

Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

203

Tobias Jenne

Verstöße gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht und ihre Rechtsfolgen



Nomos

Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Prof. Dr. Mathias Habersack

Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago)

Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon)

Begründet von

Prof. Dr. Klaus J. Hopt

Prof. Dr. Manfred Lieb

Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 203

Tobias Jenne

Verstöße gegen die mitgliedschaftliche Treuepflicht und ihre Rechtsfolgen



Nomos

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Freiburg.

Dekan:	Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies
Erstgutachter:	Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard)
Zweitgutachter:	Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago)
Tag der mündlichen Prüfung:	08./09.11.2021
Dissertationsort:	Freiburg im Breisgau
Erscheinungsjahr:	2022

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2021

1. Auflage 2022

© Tobias Jenne

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8753-1

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3191-1

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748931911>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung, Literatur und aktuelle Entwicklungen wurden bis Juli 2021 berücksichtigt.

Ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard), der angefangen von der Themenfindung bis hin zur Vollendung der Arbeit mich mit großem Vertrauen und einem großen Maß an akademischer Freiheit unterstützte und begleitete. Seine wertvollen Hinweise und Impulse einschließlich der herzlichen Gespräche waren eine unschätzbare Bereicherung. Besonders danken möchte ich Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Chicago) für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für die zahlreichen Jahre als studentische Hilfskraft und wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Abt. II, auf die ich mit großer Freude zurückblicke. Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Chicago) und Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon) danke ich für die Aufnahme dieser Arbeit in ihre Schriftenreihe „Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht“. Mein Dank gilt ferner dem baden-württembergischen Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst sowie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg für die vollständige Finanzierung der Publikationsgebühren.

Die Zeit am Institut und die vielen mir so lieb gewordenen Menschen werden mir für immer als wunderbare Erinnerung verbleiben. Auch ihnen allen sei herzlich gedankt. Namentlich möchte ich Dr. Thilo Schülke, Dr. Alexander Klausmann und Dr. Christian Osbahr hervorheben, deren Rat, Ermutigung, Austausch und Freundschaft ich stets geschätzt habe. Unermesslicher Dank geht auch an meinen Freund und Kollegen Fernando Sempere Culler dessen unermüdliche Unterstützung und Korrekturarbeiten dieses Werk „vergolde“ haben. Für ihre liebevollen Korrekturarbeiten möchte ich ebenfalls Gunhild Jenne und Christian Müller ganz besonders danken.

Schließlich möchte ich meinen Eltern, Elfriede und Bernd Jenne, von ganzem Herzen danken. Sie haben sowohl meinen schulischen als auch universitären Werdegang bedingungslos unterstützt. Ihre unentwegte Für-

Vorwort

sorge und liebevolle Unterstützung ist die Grundlage für meine persönliche und berufliche Entwicklung. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Soli Deo Gloria.

Düsseldorf, im Januar 2021

Tobias Jenne

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1: Einführung	17
A. Problemaufriss und Gang der Untersuchung	17
B. Historische Entwicklung der Treuepflicht	20
Kapitel 2: Rechtsgrundlage	25
A. Entstehungsgrundlage	26
I. Sonderrechtsverhältnis der Gesellschafter bei Kapitalgesellschaften	27
II. Stellungnahme	30
B. Rechtsfunktionelle Begründung und Ziel der Treuepflicht	32
C. Positiv-rechtliche Grundlage	37
I. Einordnung als Leistungs- oder Nebenpflicht, § 241 BGB	38
II. § 705 BGB	40
III. § 242 BGB	43
IV. Stellungnahme	45
D. Fazit	46
Kapitel 3: Inhalt, Umfang und Grenzen	48
A. Die allgemeine Treuepflicht	50
I. Förderung der Gesellschaft	50
II. Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung	51
III. Fazit	51
B. Die konkrete Treuepflicht	52
I. Sachliche konkrete Treuepflicht (Inhalt)	53
II. Persönliche konkrete Treuepflicht	58
1. Einpersonengesellschaft	59
2. Abbedungene Treuepflicht und Verzicht	60
3. Mangelnder Einfluss	60
a. Wirkungsbezogene Treuepflicht	61
b. Inhaltsbezogene Treuepflicht	62
c. Rechtsprechung	63
d. Stellungnahme	64

III. Fazit	67
Kapitel 4: Konkrete Verhaltenspflicht	68
A. Rechtsausübung durch den Gesellschafter	73
I. Bei (drohender) Schädigung der Gesellschaft	73
1. Anwendungsbereich der Treuepflicht	73
2. Verhältnismäßigkeit	74
a. Legitimer Zweck	74
b. Geeignetheit	74
c. Erforderlichkeit	75
d. Angemessenheit	75
aa. Interesse des Gesellschafters	76
(1) Schutzwürdiges Interesse	76
(2) Unternehmerisches Ermessen	80
bb. Interesse der Gesellschaft	81
cc. Intensität der Treuepflicht	82
(1) Wirtschaftliche Lage	83
(2) Einfluss des jeweiligen Gesellschafters	86
(3) Rechtsform/Realstruktur	88
(4) Gesellschaftszweck	89
(5) Dauer der Beteiligung	90
(6) Vorverhalten/Geschaffenes Vertrauen	90
(7) Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag/ Gesellschaftervereinbarungen	91
(8) Rechtsausübung selbst	92
dd. Abwägung und sonstige Faktoren	92
II. Bei (drohender) Schädigung des Gesellschafters	94
1. Anwendungsbereich der Treuepflicht	94
2. Verhältnismäßigkeit	94
a. Legitimer Zweck und Geeignetheit	94
b. Erforderlichkeit	95
c. Angemessenheit	96
aa. Interesse des Gesellschafters	96
bb. Interesse des Mitgesellschafters	97
cc. Intensität der Treuepflicht	99
(1) Einfluss des Gesellschafters	99
(2) Wirtschaftliche Lage	100
(3) Rechtsform/Realstruktur	100
(4) Gesellschaftszweck	101
(5) Dauer der Beteiligung	101

(6) Vorverhalten und Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bzw. Gesellschaftervereinbarungen	102
(7) Rechtsausübung selbst	103
dd. Abwägung und sonstige Faktoren	104
B. Rechtsausübung der Gesellschaft	105
I. Anwendungsbereich der Treuepflicht	106
II. Verhältnismäßigkeit	108
1. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit	108
2. Angemessenheit	109
a. Interesse der Gesellschaft	109
b. Interesse des Gesellschafters	109
c. Intensität der Treuepflicht	110
aa. Wirtschaftliche Lage	110
bb. Einfluss des Gesellschafters	111
cc. Rechtsform, Realstruktur und Gesellschaftszweck sowie Dauer der Beteiligung	112
dd. Vorverhalten und Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bzw. Gesellschaftervereinbarungen	113
ee. Rechtsausübung selbst	114
d. Abwägung und sonstige Faktoren	114
C. Speziell: Stimmrechtsausübungen	115
I. Stimmrechtsausübungen in Ansehung der Treuepflicht	115
1. Voraussetzung: Anwendungsbereich der Treuepflicht	116
2. Verhältnismäßigkeit	117
a. Legitimer Zweck	117
b. Geeignetheit	117
aa. Formelle Geeignetheit	118
- Zustimmungspflichten; insbesondere: Satzungsänderung	118
bb. Materielle Geeignetheit	122
c. Erforderlichkeit	122
aa. Formelle Erforderlichkeit	123
bb. Materielle Erforderlichkeit	125
d. Angemessenheit	126
aa. Interesse des Gesellschafters	126
bb. Interesse der Gesellschaft/Mitgesellschafter	128
cc. Intensität der Treuepflicht	128

dd. Abwägung	130
II. Rechtsprechung	132
1. BGH, Urteil vom 12.4.2016 – II ZR 275/14 (<i>Media-Saturn</i>)	132
a. Sachverhalt	132
b. Treuepflichtprüfung	133
aa. Anwendungsbereich der Treuepflicht	133
bb. Verhältnismäßigkeit	134
(1) Legitimer Zweck	134
(2) Geeignetheit	134
(3) Erforderlichkeit	135
(4) Angemessenheit	135
2. BGH, Urteil vom 19.10.2009 – II ZR 240/08 (<i>Sanieren-oder-Ausscheiden</i>)	137
a. Sachverhalt	137
b. Treuepflichtprüfung	138
aa. Anwendungsbereich der Treuepflicht	138
bb. Verhältnismäßigkeit	139
(1) Legitimer Zweck	139
(2) Geeignetheit	139
(3) Erforderlichkeit	140
(4) Angemessenheit	142
D. Gesetzlich normierte Ausprägungen der Treuepflicht	143
I. Wettbewerbsverbot	144
II. Gleichbehandlungsgebot	145
III. Kündigung zur Unzeit	146
IV. Behandlung von „vergleichbaren Anwendungsfällen“	147
- Speziell: Geschäftschancenlehre	150
E. Fazit	153
Kapitel 5: Rechtsfolgen	154
A. Gesetzlich normierte Ausprägungen der Treuepflicht	154
I. Wettbewerbsverbot	155
II. Gleichbehandlungsgebot	156
1. Beschlüsse	157
2. Handlungen der AG	157
3. Schadensersatzansprüche	158
a. §§ 280 ff. BGB	159
b. Deliktische Ansprüche	159

III. Kündigung zur Unzeit	162
IV. Fazit	163
B. Systematisierungsversuche der Rechtsfolgen	164
I. Systematisierung nach <i>Weller</i>	164
II. Systematisierung nach <i>Lieder</i>	166
III. Systematisierung nach <i>Merkt</i>	167
IV. Systematisierung nach Wirkrichtung	167
V. Systematisierung nach Funktion	167
VI. Systematisierung entsprechend § 242 BGB	168
1. Allgemeines	168
2. Systematisierung nach der überwiegenden Meinung	169
a. Darstellung der Systematisierung	169
aa. Erbringung der Leistung nach Treu und Glauben	170
bb. Schrankenfunktion	171
cc. Korrekturfunktion	171
b. Übertragung auf die Treuepflicht	172
3. Systematisierung nach <i>Kähler</i>	174
a. Darstellung der Systematisierung	174
aa. Einwendungen	174
bb. Ansprüche	176
b. Übertragung auf die Treuepflicht	177
VII. Stellungnahme	177
C. Anwendung der Systematisierung	181
I. Primärebene	181
1. Verletzung einer Unterlassungspflicht	181
2. Verletzung einer Handlungspflicht	186
3. Speziell: Stimmrechte und Beschlüsse	187
a. Treuwidrige Wahrnehmung des Stimmrechts	188
aa. Kapitalgesellschaften	189
(1) Literatur: Stimme wirksam	189
(2) Literatur: Stimme nichtig	190
(3) Literatur: Stimme bei Evidenz nichtig	191
(4) Rechtsprechung	192
bb. Personengesellschaften	193
cc. Stellungnahme	194
b. Treuwidrige Nichtwahrnehmung des Stimmrechts	198
aa. Literatur	199
bb. Rechtsprechung	201

cc. Stellungnahme	202
c. Treuwidriger Beschluss	205
aa. Rechtsnatur	205
bb. Beschlussfeststellung	207
cc. Rechtsfolge	209
(1) AG	209
(a) Nichtigkeit	210
(b) Anfechtbarkeit	210
(c) Speziell: Ladungsmängel	213
(2) GmbH	215
(3) Personengesellschaften	218
d. Fazit	222
II. Sekundärebene	223
1. Schadensersatz	223
a. Geltendmachung	224
- Sonderfall: Beschluss	225
(1) Exkurs: Recht der Wohnungseigentümer	226
(2) Übertragung auf das Gesellschaftsrecht	228
b. Vertretenmüssen	229
aa. Haftungsmaßstab	229
(1) Personengesellschaften	229
(2) Kapitalgesellschaften	230
(a) § 708 BGB	231
(b) § 146 AktG	232
(c) § 43 GmbHG	233
(d) Stimmrechtsausübung (§ 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG a. F.)	234
(e) § 276 Abs. 1 S. 1 BGB	237
(f) Zusammenfassung	238
bb. Umfang des Vorsatzes	239
c. Kausalität	241
d. Fazit	243
2. Herausgabeanspruch / Eintrittsrecht	244
3. Weitergehende Sanktionen	246
a. Ausschluss aus der Gesellschaft / Auflösung	246
aa. Einziehung / Ausschluss	246
(1) GbR	246
(2) OHG / KG	248
(3) GmbH	248
(4) Aktiengesellschaft	252

bb. Auflösung	253
b. Sonstige Sanktionen	255
aa. Entziehung der Geschäftsführung bzw. Vertretungsmacht	255
(1) Geschäftsführung	255
(2) Vertretungsmacht	257
(3) Entziehung des Stimmrechts	258
c. Zusammenfassung	260
4. Fazit und Verhältnismäßigkeit	261
Kapitel 6: Ergebnis und Zusammenfassung in Thesen	264
Literaturverzeichnis	271

Kapitel 1: Einführung

A. Problemaufriss und Gang der Untersuchung

Von einer bloßen „Paraphrase des § 705 BGB“¹ über „nichts Neues“, vielmehr nur ein Schlagwort, unter dem die Pflichten aus § 705 BGB und § 242 BGB zusammengefasst werden,² bis hin zur „größten Errungenschaft der Rechtswissenschaften und Rechtsprechung des modernen Gesellschaftsrechts“³ bietet die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht einen bunten Blumenstrauß an Rezeptionen. Als Schmierfett der Zahnräder der Gesellschaft zielt sie, unabhängig vom jeweiligen Verständnis, jedenfalls darauf ab, das Spannungsverhältnis zwischen den privatautonomen, individuellen Interessen der Gesellschafter untereinander und zuvorderst dem gemeinsamen Gesellschaftszweck aufzulösen.⁴

Weit davon entfernt, eine „Zauberformel“⁵ zu sein, ist die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht auf dem Weg zur Erreichung des Gesellschaftszwecks dennoch eines der wichtigsten Instrumente im Orchester des Gesellschaftsrechts zur Bewirkung der harmonischen Zusammenarbeit der Beteiligten.⁶ Durchdringt die Treuepflicht zwar jedes Gesellschaftsverhältnis und ist dem BGH zufolge auch „jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung immanent“⁷, muss dennoch der Verlockung widerstanden werden, das Instrument zur Allzweckwaffe einer willkürlichen Billigkeitsjustiz zu missbrauchen.

Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht umfasst sämtliche Beziehungen innerhalb einer Gesellschaft. Dabei gilt es, zwischen der organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter und der mitgliedschaftlichen Treuepflicht

1 *Flume*, Personengesellschaften, S. 261.

2 Vgl. *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 36.

3 *Fleischer*, FS K. Schmidt, S. 393; *Seidel*, Funktion der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, S. 17.

4 *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 102; *Dreher*, DStR 1993, 1632; vgl. *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 706 Rn. 66 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 23; *Hopt/Wiedemann*, in: Großkomm AktG, Anh § 53a Rn. 11.

5 *Flume*, Personengesellschaften, S. 261.

6 *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 949.

7 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951.

der Gesellschafter zu unterscheiden.⁸ Die organschaftliche Treuepflicht dient als Korrelat zur weitreichenden Einwirkungsmacht und Befugnis des Geschäftsleiters⁹ und wird aus der treuhänderischen Natur des organschaftlichen Amts hergeleitet.¹⁰ Sie verpflichtet die Geschäftsführer und andere Organmitglieder, die ihnen übertragenen Aufgaben bestmöglich zu erfüllen und ihre Tätigkeit ausschließlich am Gesellschaftszweck auszurichten, mithin allein der Gesellschaft „Wohl und Wehe“ und nicht den eigenen Nutzen oder Vorteil anderer im Auge zu haben.¹¹ Die organschaftliche Treuepflicht ist im Vergleich zur mitgliedschaftlichen Treuepflicht weitreichender erforscht¹² und soll daher im Rahmen der Arbeit außen vor bleiben.

„Die Treuepflicht: Ein Wort – drei Welten!“¹³ Mit dieser Feststellung macht *Wiedemann* deutlich, dass sich hinter dem Begriff der Treuepflicht ganz unterschiedliche Sachbereiche verbergen.¹⁴ Obgleich Existenz und Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht allgemein anerkannt sind, sind eine Vielzahl von Einzelheiten bis heute unklar und umstritten. Angefangen bei der Frage nach der richtigen Rechtsgrundlage bis hin zur – jedenfalls für die Praxis ungleich wichtigeren – Frage nach Inhalt, Umfang und Grenzen der Treuepflicht herrschen Uneinigkeit und Unsicherheit. Dabei wurde der Frage nach den Rechtsfolgen im bisherigen

8 Vgl. *Weller*, GS Winter, 755, 776; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 137; *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 950, der zusätzlich noch zu mehrheitsbezogenen Treuepflichten abgrenzt, welches hier zu mitgliedschaftlichen Treuepflichten gezählt wird.

9 *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1290; *Hölters*, in: Hölters AktG, § 93 Rn. 114; *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 342 f.

10 BGH, Urt. v. 20. Oktober 1954 – Az.: II ZR 280/53, BGHZ 15, 71 = NJW 1954, 1841, 1842 = GmbHR 55, 44; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR, § 93 Rn. 8; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz AktG, § 93 Rn. 113 ff.; *Ziemons*, in: Michalski GmbHG, § 43 Rn. 204; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 125; ausführlich *Fleischer*, WM 2003, 1045 ff.

11 BGH, Urt. v. 8. Mai 1967 – Az.: II ZR 126/65, WM 1967, 679 = GmbHR 1968, 141 = BB 1967, 731; BGH, Urt. v. 10. Februar 1977 – Az.: II ZR 79/75, WM 1977, 361 = GmbHR 1977, 129 = BB 1977, 465; BGH, Urt. v. 21. Februar 1983 – Az.: II ZR 183/82, ZIP 1983, 689 = WM 1983, 498 = GmbHR 1983, 300; BGH, Urt. v. 23. September 1985 – Az.: II ZR 257/84, NJW 1986, 584, 585 = ZIP 1985, 1482 = WM 1985, 1944; BGH, Urt. v. 12. Juni 1989 – Az.: II ZR 334/87, ZIP 1989, 1390 = WM 1989, 1335 = GmbHR 1989, 365; *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 950; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 84 Rn. 110.

12 *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 957.

13 *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 950.

14 So auch *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289, 1290.

Schrifttum sogar noch weniger Beachtung geschenkt als der vorgelagerten Frage nach den Voraussetzungen eines Treueverstoßes.¹⁵ Literatur wie Rechtsprechung lassen hierbei ein einheitliches System, eine stringente Dogmatik und eine konsistente Lösung vermissen.¹⁶

Jeder „Gesellschaftsrechtler“ versteht etwas unter der Treuepflicht, jeder etwas anderes – und so scheint die Treuepflicht als wenig greifbar. Durchzieht die Treuepflicht fast schon omnipräsent sämtliche gesellschaftsrechtlichen Kommentierungen, kommt es – wenngleich auch mit großteiligen Schnittmengen – zu teilweise völlig unterschiedlichen Verständnissen und Terminologien. Nicht nur die Mannigfaltigkeit der Einzelfälle – von unterschiedlichen Rechtsformen über unterschiedliche Strukturen innerhalb einer Rechtsform bis hin zu unterschiedlichen Ausgestaltungen innerhalb einer Gesellschaft –, sondern auch die schiere Fülle an Auffassungen, Meinungen und Interpretationen in Literatur und Rechtsprechung führen dazu, dass insbesondere die (entscheidende) Frage, ob eine Treuepflichtverletzung gegeben ist, für einen Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst, kaum beantwortet werden kann. So bleibt es meist bei einer bauchgefühlhaften Einschätzung. Dies mag zwar dem Umstand geschuldet sein, dass der Treuepflichtverstoß stets eine Frage des Einzelfalls mit all seinen Umständen und Besonderheiten ist; an dem großen praktischen Bedürfnis nach einer stringenten und klaren Bestimmung und der damit einhergehenden Rechtssicherheit ändert dieses jedoch nichts. Nicht minder unklar verhält es sich, wird ein Treuepflichtverstoß schließlich bejaht.

Ziel dieser Arbeit soll es daher sein, ausgehend von einer präzisen Formulierung einer Rechtsgrundlage, Inhalt, Umfang und Grenzen der Treuepflicht herauszuarbeiten, um so schlüssig und möglichst praxisnah zu klären, wann bzw. ob eine Verletzung der Treuepflicht vorliegt. Erst dann kann und soll eine Untersuchung der Rechtsfolgen von Treuepflichtverstößen vorgenommen werden.¹⁷ Wünschenswert wäre dabei, eine sachgerechte und für die Praxis handhabbare Lösung zu entwickeln, die dem Rechtsanwender den Umgang mit der Treuepflicht und den Verstößen gegen dieselbe erleichtert. Der Umgang mit Verstößen gegen die Treuepflicht sollte idealerweise keinen Blick in die Glaskugel erfordern, sondern vielmehr klar und in seinen Folgen absehbar sein. Inwiefern sich dies als

15 Wiedemann, FS Heinsius, S. 955; Weller, GS Winter, 755, 757.

16 So auch Weller, GS Winter, 755, 772.

17 Die Arbeit konzentriert sich dabei auf die für die Praxis relevantesten Gesellschaftsformen (GbR, OHG, KG, GmbH und AG).

möglich erweist und bestmöglich umsetzen lässt, wird ebenso Gegenstand dieser Arbeit sein wie die Erarbeitung einer etwaigen Schematisierung.

Diesem Ziel folgend, wird nach einer kurzen Betrachtung der historischen Entwicklung der Treuepflicht die Rechtsgrundlage derselben (Kapitel 2) untersucht. Hierbei ist, was zu zeigen sein wird, zwischen der Entstehungsgrundlage, der rechtsfunktionellen Begründung und der positiv-rechtlichen Grundlage zu unterscheiden.

Hieran anknüpfend gilt es dann, Inhalt, Umfang und Grenzen der Treuepflicht (Kapitel 3) unter Herausarbeitung der Unterscheidung zwischen der allgemeinen und konkreten Treuepflicht zu bestimmen.

Auf dieser Grundlage wird sodann ausführlich untersucht, wann aus diesem abstrakt-generellen Pflichtenbündel eine konkrete Verhaltenspflicht erwächst, deren Nichtbeachtung letztlich einen Treuepflichtverstoß begründet (Kapitel 4). Das so gefundene Ergebnis kann dann für den wichtigen Fall der Stimmrechtsausübung angewendet und anhand zweier BGH-Entscheidungen überprüft werden.

Nachdem eine solche Prüfung entwickelt wurde, werden endlich die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Treuepflicht herausgearbeitet (Kapitel 5). Hier wird zunächst auf die gesetzlich normierten Ausprägungen der Treuepflicht eingegangen und anschließend anhand eines herauszuarbeitenden Systematisierungsversuchs die Rechtsfolgen *en detail* untersucht und dargestellt.

Zu guter Letzt werden die gefundenen Ergebnisse in Thesen dargestellt (Kapitel 6).

B. Historische Entwicklung der Treuepflicht

Treuepflichten bestehen heute in den verschiedensten Lebensbereichen und Rechtsgebieten. Sowohl im Öffentlichen Recht¹⁸, im Strafrecht¹⁹ wie auch im Zivilrecht finden sich Treuepflichten wieder. Im Zivilrecht wiederum existieren Treuepflichten angefangen im Familien- bzw. Ehe²⁰ über das Arbeitsrecht²¹ bis schließlich hin zum Gesellschaftsrecht.

18 Vgl. beispielsweise § 21 GemO Rheinland-Pfalz.

19 Insb. i. R. des Untreueatbestandes § 266 StGB, vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 Rn. 23 ff.

20 Vgl. nur Roth, in: MünchKomm BGB, § 1353 Rn. 40.

21 Vgl. nur Müller-Glöge, in: MünchKomm BGB, § 611 Rn. 1074 ff.

Die Vorstellung von Verpflichtungen zur gegenseitigen Treue bei einem Zusammenschluss von Menschen, die Konzeption von Treuepflichten also, ist dabei keine Errungenschaft der modernen Rechtswissenschaft. Eine erste rechtliche Erwähnung findet die Treuepflicht im Rahmen des Eherechts schon im 18. Jahrhundert v. Chr., in einer der ältesten bekannten Rechtssammlung, dem Codex Hammurabi.²² Selbst gesellschaftsrechtliche Treuepflichten lassen sich schon früh finden. So kannte das römische Recht im Hinblick auf die Gesellschafter der *societas*, dem Archetypen der Personengesellschaft,²³ Treuepflichten, die sog. *bona fides*.²⁴ Eine Treuepflichtverletzung wurde beispielsweise bei einem Austritt bzw. einer Aufkündigung der Gesellschaft zur Unzeit angenommen.²⁵ Aufgrund der engen persönlichen Beziehung wurde der Treuegedanke sogar mit der Brüderlichkeit (*fraternitas*) verknüpft und dessen Bruch mit empfindlichen Sanktionen, von Schadensersatz bis hin zum Verlust bestimmter bürgerlicher Rechte, geahndet.²⁶

Wenn im Grundsatz auch nicht neuartig, manifestiert sich die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht seit Anfang des 20. Jahrhunderts immer konkreter im deutschen Recht.²⁷ Angefangen mit ersten Ansätzen,²⁸ die Feststellung betreffend, dass das Gesellschaftsrecht in besonderem Maße dem Grundsatz von Treu und Glauben unterworfen sei,²⁹ ist die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht spätestens mit der expliziten Nennung des Begriffs durch das Reichsgericht im deutschen Gesellschaftsrecht etabliert.³⁰

Dabei wurden anfänglich sämtliche Fallgestaltungen unter dem Kriterium der deliktischen Sittenwidrigkeit – §§ 138, 826 BGB – geprüft. Erst

22 So werden in den §§ 131–133 CH die ehelichen Treuepflichten der Frau bzw. in den §§ 133 f. CH und §§ 148 f. CH die Pflichten des Mannes zur Sorge für den Unterhalt der Frau geregelt; vgl. *Petschow*, Zeitschrift für Assyriologie 1965, 146, 160f.; auch schon in der ältesten Rechtsammlung, dem Codex Urnanna (2100 v. Chr.) finden sich strafrechtliche Vorschriften zur Treuepflicht der Ehefrau, vgl. *Wilcke*, Der Kodex Urnanna (CU), S. 312 ff.

23 *Steding*, Neue Justiz 2007, 193, 193f.

24 *Honsell*, Römisches Recht, S. 147 f.

25 *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, S. 255.

26 *Gaius*, Institutiones, III 151; *Fleckner*, Antike Kapitalvereinigungen, S. 340 ff.

27 Ausführlich hierzu *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 21 ff.; *Weber*, Vormitgliedschaftliche Treubindungen, S. 26 ff.; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh. § 53a Rn. 1 ff.

28 RG Warn 1908 Nr. 511.

29 RG, Urt. v. 7. Februar 1930 – Az.: II 247/29, RGZ 128, 1, 16; RG, Urt. v. 11. November 1933 – Az.: I 130/33, RGZ 142, 212, 216.

