich die Entziehung der Vertretungsmacht für die GbR aus § 715 BGB, für die OHG aus § 127 HGB sowie über § 161 Abs. 2 HGB auch für die Komplementäre der Kommanditgesellschaft. Die Entziehung der Vertretungsmacht bedarf für die GbR, wie schon für die Entziehung der Geschäftsführung ausgeführt, grundsätzlich der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters, da es sich hierbei

= GmbHR 2003, 1206; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 38 Rn. 20; *Schneider/Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 38 Rn. 18; a. A. *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 38 Rn. 14 ff.

873 So auch *Schneider/Schneider*, in: Scholz GmbHG, § 38 Rn. 18.

874 *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 38 Rn. 17; *Goette*, DStR, 214, 216.

875 BGH, Urt. v. 29. September 1955 – Az.: II ZR 225/54, BGHZ 18, 205, 210 = NJW 1955, 1716 = DB 1955, 1061 = GmbHR 1956, 226, zur Bestellung; OLG Karlsruhe, Urt. v. 4. Mai 1999 – Az.: 8 U 153/97, NZG 2000, 264 = BeckRS 9998, 42471; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 38 Rn. 130; *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 38 Rn. 24; *Wicke*, in: Wicke GmbHG, § 38 Rn. 5; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 38 Rn. 21.

876 *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 37 Rn. 66.

um eine Vertragsänderung und damit einhergehend einen Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft handelt.⁸⁷⁷ Für den Fall der Entziehung aus wichtigem Grund gelten die Ausführungen zur Entziehung der Geschäftsführung entsprechend. Obgleich nicht notwendigerweise, erstreckt sich ein Beschluss über die Entziehung der Geschäftsführung im Zweifel auch auf die Vertretungsmacht, wohingegen nach § 715 BGB die Vertretungsmacht, wenn diese mit der Geschäftsführung verbunden ist, nur mit dieser entzogen werden kann.⁸⁷⁸

Hinsichtlich der Handelsgesellschaften bedarf es zur Entziehung der Vertretungsmacht einer gerichtlichen Entscheidung. Insofern kann ebenfalls auf die Ausführungen zur Entziehung der Geschäftsführung verwiesen werden.

Als mildere Maßnahme kann hingegen auch eine Beschränkung der Vertretungsmacht, insbesondere auf eine Gesamtvertretungsmacht, aber auch in zeitlicher Hinsicht, stattfinden.⁸⁷⁹ Mit Blick auf § 126 Abs. 2 HGB scheidet eine gegenständliche Begrenzung hingegen aus.

(3) Entziehung des Stimmrechts

Eine weitere denkbare Sanktion ist die Entziehung des Stimmrechts. Eine Entziehung des Stimmrechts ist sowohl mittels Beschlusses im Hinblick auf eine konkrete Beschlussfassung möglich als auch durch Anpassung des Gesellschaftsvertrags insgesamt.⁸⁸⁰ Denkbar ist darüber hinaus auch eine Beschränkung des Stimmrechts in bestimmten Bereichen.⁸⁸¹ Bei einem Beschluss über die Entziehung ist der jeweilige Gesellschafter ausgeschlossen, vgl. § 712 Abs. 1 BGB.

877 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 715 Rn. 1; *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 715 Rn. 2.

878 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 715 Rn. 4; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 715 Rn. 5; *Bergmann*, in: jurisPK-BGB, § 715 Rn. 2; *Westermann*, in: Erman BGB, § 715 Rn. 3.

879 BGH, Urt. v. 10. Dezember 2001 – Az.: II ZR 139/00, NJW-RR 2002, 540 = NZG 2002, 280 = ZIP 2002, 396 = WM 2002, 342; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 127 Rn. 12; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 127 Rn. 7; *Drescher*, in: E/B/J/S HGB, § 127 Rn. 5; *Boesche*, in: Oetker HGB, § 127 Rn. 8; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 715 Rn. 7; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 715 Rn. 3.

880 *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 119 Rn. 12; zur umstrittenen Frage, ob ein Stimmrecht bei persönlich haftenden Gesellschaftern vollständig entzogen werden kann *Freitag*, in: E/B/J/S HGB, § 119 Rn. 22 f.

881 *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 709 Rn. 55.

Auch bei der GmbH kann mit entsprechender Regelung in der Satzung das Stimmrecht entzogen oder aber zum Beispiel in Fragen der Geschäftsführung beschränkt werden.⁸⁸² Die Satzung kann insbesondere stimmrechtslose Geschäftsanteile schaffen.⁸⁸³

Bei der Aktiengesellschaft stellt das Stimmrecht grundsätzlich ein unentziehbares Gesellschaftsrecht dar, das auch nicht durch eine Erweiterung von Stimmverboten ausgehöhlt werden kann.⁸⁸⁴ Allerdings kann das Stimmrecht einer schon bestehenden Aktie nachträglich durch einen satzungsändernden Beschluss durch eine Umwandlung der bestehenden Aktie in eine Vorzugsaktie nach § 139 AktG ausgeschlossen werden.⁸⁸⁵ Gemäß den Regelungen zur Vorzugsaktie ohne Stimmrecht geht hiermit jedoch zwingend ein Vorzug bei der Gewinnverteilung einher. Hierzu bedarf es aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes gem. § 53a AktG nicht nur der Zustimmung des betroffenen Aktionärs, sondern auch aller anderen Stammaktionäre. So müssen diese ebenfalls entscheiden können, ob ihnen der Dividendenvorzug lieber ist als der Erhalt des Stimmrechts.⁸⁸⁶ Ein Stimmrechtsausschluss ist gem. § 139 AktG i. V. m. § 23 Abs. 5 AktG nur vollständig möglich. Insgesamt gilt es freilich zu prüfen, ob eine solche Maßnahme mit Blick auf den zwingenden Vorzug eine geeignete Sanktion darstellt. Das wird wohl nur in seltenen Fällen zu bejahen sein. Außerdem gilt es zu beachten, dass gem. § 139 Abs. 2 AktG Vorzugsaktien nur bis zur Hälfte des Grundkapitals ausgegeben werden dürfen.

882 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 36; Schindler, in: BeckOK GmbHG, § 47 Rn. 59; Hillmann, in: Henssler/Strohn GesR, § 47 Rn. 26.

883 BGH, Urt. v. 14. Juli 1954 – Az.: II ZR 342/53, BGHZ 14, 264, 269 = NJW 1954, 1563 = DB 1954, 672 = GmbHR 1954, 125; Jaeger, in: Oppenländer/Trölitzsch GmbH-Geschäftsführung, § 19 Rn. 52; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 33; Hillmann, in: Henssler/Strohn GesR, § 47 Rn. 26, zur nachträglichen Schaffung stimmrechtsloser Anteile siehe Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 47 Rn. 69 ff.; zum Ganzen ausführlich Schäfer, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil.

884 Arnold, in: MünchKomm AktG, § 136 Rn. 30; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 136 Rn. 3; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 136 Rn. 3.

885 Arnold, in: MünchKomm AktG, § 139 Rn. 6; Hirschmann, in: Hölters AktG, § 139 Rn. 21; Bormann, in: BeckOGK AktG, § 139 Rn. 43.

886 Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 139 Rn. 16; Zöllner, in: KK-AktG, § 139 Rn. 23; Arnold, in: MünchKomm AktG, § 139 Rn. 6; Spindler/Bayer, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 139 Rn. 10 f.

c. Zusammenfassung

Auf der Sekundärebene kommen neben dem Schadensersatzanspruch bzw. dem wahlweise geltend zu machenden Eintrittsrecht als wichtigstes Regulativ weitere Sanktionen in Betracht. Als schärfstes Schwert ist dabei vor allem an die Einziehung der Geschäftsanteile respektive Aktien bzw. den Ausschluss des Gesellschafters bei den Personengesellschaften zu denken. Als allerletztes Mittel kommt, mit Ausnahme der Aktiengesellschaft, gar die Auflösungsklage in Betracht. Bei all den genannten Sanktionen ist anhand einer Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls zu prüfen, ob eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unzumutbar geworden bzw. ein wichtiger Grund gegeben ist und nicht ein milderer Mittel gefunden werden kann. Ein wichtiger Grund wird regelmäßig bei einer schwerwiegenden Treupflichtverletzung gegeben sein.⁸⁸⁷ Eine Einziehung der Geschäftsanteile oder Aktien muss darüber hinaus auch in der Satzung ermöglicht worden sein. Alternativ kann jedoch auch eine Ausschließungsklage erhoben werden.