30 RG, Urt. v. 17. Januar 1940 – Az.: II 126/39, RGZ 162, 388, 394.

nach und nach wurde die Treuepflicht aus dem „Kokon der Sittenwidrigkeit“ herausdifferenziert und entwickelte sich zum eigenständigen Rechtsinstitut.³¹

Obgleich die frühen Urteile zur Treuepflicht, hauptsächlich zu Zeiten der Überstrapazierung des Treuegedankens im Rahmen nationalsozialistischer Ideologie,³² auch Kapitalgesellschaften erfassten,³³ wurde nach Ende des zweiten Weltkriegs der Treuepflichtgedanke restriktiv angewendet³⁴ und zunächst primär für das Recht der Personengesellschaften vertieft.³⁵ Dies folgte einerseits aus der Befreiung des Rechts von den ideologischen Verfälschungen des Nationalsozialismus sowie daraus, dass das Bedürfnis einer Treuepflicht, ähnlich dem römischen Recht, mit der engen persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter begründet wurde.³⁶

Diese Entwicklung beruhte nicht zuletzt auf den wegweisenden Schriften von *Alfred Hueck*. In seinen Ausführungen zur Treuepflicht in der OHG im Rahmen eines Festschriftbeitrages³⁷ von 1935 sowie dessen Vor-

31 *Weber*, Vormitgliedschaftliche Treubindungen, S. 36 f.

32 Vgl. RG, Urt. v. 7. Februar 1930 – Az.: II 247/29, RGZ 128, 1 ff.; vgl. RG, Urt. v. 22. Januar 1935 – Az.: II 198/34, RGZ 146, 385, 395 „Der Aktionär hat sich bei allen seinen Maßnahmen als Glied der Gemeinschaft zu fühlen, der er angehört, und ist gehalten, die Treuepflicht gegenüber dieser Gemeinschaft zur obersten Richtschnur seines Handelns zu machen.“, dabei wurde die Aktiengesellschaft als Treuhänderin der Volksgemeinschaft verstanden.

33 Allerdings wurde zwar eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft angenommen, nicht jedoch eine solche gegenüber Mitgesellschaftern. Zwar wurde eine solche in der *Victoria*-Entscheidung 1931, RG, Urt. v. 31. März 1931 – Az.: II 222/30 („*Victoria*“), RGZ 132, 149, 163, angedeutet, jedoch wurde dies mit Hinweis auf die kapitalistische, unpersönliche Struktur später wieder verneint, RG, Urt. v. 21. September 1938 – Az.: II 183/37, RGZ 158, 248, 254.

34 Vgl. BGH, Urt. v. 16. Februar 1976 – Az.: II ZR 61/74 („*Audi/NSU*“), WM 1976, 449 = BB 1976, 721 = JZ 1976, 561, wonach eine horizontale Treuepflicht abgelehnt wurde; anerkannt wurde lediglich eine Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft, vgl. BGH, Urt. v. 1. April 1953 – Az.: II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 163 = NJW 1953, 780 = BB 53, 332; BGH, Urt. v. 9. Juni 1954 – Az.: II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 38 = NJW 1954, 1401 = BB 1954, 611 = DB 1954, 595; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 229; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 27.

35 RG, Urt. v. 17. Januar 1940 – Az.: II 126/39, RG, Urt. v. 17. Januar 1940 – Az.: II 126/39, RGZ 162, 388, 394; 171, 51, 54; BGH, Urt. v. 27. Juni 1957 – Az.: II ZR 15/56, BGHZ 25, 47, 53 = NJW 1957, 1358 = WM 1957, 976 = BB 1957, 765; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 72 ff.

36 *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 10.

37 *Hueck*, in: FS Hübner, S. 72 ff.

trag vor der Bayerischen Akademie der Wissenschaften³⁸ von 1946 stellte dieser maßgeblich auf das Vertrauensmoment ab und schaffte so das Fundament für das Umdenken in der damaligen Spruchpraxis.³⁹ Aufgrund dieser vertrauensgetragenen Begründung lehnte Hueck eine Treuepflicht der Aktionäre noch ab, da zwischen diesen gerade keine unmittelbare Beziehung bestehe.⁴⁰

Dennoch wurde die Treuepflicht schon bald darauf (wieder) sukzessiv auf Kapitalgesellschaften erstreckt. Mit der *ITT*-Entscheidung⁴¹ im Jahr 1975 wurde die Treuepflicht zunächst auf GmbH-Gesellschafter erweitert. Dem folgten die *Linotype*-Entscheidung⁴² 1988, in der eine horizontale Treuepflicht unter Mitaktionären zum Schutz von Minderheitsaktionären grundsätzlich bejaht, sowie schließlich die *Girmes*-Entscheidung⁴³ 1995, in der zuletzt auch eine Treuepflicht auf Minderheits- und Kleinaktionäre erstreckt wurde. Mit den Entscheidungen ging eine Umorientierung von einer rechtsformorientierten zu einer rechtsformübergreifenden, an der Realstruktur der Gesellschaft orientierten Sichtweise einher.⁴⁴ Daneben stand nicht mehr länger nur die enge persönliche Verbundenheit der Gesellschafter für die Treuepflicht im Mittelpunkt, sondern die Pflicht zur

38 Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht.

39 Lieder, RTDF 2014, 33, 34, 37; Fleischer, DG 2017, 362, 363; Fleischer, WM 2003, 1045, 1046; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 103; Lutter, ZHR 1998, 164; Raiser, ZHR 1987, 422, 423; Cahn, FS Wiese, S. 72.

40 „Ebenso erscheint es mir nicht richtig, von einer Treuepflicht des Aktionärs zu sprechen, wie es in den letzten Jahren der Hypertrophie des Treuebegriffs vielfach, unter anderem auch in drei Reichsgerichtsentscheidungen, geschehen ist. Es wäre reine Illusion, eine Treuebindung der Aktionäre untereinander anzunehmen, da zwischen ihnen keine unmittelbaren Beziehungen zu bestehen brauchen, weder tatsächlicher noch rechtlicher Natur, ja sie sich oft gegenseitig gar nicht kennen. Aber auch eine Treuepflicht des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft ist zu verneinen.“ Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14; Lieder, RTDF 2014, 33, 34, 38.

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

42 BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325.

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

44 BGH, Urt. v. 9. Juni 1954 – Az.: II ZR 70/53, BGHZ 14, 25, 38; BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; Weber, Vormitgliedschaftliche Treubindungen, S. 44.

Rücksichtnahme gegenüber den Mitgesellschaftern als Gegengewicht zur Möglichkeit der Einflussnahme.⁴⁵

Diesen Gedanken der Einwirkungskontrolle hatte *Wolfgang Zöllner* in seiner von *Hueck* betreuten Habilitationsschrift⁴⁶ bereits 1963 vorge-dacht.⁴⁷ Die fiduziarischen Pflichten werden von *Zöllner* als ein Korrelat der weitreichenden Befugnisse und Einwirkungsmöglichkeiten eines Geschäftsleiters verstanden.⁴⁸ Damit legte *Zöllner* im Wesentlichen den Boden für die horizontale Treuepflicht und einen neuen Begründungsansatz der Treuepflicht als Ganzes.⁴⁹

Nunmehr gehört die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zum gesicherten Bestand des deutschen Gesellschaftsrechts⁵⁰ und zählt zu den größten Errungenschaften der Rechtswissenschaften und Rechtsprechung des modernen Gesellschaftsrechts.⁵¹

45 BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194, 195 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 16 ff.; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 32 f.

46 *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht.

47 *Lieder*, RTDF 2014, 33, 34; *Fleischer*, DG 2017, 362, 363.

48 *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1046.

49 Vgl. *Fleischer*, FS K. Schmidt, S. 394; *Fleischer*, WM 2003, 1045, 1046.

50 *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 1.

51 *Fleischer*, FS K. Schmidt, S. 393; *Seidel*, Funktion der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, S. 17.

Kapitel 2: Rechtsgrundlage

Mag in der Praxis aufgrund der allgemeinen Anerkennung der mitglied-schaftlichen Treuepflicht durch Literatur und ständige Rechtsprechung die Frage nach ihrer Rechtsgrundlage kaum eine Rolle spielen,⁵² so bedarf es für ein konsistentes Rechtsfolgenregime einer präzisen Rechtsgrundlage. Trotz schier uferloser Literatur herrscht in dieser Frage bis heute Uneinigkeit. Dabei krankt die Debatte an uneinheitlichen Termini und unterschiedlichen Herangehensweisen. Aufgrund der scheinbar fehlenden Relevanz hat sich in den letzten 20 Jahren hieran nichts geändert.⁵³ Daher scheint es unverzichtbar, vorweg eine systematische und stichhaltige Einordnung der Rechtsgrundlage vorzunehmen und das hiesige Verständnis der Treuepflicht und die für besonders sinnvoll befundene Herangehensweise zu erläutern.

Unterschieden werden soll im Folgenden zwischen der rechtsfunktionellen Begründung, dem Anknüpfungs- oder Entstehungsgrund sowie der positiv-rechtlichen Grundlage der Treuepflicht. Die Frage um die rechtsfunktionelle Begründung der Treuepflicht behandelt im Kern das „Warum“ der Treuepflicht. Insbesondere die Rechtsprechung begründete eine Treuepflicht lange Zeit mit rechtsfunktionellen Argumenten. Es handelt sich hierbei jedoch um Aspekte rechtsethischer und rechtspolitischer Art, die eine Treuepflicht notwendig machen bzw. auf ein Bedürfnis hinweisen – eine Rechtspflicht zu begründen vermögen diese aus sich heraus jedoch nicht.⁵⁴ Genau so wenig kann das Rechtsverhältnis zwischen den jeweiligen Rechtssubjekten allein rekuriert werden.⁵⁵ Zwar stellt das Bestehen eines Anknüpfungspunktes in Form einer solchen Sonderverbindung die

52 *Lieder*, DZWIR 2007, 292, 293; *Mimberg*, in: Marsch-Barnert/Schäfer Hdb börsennotierte AG, § 36 Rn. 36.3.1; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 13; *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 174; *Wellenhofer-Klein*, *RabelsZ* 2000, 564, 575; *Theiselmann*, *GmbH-StB* 2010, 43, 44; *Pöschke*, *ZGR* 2015, 550, 571.

53 So führt schon *Nehls* 1993 aus, dass in der Literatur Gesichtspunkte unterschiedlicher systematischer Einordnung nicht klar getrennt werden, *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 11.

54 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 14 f.; *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 6 f.

55 So aber *Fillmann*, Treuepflichten der Aktionäre, S. 88 ff.

Voraussetzung für eine grundsätzliche Treuepflicht dar,⁵⁶ bei dem Heranziehen der rechtsfunktionellen Begründung oder der Sonderrechtsbeziehung als Herleitung einer Treuepflicht handelt es sich jedoch, wie *Freese* treffend feststellt, letztlich lediglich um einen juristischen Taschenspielertrick.⁵⁷ Vielmehr bedarf es für eine dogmatische Herleitung einer positivrechtlichen Grundlage, auf welche sich das Institut der Treuepflicht bauen lässt.

A. Entstehungsgrundlage

Anknüpfungspunkt respektive Entstehungsgrundlage⁵⁸ findet die Treuepflicht nach heute überwiegender Auffassung im Mitgliedschaftsverhältnis.⁵⁹ Dem BGH zufolge ist die Treuepflicht „Ausfluss der mitgliedschaftlichen Beteiligung“.⁶⁰ Die Mitgliedschaft selbst, als Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters, entspringt dem Gesellschaftsvertrag (Satzung) bzw. dem Beitrittsvertrag und dem Gesetz.⁶¹ Der Gesellschaftsvertrag begründet dabei das sowohl zur Abgrenzung von den deliktsrecht-

56 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 15 f.; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 271 f.

57 *Freese*, Die positive Treuepflicht, S. 91.

58 In der Literatur findet sich auch an dieser Stelle eine uneinheitliche Terminologie. Häufig ist hier auch von „Grundlage“ der Treuepflicht die Rede, vgl. *Habermeyer*, in: Staudinger, § 705 Rn. 50; *Hadding/Kießling*, in: Soergel BGB, § 705 Rn. 58; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 229 oder „Grund“ *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 228; bzw. „Entstehungsgrund“ *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172. In Abgrenzung zur positiv-gesetzlichen Rechtsgrundlage erscheint die Verwendung der Bezeichnungen „Anknüpfungspunkt“ oder „Entstehungsgrundlage“ jedoch sinnvoller.

59 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 148 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 243; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 68; *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 f.; *Weipert*, in: MünchHdb GesR I, 2. Auflage, § 6 Rn. 34; *Hofmann*, Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht, S. 32; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 228; *Wiedemann*, WM 2009, 1, 4; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 36; *Henze*, BB 1996, 489, 492; jedenfalls in der Voraufgabe noch *Michalski/Funke*, in: Michalski GmbHG, 2. Auflage, § 13 Rn. 136; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 71; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 19; *Ziemons/Jaeger*, AG 1996, 358, 359; *Pöschke*, ZGR 2015, 550, 569.

60 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 148 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

61 *Altmeyppen*, in: Roth/Altmeyppen GmbHG, § 14 Rn. 13; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 185; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 14 Rn. 11; *Wert-*

lichen „Jedermannspflichten“ als auch zur Begründung gesteigerter Rücksichtspflichten⁶² notwendige Sonderrechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern zueinander und zur Gesellschaft⁶³ – der Gesellschaftsvertrag bzw. die Mitgliedschaft ist „Quelle mehrseitiger Sonderrechtsbeziehungen“.⁶⁴ Kann dies für Personengesellschaften aufgrund der Doppelnatur des Personengesellschaftsvertrages als Schuld- und Organisationsvertrag ohne weiteres angenommen werden, gestaltet sich dies für Kapitalgesellschaften nicht so einfach.⁶⁵

I. Sonderrechtsverhältnis der Gesellschafter bei Kapitalgesellschaften

Das Sonderrechtsverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft im Recht der Kapitalgesellschaften besteht aufgrund der Satzung, welche als Organisationsvertrag⁶⁶ der Gesellschaftsgründer „die rechtsgeschäftliche Basis für die Gesellschaft als Zurechnungsobjekt und zugleich für ihre Beziehung zu diesem Subjekt begründet“.⁶⁷

Durch diese eigene Rechtssubjektivität und die damit einhergehende Unabhängigkeit vom Bestand ihrer Mitglieder fällt die Annahme eines Sonderrechtsverhältnisses zwischen den Mitgliedern jedoch – obgleich

bruch, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 227; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 109 Rn. 27.