Neben den genannten *ultima-ratio*-Sanktionen kommen auch die Beschränkung oder Entziehung der Geschäftsführung bzw. bei Personengesellschaften auch der Vertretungsmacht in Betracht. Außerdem ist die Beschränkung oder Entziehung des Stimmrechts möglich. Bezüglich der Beschränkung oder Entziehung der Geschäfts- bzw. bei den Personengesellschaften der Vertretungsbefugnis ist die Rechtsfolge in der Begründung einer weiteren Verhaltenspflicht der Mitgesellschafter und einem daraus folgenden Anspruch auf entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages zu sehen. Bei den Personengesellschaften bedarf es hierzu allerdings eines wichtigen Grundes und damit der Verhältnismäßigkeit, wobei die Beschränkung ein milderer Mittel im Vergleich zur Entziehung darstellt. Bei der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers bei der GmbH braucht es, sofern in der Satzung nicht anderweitig geregelt, eines wichtigen Grundes nicht. Die Entziehung des Stimmrechts erfolgt ebenfalls durch Änderung des Gesellschaftsvertrages. Hierbei ist die Rechtsfolge wiederum in der Begründung einer weiteren Verhaltenspflicht der Mitgesellschafter bzw. in einem folgenden Anspruch auf entsprechende Änderung zu erkennen. Bei der Aktiengesellschaft gilt es, die Besonderheit der zwingenden Umwandlung in eine Vorzugsaktie nach § 139 AktG zu beachten.

887 Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 14. Juli 1999 – Az.: 12 U 464/99, NZG 1999, 1220 f. = BeckRS 9998, 42300.

Deutlich wird hierbei, dass es in Abwesenheit einer vorrangigen Regelung in Satzung oder Gesetz stets zu einer umfassenden Interessenabwägung kommt. Eine solche findet im Erfordernis des Vorliegens eines wichtigen Grundes ihren Platz.

4. Fazit und Verhältnismäßigkeit

Im Rahmen der Sekundärebene muss überprüft werden, ob es auf Primärebene bereits zu einem angemessenen Interessenausgleich gekommen ist. Sollte dem nicht so sein, bedarf es der weiteren Korrektur. Vorrangig ist dabei stets der Schadensersatz zu prüfen. Wie schon bei der Kündigung zur Unzeit vertreten, gibt es jedoch Konstellationen, in welchen ein Schadensersatzanspruch allein nicht ausreicht. Bei den Ausführungen zu den weiteren potentiellen Sanktionen wurde deutlich, dass das Ziel der Treuepflicht, der Interessenausgleich zwischen den verschiedenen, teils divergierenden Interessen der Gesellschafter untereinander und der Gesellschaft bzw. dem gemeinsamen Gesellschaftszweck, offenkundig der stetigen Abwägung bedarf. Daraus folgt, dass auch auf Sekundärebene eine gesonderte Interessenabwägung bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden muss. So reicht eine Abwägung der Interessen bezüglich der Frage, ob sich überhaupt eine konkrete Pflicht(verletzung) ergibt, allein nicht aus. Vielmehr müssen hinsichtlich der Findung einer angemessenen Rechtsfolge die verschiedenen Interessen mittels Abwägung erneut in Einklang gebracht werden. Eine solche Abwägung hat dabei ebenfalls im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden. Diese findet regelmäßig unter der Voraussetzung des von den meisten Sanktionen geforderten wichtigen Grundes statt. Ist ein solcher nicht erforderlich, muss anhand der oben ausgeführten tatbestandlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung festgestellt werden, ob die Voraussetzungen für eine entsprechende Verhaltenspflicht der Mitgesellschafter gegeben sind. Eine solche Verhältnismäßigkeit hinsichtlich einer Verhaltenspflicht der Mitgesellschafter zur Sanktion einer Treuwidrigkeit sollte widerlegbar vermutet werden. Hierfür spricht schon die Tatsache, dass es sich regelmäßig um ein milderes Mittel im Vergleich zu den gesetzlichen Konzeptionen, wie etwa der Auflösung der Gesellschaft, handeln wird und daher wie bei den sog. vergleichbaren Anwendungsfällen zu verfahren ist.