62 *Fillmann*, Treupflichten der Aktionäre, S. 70.

63 *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 32; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 242.

64 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 553; *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 f. m. w. N.; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 105 Rn. 170, 189; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 20 f.; *Hofmann*, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 32.

65 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 831; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 65 f.; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 552 f.; *Nodoushani*, Die Treupflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 34.

66 Zur Frage, ob die Satzung mit Inkrafttreten ihren Charakter des Organisationsvertrages verliert ausführlich *Hadding*, in: Soergel BGB, § 25 Rn. 11 ff.

67 *Hüffer*, FS Steindorff, S. 66; die Annahme dieses Sonderrechtsverhältnis kann wohl als unstreitig gelten, vgl. *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 242.

heute anerkannt⁶⁸ – schwerer.⁶⁹ Dies wird insbesondere deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass ein Austausch sämtlicher Mitglieder möglich wäre, ohne dass diese jemals Berührungspunkte gehabt hätten.⁷⁰ Die Mitgliedschaft wird durch den Erwerb eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft, nicht jedoch durch Vertrag mit den Mitgesellschaftern begründet, wodurch auch nur ein Rechtsverhältnis zu dieser entstehen kann.⁷¹ Daher wurde im frühen Schrifttum jedenfalls bezüglich der Aktiengesellschaft ein Sonderrechtsverhältnis der Aktionäre untereinander stets abgelehnt.⁷² Ebendies war unter anderem Ursache für die erst spät erfolgte Erstreckung der Treuepflicht auf die Aktiengesellschaft.⁷³

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, mag es noch so lose und anonym sein, über ein rein zufälliges Nebeneinander verschiedener Individuen hinausgeht.⁷⁴ Um eine Sonderverbindung daher dennoch zu begründen, wurden verschiede-

68 Vgl. nur BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 126 f.; Dreher, ZHR 1993, 150, 153; Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 67 ff.; Hennrichs, AcP 195 (1995), 222, 242 ff.; Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 21; Englisch, in: Hölters AktG, § 243 Rn. 36; Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 15; Reichert/Weller, in: MünchKomm GmbHG, § 14 Rn. 47; Weller/Discher, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 13 Rn. 7; Lutter, JZ 1976, 225; Schwab, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; Wiedemann, JZ 1976, 392; Raiser, ZHR 1987, 422, 435; Hommelhoff/Freytag, DStR 1996, 1367, 1372; a. A. noch BGH, Urt. v. 27. Oktober 1955 – Az.: II ZR 310/53, BGHZ 18, 350, 365 = NJW 1955, 1919 = WM 1955, 1547 = BB 1955, 1038; als überflüssig erachtend Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 15.

69 Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 35; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 167; Dreher, ZHR 1993, 150, 151.

70 Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 35.

71 Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 174; Reichert/Weller, in: MünchKomm GmbHG, § 14 Rn. 46.

72 Vgl. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 14 ff.; Flume, Die juristische Person, S. 268 ff.; Flume, ZIP 1996, 161, 164; Hueck, in: Baumbach/Hueck AktG, § 1 Rn. 3; Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14 f.; Bungereth, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG, Vor § 53a Rn. 22 ff.; Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, S. 51 f.

73 Vgl. Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften, S. 112.

74 OLG Hamm, Urt. v. 19. Juli 2018 – Az.: 27 U 14/17, NZG 2018, 1145, 1146 = ZIP 2019, 1620 (m. Anm.) = GmbHR 2018, 1276; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 21.

ne Lösungen, wie etwa das Bestehen einer schuldrechtlichen Nebenabrede neben dem Gesellschaftsvertrag, vorgeschlagen.⁷⁵

Bestehen konnte dieser Ansatz allerdings zu Recht nicht. Obgleich eine Nebenabrede grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, kann eine solche bei Nichtvorliegen nicht einfach fingiert werden.⁷⁶

Ein weiterer Ansatz zieht eine Parallele zum Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Demnach soll der Mitgesellschafter in den Schutzbereich des Hauptverhältnisses des Gesellschafters zur Gesellschaft miteinbezogen und so eine Sonderverbindung begründet werden.⁷⁷ Wird man eine Vertragsnähe des Mitaktionärs noch bejahen können, stößt der Lösungsansatz bei der weiteren Voraussetzung – der Gläubignähe – an seine Grenzen. So müsste der Gläubiger, hier die Gesellschaft, ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Vertrag haben. Angeführt wird hierbei, dass ein Interesse der Gesellschaft insofern besteht, als dass trotz der weitgehenden Verselbstständigung der Kapitalgesellschaften, diese letztlich ein Zusammenschluss von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes sei und ein solches nur unter Gewährleistung eines Minimums an Rücksichtnahme der Gesellschafter möglich wäre.⁷⁸ Da allerdings eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Hauptverhältnisses keine weitergehenden Ansprüche als solche aus der Verletzung desselben begründen kann und die Interessen der Gesellschaft und Gesellschafter sich häufig diametral gegenüberstehen können,⁷⁹ kann auch dieser Ansatz nicht überzeugen.

Heute wohl herrschende Meinung dürfte letztlich der Ansatz sein, der für die Begründung einer Sonderverbindung die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit in den Rechtskreis des Mitgesellschafters heranzieht.⁸⁰ So sol-

75 Hoffmann, GmbHR 1963, 61, 63; einen völlig anderen Weg geht indes der deliktsrechtliche Ansatz von Mertens, der eine Rückführung sonderprivatrechtlicher Haftungsbestände ins Deliktsrecht fordert, vgl. Mertens, AcP 178 (1978), 227, 243 f., 249, 253; zum Ganzen ausführlich und mit kritischer Würdigung Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 43 ff.

76 Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 170 f.; Weber, Vormitgliedschaftliche Treubindungen, S. 116 ff.; Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 46 ff.

77 Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 62 ff.

78 Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 63.

79 So etwa im Fall einer Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss, vgl. hierzu ausführlich Nodoushani, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 105 f.

80 BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194, 195 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; Hennrichs, AcP

len die Gesellschafter über die Befugnis bzw. Möglichkeit, Entscheidungen im Hinblick auf innergesellschaftliche Angelegenheiten mit Wirkung auch für Mitgesellschafter zu treffen, verfügen. Dies könne die Annahme einer über ein deliktsrechtliches Rechtsverhältnis hinausgehende Sonderverbindung rechtfertigen.⁸¹ Eine rein faktische Einwirkungsmöglichkeit könne hingegen als Begründung einer Sonderverbindung aber nur schwer überzeugen – hätte dies doch schier unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung zur Folge.⁸²

II. Stellungnahme

Als „Mindesttatbestand“ einer Sonderverbindung muss ein gewisses „Miteinander“, also eine Überschneidung der beteiligten Rechtskreise, vorliegen.⁸³ In Abgrenzung zum rein „sozialen Kontakt“ bzw. deliktsrechtlichen Nebeneinander muss daher eine willentliche, gegenseitige und qualifizierte Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit gegeben sein. Voraussetzung für eine qualifizierte Eröffnung ist dabei das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Moments, zumindest jedoch eines gemeinsam verfolgten Ziels.⁸⁴ Während bei der Beteiligung an der Gesellschaftsgründung ein rechtsgeschäftliches Moment im Gründungsvertrag zwischen den Gesellschaftern

195 (1995), 222, 238 ff.; *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 68 ff.; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 102 ff.; *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 ff.; *Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 36; *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 36 ff.; *Fillmann*, Treuepflichten der Aktionäre, S. 89 ff.; wohl auch *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 126 f.; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 274; *Kern*, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 85.

81 So z.B. *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 238 f.

82 *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 38; *Picker*, AcP (1983), 369, 413.

83 *Frost*, Schutzpflichten, S. 56.

84 *Frost*, Schutzpflichten, S. 57 ff.; gleiches zeigt auch ein Vergleich zur *culpa in contrahendo*, bei der gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB neben der Einwirkungsmöglichkeit eine Vertragsanbahnung gefordert ist; für eine Sonderverbindung i. R. d. § 242 BGB wird von der wohl h. M. ein „qualifizierter sozialer Kontakt“, so *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 89; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 10; oder gar „irgendwelche Rechtsbeziehungen“ als ausreichend angesehen, so *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 14.

gesehen werden kann,⁸⁵ stellt sich diese Frage besonders im Falle der nachträglichen Anteilsübertragung.

Ein rechtsgeschäftliches Moment setzt allerdings keine unmittelbare rechtsgeschäftliche Kontaktaufnahme voraus.⁸⁶ Ein mittelbarer Kontakt liegt aber insofern vor, als dass mit Erwerb der Mitgliedschaft konkludent in die diese tragende Satzung eingewilligt und somit den Mitaktionären durch Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft die Einwirkungsmöglichkeit eröffnet wird.⁸⁷ Durch die Einwilligung in die Satzung verleiht der Gesellschafter den Mitgesellschaftern die Möglichkeit, in seinen Rechtskreis einzuwirken, und erhält gleichzeitig dieselbe Möglichkeit der Einwirkung in den Rechtskreis der Mitgesellschafter.

Hinzu kommt die gemeinsame Stoß- bzw. Zielrichtung in Form der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks, der Förderung der Gesellschaft. Mit Eintritt in die Mitgliedschaft verpflichten sich die Gesellschafter, die Zwecke der Gesellschaft zu fördern. Durch dieses Element der gemeinsamen Förderung und der Einräumung von Rechtsmacht durch die Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit stehen die Rechtskreise der Gesellschafter nicht mehr länger neutral und unverbunden nebeneinander, sondern überschneiden sich.⁸⁸

Dass ein Rechtsverhältnis keiner expliziten schuldvertraglichen Grundlage bedarf, um als Sonderverbindung auf Grundlage einer erhöhten Einwirkungsmöglichkeit qualifiziert zu werden, zeigt darüber hinaus das Institut der *culpa in contrahendo*, welches dem BGH zufolge seinen Geltungsgrund darin sieht, dass sich die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlung „in den Einzugsbereich des anderen Teiles begeben [haben] und damit redlicherweise auf eine gesteigerte Sorgfalt [...] vertrauen [können]“.⁸⁹ Daher wurde zur Begründung einer Sonderverbindung immer

85 *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 107.

86 Vgl. *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70; dies muss umso mehr gelten, wenn heute schon „irgendwelche Rechtsbeziehungen“ oder ein „qualifizierter sozialer Kontakt“ als ausreichend angesehen werden (vgl. Fn. 84).

87 *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 108; ablehnend *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 61 f.

88 So im Ergebnis *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 174 f.; *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 38.

89 BGH, Urt. v. 28. Januar 1976 – Az.: VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51, 54 = NJW 1976, 712 = WM 1976, 427 = BB 1976, 482; vgl. *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 126 f.; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70.

wieder auf das Institut der *culpa in contrahendo* zurückgegriffen⁹⁰ und teilweise die Treuepflicht gar als Fall der *culpa in contrahendo* gesehen.⁹¹ Problematisch bei dieser Parallelziehung ist allerdings, dass der Grundgedanke der *culpa in contrahendo* der des Vertrauens ist.⁹² Ein solches Vertrauen zwischen – im Extremfall – zwei sich unbekannten Gesellschaftern einer Publikumsgesellschaft anzunehmen erscheint angesichts der Anonymität höchst fragwürdig.⁹³ Ein solches Vertrauen kommt, insbesondere bei personalistisch ausgestalteten Gesellschaften, allerdings insofern in Betracht, als dass die eben beschriebene Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit unter dem Vertrauen erfolgt, dass die Mitgesellschafter verantwortungsvoll mit ihren diesbezüglichen Machtbefugnissen umgehen werden und die versprochene Förderung ebenfalls bezweckt und nicht durch schädigendes Verhalten konterkariert wird.⁹⁴ Fraglich ist allerdings, ob dieses als „besonderes“ Vertrauen gewertet, schlechthin für eine Sonderverbindung ausreichen kann.⁹⁵ Dies alles kann jedoch insofern dahinstehen, als dass eine Sonderverbindung kraft Mitgliedschaft besteht und gerade nicht ihren Entstehungsgrund in der *culpa in contrahendo* findet.⁹⁶ Obgleich ein solches Vertrauen zwar regelmäßig gegeben sein wird, steht dies hinter den zuvor genannten Entstehungsgründen der Sonderverbindung und ist daher – wenn überhaupt – nur mittelbar von Relevanz.

B. Rechtsfunktionelle Begründung und Ziel der Treuepflicht

Lange Zeit stand demnach die persönliche Verbundenheit der Gesellschafter bzw. ebendieses der Verbundenheit zugrunde liegende Vertrauensverhältnis als dogmatisches Fundament der Treuepflicht und alleiniger Be-

90 Lutter, AcP 180 (1980), 84, 127; Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 36.

91 Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70 f.

92 Emmerich, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 40 f.; jedenfalls noch in der Voraufgabe Kindl, in: Erman BGB, 14. Aufl., § 311 Rn. 15.

93 Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 182 ff.; Beckerhoff, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 36 ff.

94 Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 341 f.; vgl. auch Zwissler, Treuegebot, S. 30.

95 Deshalb ablehnend Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 183; Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 341 f. hingegen verneint ein persönliches Vertrauen, geht aber von einer Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit unter der Prämisse des „Vertrauen[s] auf ein entsprechendes sachliches Wohlverhalten“ aus.

96 Voigt, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 174.

gründungsansatz im Raum.⁹⁷ Mit Blick auf größere oder gar Publikums- gesellschaften sowie dem Bedürfnis einer Treuepflicht auch für Kapitalge- gesellschaften konnte ein Vertrauensverhältnis als Begründung allein nicht lange überzeugen. Ein Vertrauensverhältnis ist in anonymen Publikumsge- gesellschaften – wenn überhaupt – nur abstrakt vorstellbar.⁹⁸ Zunehmend abgelöst oder jedenfalls überlagert wurde dieser Ansatz von dem Gedan- ken der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung.⁹⁹ Durch die Einwirkungsmöglichkeit der Gesellschafter auf die Gesellschaft bzw. die Interessen und Rechtspositionen der Mitgesellschafter bedürfte es eines regulativen Ausgleichs.¹⁰⁰ Sowohl der Gedanke des Vertrauensverhältnis- ses als auch der Gedanke der Korrelation von Rechtsmacht und Verant- wortung stellen letztlich beide Antworten auf die Frage dar, weshalb es einer Treuepflicht bedarf.¹⁰¹ Beide Ansätze vermögen gemeinsam mit der Förderpflicht das der Mitgliedschaft zugrunde liegende Sonderverhältnis zu begründen. Als dogmatische Grundlage für das gesamte Institut der Treuepflicht können sie mangels positiv-rechtlicher Manifestation jedoch nicht überzeugen. Stattdessen kommen sie vielmehr als rechtsfunktionelle Begründungen einer Treuepflicht in Betracht.

Die entscheidende Problematik hinter dem Bedürfnis nach einer Treue- pflicht liegt zunächst darin, dass der Gesellschaftsvertrag bzw. das mit- gliedschaftliche Rechtsverhältnis es nicht vermögen, alle Eventualitäten vorneweg zu regeln, anders gesagt „nach vorne offen“¹⁰² sind und es

97 Hueck, in: FS Hübner, S. 72 f.; Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privat- recht, S. 18 f.; Ulmer, in: Staub HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 31a; wohl auch Fischer, NJW 1954, 777; vgl. Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 6 ff; zumindest auf das Gemeinschaftsverhältnis abstellend Kort, ZIP 1990, 294, 295.

98 Merkt, FS Bergmann, S. 520; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 8; „anonymer Zuschnitt der AG [ist] nur schwer mit persönlicher Rück- sichtnahme auf Mitgesellschafter in Einklang zu bringen“ Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 14.

99 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 588; Nehls, Treue- pflicht im Aktienrecht, S. 17; Nodoushani, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 32 f.; Lutter, ZHR 1989, 446, 455; zumindest für den Mehrheitsgesellschafter Wiedemann, JZ 1989, 443, 448; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 8.

100 Hüffer, FS Steindorff, S. 74; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 14.

101 So wohl auch Wellenhofer-Klein, RabelsZ 2000, 564, 573.

102 Lutter, AcP 180 (1980), 84, 92.

folglich einer Lückenfüllungsregel bedarf.¹⁰³ Der Funktion als Lückenfüllungsregelung bedarf es insbesondere im Hinblick darauf, dass die individuellen Interessen der Gesellschafter einander bzw. dem Interesse der Gesellschaft selbst häufig entgegenlaufen. Problematisch ist dies insbesondere in Bezug auf die aus der Mitgliedschaft resultierende bzw. die Sonderverbindung begründende Rechtsmacht einerseits und die Förderung der Gesellschaft andererseits. Um ebendiese Förderung trotz der etwaig einander widerlaufenden Interessen sicherzustellen, besteht ein Bedürfnis nach einer Treuepflicht in der Ausprägung einer Förderpflicht. Gleichermaßen besteht mit der Einräumung von Rechtsmacht stets die Gefahr, dass damit lediglich eigene Interessen durchgesetzt werden, Interessen der Gesellschaft und Mitgesellschafter übergangen oder Rechtsmacht gar missbräuchlich eingesetzt wird. Letztgenannte Problematik ist keine originär gesellschaftsrechtliche. Vielmehr stellt die Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung ein allgemeines Rechtsprinzip dar.¹⁰⁴ Insbesondere mit Blick auf das Gesellschafterverhältnis und den notwendigen Interessenausgleich ist daher ein Bedürfnis nach einer Ausprägung der Treuepflicht in Form einer Rücksichtnahmepflicht unabdingbar. Aufgrund der zwangsweisen Unvollständigkeit des Gesellschaftsvertrages sind Minderheitsgesellschafter der Gefahr ausgesetzt, dass die Gesellschaftermehrheit sie früher oder später auf die eine oder andere Weise benachteiligen, und umgekehrt die Mehrheitsgesellschafter darauf angewiesen, dass sich Minderheitsgesellschafter möglicherweise notwendigen Anpassungen des Gesellschaftsvertrages nicht entgegenstellen.¹⁰⁵

Soweit daneben auch auf das Vertrauen als rechtsfunktionelle Begründung abgestellt wird,¹⁰⁶ gilt das für die Entstehungsgrundlage Gesagte entsprechend. Es besteht grundsätzlich ein zu schützendes Vertrauensverhältnis, wobei selbstredend die Bedeutung des Vertrauensverhältnisses mit abnehmender personalistischer Ausgestaltung einer Gesellschaft schwin-

103 *Verse*, in: Henssler/Strohn GesR, § 14 Rn. 73; *Cahn*, FS Wiese, S. 76; *Burkhard*, Die Konzerneingangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft, S. 53; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 198 f.; *Hofmann*, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 27; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 34; *Bachmann/Eidenmüller/Engert u. a.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 49; *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 4 f.; *Lettl*, AcP 202 (2002), 3, 4.

104 *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 239.

105 *Bachmann/Eidenmüller/Engert u. a.*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 49.

106 Insofern spricht *Hüffer*, FS Steindorff, S. 75 auch von einem „Doppelzweck“ der Treuepflicht; *Nonn*, Zustimmungspflichten des Kapitalgesellschafters, S. 25.

det, obgleich auch nicht gänzlich verschwindet. Zutreffend ist, dass ein Vertrauensverhältnis bei Publikumsgesellschaften nur abstrakt denkbar ist, jedoch führt auch schon der „Austausch abstrakt-typisierten Vertrauens“ zur freiwilligen Exposition eigener Rechtsgüter und Interessen in der Gesellschaft.¹⁰⁷ Hinter der Einräumung von Einwirkungsmacht und der Bindung bzw. Verpflichtung zu einem Dauerschuldverhältnis steht letztlich immer auch ein Vertrauensmoment, dass der andere sich nicht rücksichtslos verhält und sich (ebenfalls) nicht gesellschaftsschädigend verhalten wird, bildlich gesprochen „die Marschrichtung“ grundsätzlich dieselbe ist. Vielmehr besteht ein Vertrauensmoment, dass der Mitgesellschafter ebenfalls Interesse am Florieren der Gesellschaft hat und dieses bezweckt. Das Vertrauen erstreckt sich im Extremfall wenigstens auf den gem. § 705 BGB im Gesellschaftsvertrag versprochenen Beitrag, kann aber abhängig von verschiedenen Faktoren, wie der Gesellschaftsform, Realstruktur, Art und Umfang der Beteiligung deutlich darüber hinausgehen. Dabei wird deutlich, dass das zu schützende Vertrauensverhältnis letztlich hinter den anderen beiden Begründungsansätzen steht und in diesen aufgeht. Ein Vertrauen, welches sich weder auf die Förderung der Gesellschaft noch in einer erhöhten Einwirkungsmöglichkeit niederschlägt bzw. in keinem Zusammenhang hiermit steht, ist jedoch von der Treuepflicht nicht mehr gedeckt. Hier kann gegebenenfalls auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden.

Das übergeordnete Ziel der Treuepflicht ist der Interessenausgleich, der sich insbesondere in der Entstehungsgrundlage manifestiert und Bedeutung erlangt. Dem Interessenausgleich kommt die Aufgabe zu, das Spannungsverhältnis zwischen den privatautonomen, individuellen Interessen der Gesellschafter untereinander und zuvorderst dem gemeinsamen Gesellschaftszweck aufzulösen.¹⁰⁸ Mit den Worten von *Fleischer* ist die Treuepflicht „ein solches fokales oder richtungsgebendes Prinzip, aus dem sich die Entscheidungsregeln zur Bewältigung noch unbekannter Konfliktlagen ableiten lassen“.¹⁰⁹ Eingewendet werden könnte an dieser Stelle, dass ebendiese Funktion mittels Auslegung des Gesellschaftsvertrages bzw. ergänzender Auslegung zu lösen sei. So ist der Gesellschaftsvertrag immerhin nach den Grundsätzen der allgemeinen Vertragsauslegung gem.

107 *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 234.

108 *Flume*, Personengesellschaften, 257 ff.; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 102; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 88.

109 *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 5.

§§ 133, 157 BGB zu interpretieren.¹¹⁰ Im Falle einer Regelungslücke im Gesellschaftsvertrag ist diese durch Ermittlung des hypothetischen Gesellschafterswillens im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen.¹¹¹ Die Treuepflicht beginnt jedoch dort, wo die (ergänzende) Vertragsauslegung aufhört. Mithilfe der Treuepflicht findet ein Interessenausgleich statt, der mit dem Instrumentarium der Vertragsauslegung nicht mehr zu lösen ist. Sogar bei der Vertragsauslegung selbst kommt die Treuepflicht zum Einsatz,¹¹² wobei noch zu zeigen sein wird, dass auch die Auslegung des Gesellschaftsvertrags über den konkreten Umfang der Treuepflicht entscheidet.

Zusammengefasst ergibt sich die rechtsfunktionelle Begründung der Treuepflicht zunächst aus dem übergeordneten Ziel des Interessenausgleichs aufgrund der zwangsweisen „Offenheit“ des Gesellschaftsverhältnisses und der daraus folgenden Sicherstellung der Förderung der Gesellschaft und dem Korrelationsgedanken von Rechtsmacht und Verantwortung.¹¹³

110 Zu beachten gilt es jedoch, dass nach h. M. der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft subjektiv, der Gesellschaftsvertrag der Kapitalgesellschaften bzw. Gesellschaften, welche auf wechselnden Mitgliederbestand angelegt sind (Publikumsgesellschaften), jedoch objektiv auszulegen ist, vgl. *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 70.

111 *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 72; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 178; *Wertenbruch*, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 103; zur ergänzenden Vertragsauslegung ausführlich *Busche*, in: MünchKomm BGB, § 157 Rn. 26 ff.; hierbei besteht auch ein Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung vor dem Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht, BGH, Urt. v. 20. September 1993 – Az.: II ZR 104/92, BGHZ 123, 281 = NJW 1993, 2193, 2194 = ZGR 1995, 134 = WM 1993, 2008; BGH, Urt. v. 21. Oktober 1985 – Az.: II ZR 57/85, NJW-RR 1986, 256 = ZIP 1986, 91 (m. Anm.) = BB 1986, 421; BGH, Urt. v. 23. November 1978 – Az.: II ZR 20/78, NJW 1979, 1705, 1706 = BB 1979, 287 = GmbHR 1979, 138.

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

113 Vgl. auch ausführlich *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 232 ff., der allerdings das Vertrauensverhältnis und den Korrelationsgedanken als rechtsfunktionelle Begründung versteht; im Ergebnis wohl auch *Cahn*, FS Wiese, S. 79; ähnlich auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 588, der als dritte rechtsfunktionelle Begründung das mitgliedschaftliche Gemeinschaftsverhältnis heranzieht.

Teilweise wird die positiv-rechtliche Grundlage der Treuepflicht aus der aus § 705 BGB folgenden verbandsübergreifenden Förderpflicht hergeleitet.¹¹⁵ Nach anderer Auffassung wird die mitgliedschaftliche Treuepflicht auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB zurückgeführt.¹¹⁶ Manche Stimmen wiederum verstehen die Treuepflicht als eine auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhende Generalklausel, deren Grundlage in verschiedenen Einzelnormen zu finden sei.¹¹⁷

- 114 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 553; *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 f. m. w. N.; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 105 Rn. 170, 189; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 20 f.; *Hofmann*, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 32.
- 115 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.; *Maul*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon GmbHG, § 13 Rn. 36; *Timm*, WM 1991, 481, 482; auf den Gesellschaftsvertrag abstellend *Lettl*, AcP 202 (2002), 3, 13 ff.; *Roth*, in: Baumbach/Hopt HGB, § 109 Rn. 23; *Drygala*, in: KK-AktG, § 53a Rn. 82; *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 173; wohl auch *Ziemons/Jaeger*, AG 1996, 358, 359.
- 116 BGH, Urt. v. 27. Juni 1988 – Az.: II ZR 143/87, NJW 1989, 166, 167 = ZIP 1988, 1117 (m. Anm.) = GmbHR 1988, 386; OLG München, Urt. v. 28. Juni 2008 – Az.: 7 U 3004/08, NZG 2009, 25, 26 = DStR 2008, 2500; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 101; *Neumann*, ZIP 2016, 1753, 1755; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 587 f.; *Westermann*, in: Erman BGB, § 705 Rn. 49; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden GmbHG, § 13 Rn. 31; *Haas*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 109 Rn. 12; *Burgard*, ZIP 2002, 827, 834 f.; für Mitglieder untereinander wohl auch *Schwaab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; *Wellenhofer-Klein*, RabelsZ 2000, 564, 575; *Pöschke*, ZGR 2015, 550, 570 f.; *Rieder*, ZGR 2009, 981, 986; als Unterfall der allgemeinen Rücksichtnahme und Loyalitätspflicht nach § 242 BGB *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 228 ff.; *Schmiedel*, ZHR 1970, 173, 182 nach welchem die Treuepflicht neben § 242 BGB jedoch sogar überflüssig sein soll; *Häsemeyer*, ZHR 1996, 109, 113, der aber eine Ableitung aus § 705 BGB für „ebensogut“ hält.
- 117 *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 19; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 95; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 22; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 15; *Rieckers*, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 19; *Schäfer*, in: Staub HGB, § 105 Rn. 228; *Mimberg*, Marsch-Barner/Schäfer Hdb börsennotierte AG, § 36 Rn. 36.2.8; *Michalski/Funke*, in: Michalski