Letztlich führt das gefundene Ergebnis zu einer doppelten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Eine solche ist aber deshalb angemessen, da nur so das Ziel des Interessenausgleichs erreicht werden kann. Auch die Tatsache,

dass im Rahmen der Prüfung der Treuepflichtverletzung dem Verschulden keine oder nur eine untergeordnete Rolle zukommt,⁸⁸⁸ während es diese im Rahmen der Rechtsfolge durchaus zu berücksichtigen gilt, spricht für eine erneute Verhältnismäßigkeitsprüfung. Bei dieser sind auf Rechtsfolgenseite insbesondere das mildere Mittel wie auch die Abwägung der jeweiligen Interessen von besonderer Bedeutung. Aber auch an einem legitimen Zweck kann es beispielsweise dann fehlen, wenn nicht der Interessenausgleich bezweckt wird, sondern lediglich ein unliebsamer Gesellschafter aus der Gesellschaft entfernt werden soll. Bezüglich der Erforderlichkeit ist auch hier stets das mildeste Mittel zu wählen. Während eine Ausschließung dann probates Mittel ist, wenn das Verbleiben eines Gesellschafters den Mitgesellschaftern nicht mehr zuzumuten ist, kommt eine Auflösung in Betracht, wenn den Gesellschaftern der Fortbestand der Gesellschaft nicht mehr zumutbar ist.⁸⁸⁹ Als milderes Mittel kommt hierbei vor allem ein Ausscheiden des durch die Treuepflichtverletzung betroffenen Gesellschafters bzw. Auflösungsklägers in Betracht.⁸⁹⁰ Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass so zwar der Bestand der Gesellschaft gesichert wird, andererseits würde dies zu einer Fortführung der Gesellschaft mit dem die Treuepflicht verletzenden Gesellschafter führen. Es käme mithin zu einer doppelten Benachteiligung des verletzten Gesellschafters. Das Ausscheiden des Klägers kommt folglich nur dann in Betracht, wenn ihm die Fortführung des Unternehmens durch die verbleibenden Gesellschafter zumutbar ist und er wirtschaftlich keinen Nachteil erleidet, etwa durch eine seinen gesetzlichen Abfindungsanspruch beschneidende Vertragsregelung.⁸⁹¹ Ein weiteres milderes Mittel stellt die Vertragsanpassung dar. Ist die Unzumutbarkeit mit einer solchen zu beseitigen, hat diese Vorrang.⁸⁹²

Entscheidend wird letztlich im Großteil der Fälle die Abwägung der Interessen sein. Hierbei ist danach zu fragen, ob eine Durchsetzung der

888 Vgl. *Stephan/Tieves*, in: MünchKomm GmbHG, § 38 Rn. 80a; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 239.

889 *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 7; *Nerlich*, in: Michalski GmbHG, § 61 Rn. 11.

890 *Lorz*, in: E/B/J/S HGB, § 133 Rn. 11; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 133 Rn. 6; jedenfalls dann, wenn die Fortführung der Gesellschaft nur für ihn unzumutbar ist, *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 199.

891 *Lehmann-Richter*, in: BeckOK HGB, § 133 Rn. 8; *Kamanabrou*, in: Oetker HGB, § 133 Rn. 8.

892 *Nerlich*, in: Michalski GmbHG, § 61 Rn. 11; *Limpert*, in: MünchKomm GmbHG, § 61 Rn. 11; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 53 Rn. 82 f.

Treuepflicht nicht doch ausreicht oder es einer, und falls ja, welcher Sanktionierung des treuwidrigen Verhaltens bedarf. Dabei sind die jeweiligen Interessen unter Berücksichtigung der Schwere der Treuepflichtverletzung gegenüberzustellen.⁸⁹³ Prämisse für eine weitergehende Sanktion muss dabei stets die Unzumutbarkeit des jeweiligen Zustands für den geschädigten Gesellschafter oder die geschädigte Gesellschaft sein. Hier ist auch ein etwaiges Verschulden zu berücksichtigen.⁸⁹⁴ Wird ein Überwiegen des Interesses des Geschädigten angenommen bzw. ein wichtiger Grund, so gilt es, die jeweils weiteren Voraussetzungen der jeweiligen Sanktion zu überprüfen.

893 Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 14. Juli 1999 – Az.: 12 U 464/99, NZG 1999, 1220 = BeckRS 9998, 42300, wonach bei einer schwerwiegenden Treuepflichtverletzung ein wichtiger Grund zur Einziehung eines Geschäftsanteils gegeben sein soll.

894 Vgl. zu § 242 BGB *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 470.