I. Einordnung als Leistungs- oder Nebenpflicht, § 241 BGB

Bevor eine positiv-rechtliche Grundlage gefunden werden kann, erscheint es dienlich, zunächst die Frage zu klären, wie die Treuepflicht in die bestehende Systematik des BGB einzuordnen ist, um was für eine Pflicht es sich mithin handelt. Das BGB unterscheidet in § 241 BGB zwischen sog. Leistungspflichten, § 241 Abs. 1 BGB, und sog. Neben-, Rücksichtnahme- bzw. Schutzpflichten, § 241 Abs. 2 BGB.¹¹⁸ Von entscheidender Bedeutung ist die Unterscheidung nach Leistungs- und Schutzpflichten insbesondere hinsichtlich der Rechtsfolgenseite und der Möglichkeit der klageweise Geltendmachung.¹¹⁹ Dennoch vermag die Klagbarkeit kein taugliches Unterscheidungsmerkmal darzustellen, da auch Nebenpflichten teilweise einklagbar sind.¹²⁰ Eine Abgrenzung fällt daher regelmäßig schwer. Nicht zuletzt auch aus dem Grund, dass Vertragsparteien auch Schutzpflichten als Leistungspflichten vereinbaren und Schuldverhältnisse sogar vollständig auf den Schutz des Integritätsinteresses ausgerichtet sein können.¹²¹

Grundsätzlich beruhen die Schutz- bzw. Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB darauf, dass die Beteiligten sich innerhalb einer Sonderverbindung 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.¹²² Geschützt werden soll also das Integritätsinteresse.¹²³

Die Leistungspflichten hingegen bezwecken den Schutz des Leistungsinteresses.¹²⁴ Die Leistungspflichten nach Abs. 1 unterteilen sich wiederum

GmbHG, 2. Auflage, § 13 Rn. 140; *Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 53; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 68 ff., 72 f.; *Heidrich/Steinicke*, SanB 2020, 44, 46; *Kern*, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 105 ff.

118 Vgl. nur *Toussaint*, in: jurisPK-BGB, § 241 Rn. 35 ff.; zur Uneinheitlichkeit der Terminologie *Olzen*, in: Staudinger, § 241 Rn. 144 ff.

119 *Olzen*, in: Staudinger, § 241 Rn. 157.

120 *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 62; *Olzen*, in: Staudinger, § 241 Rn. 158 f.

121 *Martens*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 23; *Toussaint*, in: jurisPK-BGB, § 241 Rn. 39; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 241 Rn. 4.

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

123 *Olzen*, in: Staudinger, § 241 Rn. 162; *Martens*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 14; *Toussaint*, in: jurisPK-BGB, § 241 Rn. 39; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 241 Rn. 4; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 Rn. 42.

124 *Olzen*, in: Staudinger, § 241 Rn. 162; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 Rn. 42.

in Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten.¹²⁵ Hauptleistungspflichten sind jene Pflichten, die einem Schuldverhältnis das charakteristische Gepräge geben und bei vertraglichen Verbindlichkeiten von den Parteien als *essentialia negotii* im Vertrag selbst festzulegen sind oder aufgrund eines Gesetzes entstehen.¹²⁶ Nebenleistungspflichten sollen der Vorbereitung, Unterstützung, Sicherung und vollständigen Erfüllung der Hauptleistung dienen.¹²⁷ Die praktische Bedeutung der Unterscheidung ist dabei jedoch gering.¹²⁸

Von Teilen der Literatur wird die Treuepflicht als Nebenpflicht verstanden.¹²⁹ So würde die Treuepflicht neben die Hauptleistungspflicht treten und die im Gesellschaftsvertrag übernommene Förderpflicht des Gesellschafters flankierend sichern.¹³⁰ Da es sich nicht um Leistungspflichten gem. § 241 Abs. 1 BGB handele, seien die Treuepflichten mangels dritter Pflichtenkategorie im deutschen Recht den Rücksichtspflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB zuzuordnen.¹³¹

Die wohl h. M. hingegen geht davon aus, dass es sich bei der Treuepflicht um eine Hauptpflicht handelt.¹³² Dieser Auffassung ist auch zuzustimmen. Zuzugestehen ist, dass die Ausprägung der Treuepflicht in Form der Rücksichtnahmepflicht für die Einordnung als Nebenpflicht spricht. Dem entgegen steht jedoch, dass die Treuepflicht darüber hinaus maßgeblich auch auf die Förderung der Gesellschaft abzielt. Geschützt ist folglich nicht nur das Integritätsinteresse. Einer solchen Einordnung steht nicht im Wege, dass sich die Treuepflicht in der Praxis häufig nicht

125 *Olzen*, in: Staudinger, § 241 Rn. 144; *Martens*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 9 ff.; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 9 f.; *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 29 ff.

126 Vgl. nur *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 29; *Olzen*, in: Staudinger, § 241 Rn. 146.

127 *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 9; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 Rn. 14.

128 *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 30.

129 *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.

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

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

132 *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 174; *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 706 Rn. 69; *Lobr*, 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.

ausdrücklich im Vertrag wiederfinden wird. Einer solchen vertraglichen Fixierung bedarf es schon nicht. So ist die Treuepflicht auch ohne eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag jedem Gesellschaftsverhältnis immanent.¹³³ Aufgrund der überragenden Bedeutung der Treuepflicht für das Gesellschaftsverhältnis geht die Treuepflicht als typische Pflicht über den Rang einer Nebenpflicht hinaus und prägt das Rechtsverhältnis.¹³⁴ Die Treuepflicht ist daher, obgleich ihr teilweise der Charakter einer Nebenpflicht zukommen mag, als Leistungspflicht einzuordnen. Selbst für den Fall, dass man die unter die Treuepflicht fallenden Einzelpflichten als Nebenpflichten kategorisieren möchte, ist die Treuepflicht als eine jedem Gesellschaftsvertrag immanente Regelung durch die Gesellschafter zur Leistungspflicht erhoben. Ob es sich im Rahmen der Leistungspflichten nach § 241 Abs. 1 BGB letztlich um eine Hauptleistungs- oder Nebenleistungspflicht handelt, bedarf mangels Auswirkung keiner grundsätzlichen Klärung.

II. § 705 BGB

Die gesellschaftsrechtliche Förderpflicht ist gem. § 705 BGB konstitutives Merkmal einer Gesellschaft und damit Voraussetzung für ihr Bestehen.¹³⁵ Bei näherer Betrachtung der Literatur im Hinblick auf die Förderpflicht im Verhältnis zur Treuepflicht wird ein höchst uneinheitlicher und diffuser Umgang mit derselben augenfällig. Teilweise wird die Förderpflicht als dogmatische Grundlage für die Treuepflicht gewählt,¹³⁶ teilweise wird beides gleichgesetzt¹³⁷ oder die Treuepflicht als Teil der Förderpflicht gesehen.¹³⁸

§ 705 BGB stellt nach überwiegender Ansicht eine Grundnorm des Gesellschaftsrechts dar, deren Rechtsgedanke rechtsformübergreifend An-

133 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.

134 Schubert, in: MünchKommBGB, § 242 Rn. 174.

135 Statt aller *Habermeier*, in: Staudinger, § 705 Rn. 19.

136 *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41; *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 173.

137 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 104; vgl. *Flume*, Personengesellschaften, S. 261.

138 So wohl *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 4.

wendung findet.¹³⁹ Hiernach ist der Gesellschafter zunächst verpflichtet, die vereinbarten oder normierten Beiträge zu leisten. Daneben soll § 705 BGB zusätzlich ein allgemeines Fördergebot, aus dem sich eine Vielzahl an ungeschriebenen Förderpflichten ergeben, umfassen.¹⁴⁰

Stellt nun aber die Förderpflicht einen rechtsformübergreifenden Rechtsgedanken dar, der gleichzeitig diverse ungeschriebene Pflichten umfasst, stellt sich die Frage, ob es einer Treuepflicht überhaupt bedarf bzw. ob diese nicht doch mit der Förderpflicht gleichzusetzen ist.¹⁴¹ Nach einer weitverbreiteten Definition der Treuepflicht ist jeder Gesellschafter verpflichtet, den gemeinsamen Zweck zu fördern und damit die Belange der Gesellschaft zu wahren und diese nicht durch rücksichtslose Verfolgung eigener Interessen zu schädigen.¹⁴² So genommen scheint es unausweichlich, der Kritik von *Flume* zuzustimmen, der hierin lediglich eine Paraphrase des § 705 BGB sieht.¹⁴³ Eine Gleichsetzung der Treuepflicht mit der Förderpflicht aus § 705 BGB geht jedoch aus mehreren Gründen fehl. Während die Treuepflicht erst durch die Mitgliedschaft entstehen kann bzw. in dieser wurzelt,¹⁴⁴ ist die Übernahme der Pflicht zur Förderung des gemeinsamen Zwecks *essentiale societatis*, also konstitutiv für die Annahme eines Gesellschaftsvertrages und nicht erst die Rechtsfolge eines solchen.¹⁴⁵ Hieraus folgt, dass eine Disposition über die Förderpflicht als solche nicht möglich ist, während dies jedenfalls im Hinblick auf die Treuepflicht,

139 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 833; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 102 f.; *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; *Raïser*, in: GroßKomm GmbHG, § 14 Rn. 77; *Ivens*, GmbHR 1988, 249, 256; *Ziemons/Jaeger*, AG 1996, 358, 359; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 80; ausführlich *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 36 ff.; *Hölzle*, ZIP 2004, 1729, 1734; *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 173. ablehnend *Martens*, Mehrheits- und Konzernherrschaft, S. 120.

140 *Ivens*, GmbHR 1988, 249.

141 *Flume*, Personengesellschaften, S. 261.

142 BGH, Urt. v. 17. Mai 1988 – Az.: VI ZR 233/87, NJW 1989, 26, 27 = MDR 1988, 947 = BeckRS 2008, 15005; *Michalski*, NZG 1998, 460; *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 15.

143 *Flume*, Personengesellschaften, S. 261.

144 Vgl. Kapitel 2 A, insbesondere Fn. 59.

145 *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 705 Rn. 169; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 157; *Stürner*, in: Jauernig BGB, § 705 Rn. 1; *Habermeyer*, in: Staudinger, § 705 Rn. 17; *Sauter*, in: BeckHdb PersG, § 2 Rn. 33; *Möhrle*, in: MünchHdb GesR I, § 5 Rn. 38; *Ring/Grzuwotz*, in: Ring/Grzuwotz Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 8; *Burgard*, ZIP 2002, 827, 834; so auch BFH, Urt. v. 24. Mai 1984 – Az.: IV R 142/80.

zumindest teilweise, möglich sein soll. Eine gänzliche Überschneidung ist daher schon aus diesem Grunde nicht denkbar.

Sowohl gegen eine Gleichsetzung der Treuepflicht mit der Förderpflicht als auch gegen eine ausschließliche Herleitung der Treuepflicht aus der Förderpflicht spricht jedoch die Tatsache, dass sich verschiedene, allgemein anerkannte Ausprägungen der Treuepflicht nicht mit der Förderpflicht erfassen lassen. Die Förderpflicht als Rechtsgrundlage für die Treuepflicht stößt schon dort an ihre Grenzen, wenn es um die allgemein anerkannte Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern geht. Da sich die Förderpflicht auf den Gesellschaftszweck bezieht, besteht diese zwar gegenüber der Gesellschaft, nicht jedoch gegenüber den Gesellschaftern.¹⁴⁶ Es kommt den Gesellschaftern folglich gerade keine Pflicht zu, die Interessen der Mitgesellschafter zu fördern, auch nicht deren gesellschaftsbezogenen, sondern erstreckt sich lediglich auf die Pflicht zur Rücksichtnahme.¹⁴⁷ Eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf Belange der Mitgesellschafter, die durchaus mit dem Gesellschaftszweck konfliktieren können, lässt sich § 705 BGB nicht entnehmen.¹⁴⁸ Würden Entscheidungen getroffen, die das Gesellschaftsinteresse zwar voll wahren, jedoch zeitgleich in schutzwürdige Interessen eines Mitgesellschafters eingreifen, wäre ein Treuepflichtverstoß in diesem Falle kaum begründbar.¹⁴⁹ Hinzu kommt, dass eine Pflicht zur Gesellschaftsvertragsänderung sich mit der Förderpflicht aus § 705 BGB nur schwerlich begründen ließe.¹⁵⁰ Auch eine umgekehrt-vertikale Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter lässt sich hiermit nicht begründen.¹⁵¹

146 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 834 f.; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 62 f.

147 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 222; wohl auch *Westermann*, in: Erman BGB, § 705 Rn. 52; *Burgard*, ZIP 2002, 827, 833 f.; im Ergebnis BGH, Urt. v. 19. November – Az.: II ZR 150/12, NJW 2014, 1107, 1109 = NZG 2014, 385 = WM 2014, 560; BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 148 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („*Linotype*“), BGHZ 103, 184, 194 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; *Born*, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 20; *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41; *Gesell*, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 155; *Maul*, in: BeckHdb AG, § 4 Rn. 81.

148 *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 177; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 70; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 81.

149 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 38.

150 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 229; *Sester*, Treuepflichtverletzung, S. 59.

151 *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 243.

Besteht nun zwar die Förderpflicht gegenüber der Gesellschaft, nicht jedoch gegenüber den Gesellschaftern, vermag die Förderpflicht als alleinige Grundlage für die nach ganz h. M. schließlich auch horizontal wirkende Treuepflicht nicht auszureichen.¹⁵² Hieran ändert auch nichts, dass § 705 BGB als speziell gesellschaftsrechtliche Norm im Verhältnis zu § 242 BGB den sachnäheren Anknüpfungspunkt für eine Treuepflicht darstellt und sich als Grundlage geradezu aufzudrängen scheint.¹⁵³

III. § 242 BGB

Wie dargelegt, besteht in allen Rechtsformen sowohl zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern als auch unter diesen selbst eine Sonderverbindung. Wie jedes andere Sonderrechtsverhältnis unterliegt auch dieses grundsätzlich den allgemeinen Rücksichtnahme- und Loyalitätspflichten. Versteht man mit Teilen des Schrifttums die Treuepflicht lediglich als gesteigerte Rücksichtnahmepflicht bzw. als Unterfall derselben, liegt eine Herleitung aus § 242 BGB auf der Hand.¹⁵⁴ Anderorts wird die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als eine „Verdichtung“¹⁵⁵ oder eine besondere Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben verstanden.¹⁵⁶

Der Vorteil von § 242 BGB als Grundlage der Treuepflicht wäre im Gegensatz zur Herleitung aus der Förderpflicht die Miterfassung der horizontalen Gesellschaftsbeziehungen. 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 etwaiger Interessenskonflikte im Falle einer Kollision.¹⁵⁷ Die Norm enthält keinen Rechtssatz mit deskriptiven Tatbe-

152 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 834.

153 *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 14; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 71 f.

154 So insbesondere *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 229.

155 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 19.

156 *Westermann*, in: Erman BGB, § 705 Rn. 49.

157 BGH, Urt. v. 23. Januar 2019 – Az.: XII ZR 71/18, NJW 2019, 848, 850 = MDR 2019, 424 = BeckRS 2019, 1433; BGH, Beschluss v. 8. Juli 2015 – Az.: XII ZB 56/14, BGHZ 206, 177, 193; NJW 2015, 2655 = MDR 2015, 947; BGH, Urt. v. 7. Mai 1997 – Az.: IV ZR 179/96, BGHZ 135, 333, 337 = NJW 1997, 2519 = NJZA 1997, 827; BGH, Urt. v. 22. Dezember 1967 – Az.: V ZR 11/67, BGHZ 49, 153 = NJW 1968, 549 = WM 1968, 228; *Schubert*, in: MünchKomm BGB,

standsmerkmalen, aus dem bestimmte Rechtsfolgen durch Subsumtion abgeleitet werden können, sondern bedarf wie jede Generalklausel der Konkretisierung.¹⁵⁸ Häufig bemüht wird die Treuepflicht insbesondere in Konstellationen, in denen mit gesetzlichen Normen ein unbilliges Ergebnis erreicht wird. In der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik werden solche Billigkeitsaspekte hauptsächlich § 242 BGB überantwortet.¹⁵⁹ Es liegt daher nahe, die Treuepflicht als Ausprägung dieser zu verstehen.

Problematisch erscheint jedoch auch hier die Frage, ob eine Verpflichtung zur Gesellschaftsvertrags- bzw. Satzungsänderung durch eine aus § 242 BGB hergeleitete Treuepflicht überhaupt möglich wäre. So würde durch die Änderung gerade die von § 242 BGB vorausgesetzte Sonderverbindung selbst verändert werden.¹⁶⁰ Gegen die Herleitung aus § 242 BGB wird von Teilen der Literatur weiter ins Feld geführt, dass diese schon deshalb nicht als Rechtsgrundlage taue, da es sich bei der Treuepflicht um eine Hauptpflicht handle und mit einem allgemeinen rechtsethischen Prinzip, das die Art und Weise der Leistungserbringung regele, keine Hauptpflicht begründet werden könne.¹⁶¹ Außerdem würde das Bemühen der Generalklausel des § 242 BGB als Rechtsgrundlage für die Treuepflicht diese überdehnen und wäre durch Auslegung und fallweise Konkretisierung dem Gesetz allein nicht mehr zu entnehmen.¹⁶² Die Treuepflicht gehe deutlich über die gewöhnliche Ausprägung von Treu und Glauben hinaus.¹⁶³

§ 242 Rn. 46; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 4; a. A. aber wohl *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 1, 231 ff.

158 *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, § 242 Rn. 10; *Böttcher*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 2; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 1; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 1; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 3; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 Rn. 122.

159 Vgl. BGH, Urt. v. 29. Juni 1989 – Az.: IX ZR 175/88, BGHZ 108, 179 = NJW 1989, 2530 = ZIP 1989, 1044 (m. Anm.) = BB 1989, 1508; *Hippeli*, GmbHR 2016, 1257; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 2; zur Gefahr der Billigkeitsjustiz aber *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 29.

160 *Hüffer*, FS Steindorff, S. 71.

161 *Stimpel*, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 18; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 181 f.; nach *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, § 242 Rn. 36, soll jedoch eine Begründung von Hauptpflichten nicht schlechthin ausgeschlossen sein, sondern ausnahmsweise in Betracht kommen.

162 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 241; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 181.

163 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 135; *Wilbelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 182; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20.

IV. Stellungnahme

Festzuhalten bleibt, dass weder § 705 BGB noch § 242 BGB als alleinige positiv-rechtliche Grundlage überzeugen kann. Obgleich § 242 BGB als Grundlage attraktiv und „unverkrampft“¹⁶⁴ erscheint, kann die Flexibilität der Generalklausel nicht kompensieren, dass diese als Grundlage für das gesamte Institut der Treuepflicht deutlich überdehnt wird und im Wege der Auslegung und fallweisen Konkretisierung dem Gesetz nicht mehr entnommen werden kann. Gleiches muss auch für § 705 BGB gelten. Wenngleich § 705 BGB eine Grundnorm des gesamten Gesellschaftsrechts darstellt, lässt sich hier ebenso wenig eine umfassende Treuepflicht durch Auslegung gewinnen. Im Ergebnis erscheint es daher am vorzugswürdigsten, die Treuepflicht sowohl auf die Förderpflicht aus § 705 BGB als auch auf das Rücksichtnahmegebot aus § 242 BGB zu stützen.¹⁶⁵ Die Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber den Mitgesellschaftern aufgrund der eröffneten Einwirkungsmöglichkeit kann so aus § 242 BGB, die Förderungspflicht der Gesellschaft selbst gegenüber aus § 705 BGB hergeleitet werden. Auf diese zwei Säulen gestützt läge die Annahme nahe, die Treuepflicht sei damit im Grunde nichts Neues, sondern letztlich ein Schlagwort, unter dem die Pflichten aus § 705 BGB und § 242 BGB zusammengefasst werden.¹⁶⁶ Es griffe aber zu kurz, die Treuepflicht lediglich als Sammelbegriff¹⁶⁷ oder gar als reine Wortspielerei zu begreifen. Die Treuepflicht in ihrer heutigen Gestalt und Fülle lediglich als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben oder der Zweckförderungspflicht nach § 705 BGB zu verstehen fällt schwer. Auch eine Trennung in faktisch zwei Treuepflichten mit jeweils getrennten Grundlagen bringt erhebliche Bedenken mit sich. Eine solche Zweiteilung würde zwar über die jeweiligen Erklärungsdefizite der einzelnen Ansätze helfen, allerdings spiegelt diese Zerstückelung weder die Realität wider noch befriedigt sie das Bedürfnis nach einer einheitlichen Rechtsfigur. Nicht zuletzt würde ein solches Verständnis im Detail zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen, wenn eine dogmatisch saubere Lösung einer konkreten Fallgestaltung erlangt werden soll. Näher liegt es, den *cumulus* aus Förderpflicht und Rücksichtnahmepflicht

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

165 Vgl. Sester, Treuepflichtverletzung, S. 60 ff.; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 36; Schwab, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 20 f.; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 135; Gesell, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 155.

166 Vgl. Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 36.

167 Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 13.

vielmehr als ein zur eigenständigen Rechtsfigur der „gesellschaftlichen Treuepflicht“ entwickeltes Rechtsinstitut zu begreifen. Nur so gelingt es, ein tragfähiges Fundament für sämtliche Ausprägungen und überdies eine solide Grundlage für das Ziel der Treuepflicht zu schaffen und dies zu ermöglichen.

Diesem Ansatz gefolgt, bleibt allerdings im Besonderen das beiden Ansätzen immanente Problem um die Begründung einer Vertragsänderung erhalten. Dem kann zwar entgegnet werden, dass vor Einführung des § 313 BGB die Vertragsanpassung wegen Wegfalls oder wesentlicher Änderung der Geschäftsgrundlage aus § 242 BGB hergeleitet wurde.¹⁶⁸ Da auch hier eine Änderung des Vertrages, der die Sonderverbindung begründet, erfolgt, erscheint dies jedenfalls keine „unüberwindbare Schwierigkeit“ darzustellen.¹⁶⁹ Allerdings erscheint dies dennoch nicht unproblematisch. Eine reine Symbiose beider Ansätze vermag die beiden innewohnende Schwäche nicht vollständig zu beseitigen. Tatsächlich muss die Treuepflicht als eine aus dieser zweigeteilten Rechtsgrundlage durch richterliche Rechtsfortbildung geborene, neue Rechtsfigur der „gesellschaftlichen Treuepflicht“ verstanden werden.¹⁷⁰ Eine solche, sowohl in § 242 BGB als auch § 705 BGB wurzelnde, richterliche Rechtsfortbildung vermag dogmatisch die rechtsfunktionelle Begründung zu stützen. So lässt sich mit der „Wurzel“ in dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem damit einhergehenden Rücksichtnahmegebot die Funktion der Rücksichtnahme, mit der „Wurzel“ des § 705 BGB hingegen die Förderung begründen. Als Rechtsfortbildung bleibt die Treuepflicht aber nicht an die jeweilige Norm gebunden, sondern vermag als eigenständiges Rechtsinstitut flexibel dem Ziel des Interessenausgleichs gerecht zu werden.

D. Fazit

Nach hiesigem, vorzugswürdigem Verständnis sollte zwischen Entstehungsgrundlage, rechtsfunktioneller Begründung und positiv-rechtlicher Grundlage der Treuepflicht unterschieden werden.

168 Vgl. nur ausführlich *Finkenauer*, in: MünchKomm BGB, § 313 Rn. 20 ff.

169 *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 233.

170 Vgl. *Sester*, Treuepflichtverletzung, S. 60 f.; im Ergebnis *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 95; *Michalski/Funke*, in: *Michalski GmbHG*, 2. Auflage, § 13 Rn. 140; zur Frage inwiefern der strengrechtliche Charakter des AktG der Entwicklung einer Treuepflicht als Generalklausel entgegensteht ausführlich *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 39 ff.

Die Entstehungsgrundlage stellt, wie gezeigt, die Mitgliedschaft – genauer, der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung – dar. Die Mitgliedschaft begründet eine Sonderrechtsbeziehung, welche sich mit der (eingeräumten) erhöhten Einwirkungsmöglichkeit in den Rechtskreis des Mitgesellschafters sowie der gemeinsamen Zielrichtung in Form der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks begründet.

Demgegenüber beantwortet die rechtsfunktionelle Begründung die Frage nach dem Bedürfnis der Treuepflicht. Dies ergibt sich zuvörderst aus der Tatsache, dass es nicht möglich ist, alle Eventualitäten vorneweg zu regeln, und es folglich einer Lückenfüllungsregel bedarf, um ein funktionierendes gesellschaftsrechtliches Miteinander zu ermöglichen. Ziel der Treuepflicht stellt daher primär der Interessenausgleich zwischen den privatautonden, individuellen Interessen der Gesellschafter untereinander und dem gemeinsamen Gesellschaftszweck dar. Hieraus folgend ergeben sich, entsprechend und ausgehend von der Entstehungsgrundlage, die weiteren rechtsfunktionellen Begründungsansätze in der Notwendigkeit der Sicherstellung der Förderung der Gesellschaft und dem Korrelationsgedanken von Rechtsmacht und Verantwortung bzw. dem damit einhergehenden Bedürfnis nach Rücksichtnahme.

Vermag all das zwar für eine dogmatische Herleitung der Treuepflicht nicht ausreichen, stellt die Entstehungsgrundlage jedoch gerade Voraussetzung für die positiv-rechtliche Grundlage bzw. die Anwendung des § 242 BGB dar. Allerdings kann § 242 BGB als alleinige positiv-rechtliche Grundlage ebenso wenig überzeugen wie § 705 BGB. Vielmehr ist die Wurzel der Treuepflicht kumulativ in beiden Normen zu finden, aus welchen sich im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung die Treuepflicht in ihrer heutigen Form gebildet hat. Als richterrechtlicher Generalklausel bleibt die Treuepflicht dabei jedoch nicht an die Förderpflicht aus § 705 BGB oder das Rücksichtnahmegebot des § 242 BGB gebunden, sondern ist als eigenständiges Rechtsinstitut entsprechend anzuwenden.

Kapitel 3: Inhalt, Umfang und Grenzen

Die Mannigfaltigkeit der Einzelfälle, in denen die Treuepflicht zur Anwendung kommt – von unterschiedlichen Rechtsformen über unterschiedliche Strukturen innerhalb einer Rechtsform bis hin zu unterschiedlichen Ausgestaltungen innerhalb einer Gesellschaft –, machen es schwer bis unmöglich, einen konkreten Inhalt oder gar eine abstrakt-generelle Anwendungsregel zu bestimmen.¹⁷¹ Ebendiese Fülle und Vielzahl der möglichen Anwendung der Treuepflicht lassen diese als „Wunder-“ oder „Allzweckwaffe“ erscheinen. Es verwundert daher nicht, dass anscheinend jeder ein anderes Verständnis der Treuepflicht bzw. eine andere Herangehensweise an diese mitbringt. Dies führt zu einer recht uneinheitlichen bis willkürlich wirkenden Verwendung der Begrifflichkeiten „Inhalt“, „Umfang“ und „Intensität“ der Treuepflicht. Im Folgenden soll daher das hier vertretene Verständnis dieser Begrifflichkeiten erläutert werden.

Der Inhalt der Treuepflicht soll nach verbreiteter Auffassung immer nur für den jeweiligen Einzelfall bestimmbar sein.¹⁷² Gibt es also keinen einheitlichen Inhalt der Treuepflicht, stellt sich die Frage, ob es letztlich überhaupt *die* bzw. *eine* Treuepflicht gibt – oder handelt es sich möglicherweise um „kleinteilige, selbstständige, je nach Gesellschaft individuell und

171 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21; *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 953; vgl. auch *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1938; zur organschaftlichen Treuepflicht *Frodermann/von Eiff*, in: Frodermann/Jannott Handbuch AktR, 1.4.2 Rn. 173.

172 BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666; 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, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1649 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, WM 2018, 564, 569 = ZIP 2018, 72 = NZG 2018, 297; OLG Zweibrücken, Urt. v. 27. Juni 2005 – Az.: 8 U 106/05, BeckRS 14014; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22 f.; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; *Haas*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 109 Rn. 12; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 150; *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 184; *Heidrich/Steinicke*, SanB 2020, 44, 46; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21; *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 953; *Lieder*, DZWIR 2007, 292; vgl. auch *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1938.

separat entstehende Teilpflichten, die lediglich durch einen Gattungsbegriff ‚Treuepflicht‘ zusammengeführt werden“¹⁷³? Die Literatur geht überwiegend von einem einheitlichen Treuepflichtbegriff aus. Insbesondere in Anbetracht der dogmatischen Grundlage der Treuepflicht als Institut der richterrechtlichen Rechtsfortbildung kann die Annahme eines „Flickenteppichs“¹⁷⁴ aus unterschiedlichen Teilpflichten nur schwerlich überzeugen.

Der BGH geht von einer „allgemeinen Treuepflicht“ aus.¹⁷⁵ Diese allgemeine Treuepflicht bedürfe keiner ausdrücklichen Regelung im Gesellschaftsvertrag. Zwar stellt dieser, wie dargestellt, die Rechtsgrundlage der Treuepflicht dar, diese ist jedoch dann auch ohne explizite Regelung jedem Gesellschaftsverhältnis immanent.¹⁷⁶ Diese allgemeine Treuepflicht lasse sich jedoch durch den Gesellschaftsvertrag ebenfalls konkretisieren.¹⁷⁷

Für ein einheitliches und brauchbares Rechtsinstitut sollte daher an den BGH angelehnt zwischen der *allgemeinen* und der *konkreten* Treuepflicht unterschieden werden. Die allgemeine Treuepflicht beschreibt den Inhalt der Treuepflicht als Rechtsinstitut. Bei der konkreten Treuepflicht handelt es sich hingegen um den tatsächlichen Umfang der Treuepflicht im Einzelfall. Die Möglichkeit, die Treuepflicht zunächst grundsätzlich zu bejahen, ist unabhängig vom konkreten Anwendungsfall zu beurteilen. Daher ist die Frage, ob ein Aktionär im Einzelfall der Treuepflicht unterliegt, eine zweite, davon losgelöste Frage.¹⁷⁸

173 Kern, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 107, der dies jedoch verneint; Jabor-negg, FS Krejci, S. 681.

174 Kern, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 107.

175 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 f. = 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.

176 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.

177 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.

178 Dreher, ZHR 1993, 150, 157.

A. Die allgemeine Treuepflicht

Unstreitig umfasst die Treuepflicht inhaltlich sowohl die vertikale Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft als auch umgekehrt-vertikal die Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern. Gleichmaßen ist die horizontale Treuepflicht der Gesellschafter untereinander umfasst.¹⁷⁹

Aufgrund der zahlreichen Anwendungsfälle, individuellen Ausgestaltungen der Treuepflicht und ihrer Eigenschaft als richterrechtlicher Generalklausel ist eine Annäherung an den tatsächlichen Inhalt oder eine Umschreibung desselben schwierig. Ausgehend von der rechtsfunktionellen Begründung muss die Treuepflicht, um dem Ziel des Interessenausgleichs gerecht zu werden, insbesondere der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung einerseits und der Förderung der Gesellschaft andererseits gerecht werden.

I. Förderung der Gesellschaft

Wie dargestellt, kommt der gemeinsamen Förderung der Gesellschaft eine gewichtige Funktion bei der Entstehungsgrundlage der Treuepflicht zu, deren Sicherstellung eines der Gründe für das Bedürfnis der Treuepflicht ist. Inhaltlich muss die Treuepflicht daher eine Förderpflicht umfassen. Hinter der Förderpflicht steht ein berechtigtes Vertrauen der Gesellschafter dahingehend, dass die übrigen Gesellschafter sich weder rücksichtslos noch geschäftsschädigend verhalten, sondern vielmehr ebenfalls die Funktionsfähigkeit und den Erfolg der Gesellschaft bezwecken. Es wäre widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, würde ein Gesellschafter mit der Mitgliedschaft die Schädigung der Gesellschaft bezwecken. Die Pflicht zur Förderung umfasst dabei als „Minus“ zur Förderung notwendigerweise die Rücksichtnahme gegenüber den Belangen der Gesellschaft. Die Förderpflicht aus Treuepflicht geht dabei, wie dargestellt, über die konstitutive Förderpflicht aus § 705 BGB hinaus. Nicht oder nur reflexhaft umfasst sind hingegen die Belange der Mitgesellschafter. So kann der Gesellschafter zwar darauf vertrauen, dass ein Mitgesellschafter sich hinsichtlich der kumulierten Interessen der Gesellschafter, also der Interessen der Gesellschaft, förderlich verhält und eigene Interessen hintanstellt,

179 Inzwischen ganz h. M., siehe daher nur *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 98.

nicht jedoch gegenüber Einzelinteressen der Mitgesellschafter. Für ein solches Vertrauen fehlt es an der notwendigen Grundlage. In extremen Fallkonstellationen kann die Rücksicht auf einen gesellschaftlichen oder gar privaten Belang eines Mitgesellschafter zur Förderung der Gesellschaft notwendig sein. In Betracht käme etwa eine drohende Privatinsolvenz des Gesellschafters, sollte nicht eine Forderung der Gesellschaft gestundet werden, wenn dies gem. § 728 Abs. 2 S. 1 BGB die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hätte. Das Förderelement der Treuepflicht ist dabei (weitgehend) deckungsgleich mit der vertikalen Treuepflicht.

II. Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung

Neben der Förderung stellt das Einräumen von Einwirkungsmöglichkeiten bzw. Rechtsmacht den anderen Teil der Entstehungsgrundlage dar. Aufgabe der Treuepflicht bzw. Bedürfnis derselben ist daher, wie gezeigt, dem Prinzip der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung gerecht zu werden respektive diese sicherzustellen. Um zu gewährleisten, dass kein Gesellschafter seine Rechtsmacht rücksichtslos einsetzt, bedarf es inhaltlich sodann einer Rücksichtnahmepflicht. Zwar kann ein Gesellschafter nicht darauf vertrauen, dass seine Mitgesellschafter die Förderung ihrer Interessen verfolgen. Allerdings kann er davon ausgehen und auch darauf vertrauen, dass die Mitgesellschafter die verliehene Rechtsmacht nicht nur nicht missbräuchlich, sondern auch nicht rücksichtslos einsetzen. Welches Maß an Rücksicht es dabei zu wahren gilt, muss im Sinne der Interessenabwägung im Rahmen der konkreten Treuepflicht bestimmt werden. Das Element der Rücksichtspflichten entspringt dabei hauptsächlich der Wurzel der Treuepflicht aus § 242 BGB und entspricht der horizontalen Treuepflicht.

III. Fazit

Zusammengefasst beinhaltet die Treuepflicht sowohl Förder- als auch Rücksichtnahmepflichten. Der jeweilige Gesellschafter hat bei der Ausübung der jeweiligen Gesellschafterrechte sich gegenüber der Gesellschaft loyal zu verhalten, drohenden Schaden von dieser abzuwenden und den Gesellschaftszweck aktiv zu fördern sowie auf die aner kennenswerten Be-

lange der (Mit-)Gesellschafter Rücksicht zu nehmen und sich nicht willkürlich über deren Interessen hinwegzusetzen.¹⁸⁰

Hiervon ausgehend umfasst die allgemeine Treuepflicht sämtliche Maßnahmen, in denen entweder die Förderung des Gesellschaftszweckes oder die Rücksichtnahme gegenüber Gesellschaft und Gesellschafter tangiert wird und eine Verletzung möglich erscheint. Erfasst sind also sämtliche Fallgestaltungen, in denen eine Nichtbeachtung aner kennenswerter Belange und Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter sowie eine unterlassene Förderung des Gesellschaftszweckes nicht ausgeschlossen werden kann.

Mit diesen Feststellungen ist zunächst freilich nicht viel gewonnen, da nur wenige Verhalten oder Maßnahmen denkbar sind, welche weder die Förderung der Gesellschaft noch die Rücksichtnahme zumindest tangieren. Dieser uferlose Anwendungsbereich mag jedoch nicht sonderlich verwundern, wenn man sich Sinn und Zweck der Treuepflicht in Form der rechtsfunktionellen Begründung vor Augen führt. Vertrauen, Rechtsmacht und Verantwortung sowie die Auflösung des Spannungsverhältnisses von Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen durchziehen das gesamte Gesellschaftsverhältnis mit allen Maßnahmen und Sachverhalten. Die inhaltliche Omnipräsenz der allgemeinen Treuepflicht ist daher unausweichlich, ist sie doch das Öl zwischen den vielen Zahnrädern der Gesellschaft.

B. Die konkrete Treuepflicht

Dass es bei diesem überbordenden Anwendungsbereich der Treuepflicht nicht bleiben kann, liegt auf der Hand. Aus der allgemeinen Treuepflicht ist sodann die konkrete Treuepflicht zu entwickeln, die den jeweiligen Gesellschafter in der jeweiligen Gesellschaft trifft. Dabei muss zunächst der für die jeweilige Gesellschaft geltende Inhalt (sachliche konkrete Treuepflicht) und dann die für den jeweiligen Gesellschafter geltende persönliche konkrete Treuepflicht festgestellt werden.

180 BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 108 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666; BGH, Urt. BGH, Urt. v. 5. Dezember 2005 – Az.: II ZR 13/04, ZIP 2006, 230 = NZG 2006, 194 = WM 2006, 436; OLG Stuttgart, Urt. v. 8. Oktober 1999 – Az.: 20 U 59/99, NZG 2000, 490, 494 = BB 1999, 2316 = AG 2000, 369; *Wicke*, in: *Wicke GmbHG*, § 13 Rn. 19; *Koch*, in: *Hüffer/Koch AktG*, § 53a Rn. 16; *Heidel*, in: *Heidel/Schall HGB*, § 105 Rn. 229; *Gesell*, in: *BeckHdb PersG*, § 4 Rn. 155.

I. Sachliche konkrete Treuepflicht (Inhalt)

Um ihrer Funktion als „Lückenfüller“ bzw. dem Ziel des Interessenausgleichs gerecht zu werden, muss die Treuepflicht das konkrete Gesellschaftsverhältnis berücksichtigen. Somit muss der Inhalt der allgemeinen Treuepflicht anhand der auf ebendiesem Verhältnis beruhenden Erwartungshaltung und somit anhand der konkreten Mitgliedschaft begrenzt werden.¹⁸¹ Dabei präzisiert der Gesellschaftsvertrag dem BGH zufolge Inhalt und Umfang der Treuepflicht.¹⁸² Da der Inhalt der (allgemeinen) Treuepflicht, wie zuvor ausgeführt, grundsätzlich derselbe ist, muss dies wie folgt interpretiert werden: Der Inhalt der allgemeinen Treuepflicht wird durch das jeweilige Gesellschafterverhältnis zur konkreten Treuepflicht geformt. Diese Annahme folgt schon daraus, dass die Treuepflicht im Grundsatz dispositiv ist und ihre konkrete Gestalt im Einzelfall durch das im Gesellschaftsvertrag Versprochene findet.¹⁸³ Durch Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag kann daher die konkrete Gestalt der Treuepflicht erweitert werden. Überwiegend wird auch anerkannt, dass einzelne Ausprägungen der Treuepflicht im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden können.¹⁸⁴ Schließlich schuldet ein Gesellschafter in aller Regel nicht

181 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590; OLG München, Urt. v. 17. April 2012 – Az.: 5 U 2168/11, NZG 2012, 663, 665 = ZIP 2013, 165 (m. Anm.) = WM 2012, 1727; von Rummel/Enge, NZG 2017, 256, 257; Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 30; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 4; Gesell, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 91; Wertenbruch, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 129; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 Rn. 1006; Schneider, NZG 2011, 575, 577.

182 BGH, Versäumnisurt. v. 22. Januar 2019 – Az.: II ZR 143/17, NZG 2019, 702 = ZIP 2019, 1008 = WM 2019, 923; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951.

183 Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 37; vgl. Fn. 181.

184 Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 150; Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 109 f.; Verse, in: Henssler/Strohn GesR, § 14 Rn. 115; Fleischer/Harzmeier, NZG 2015, 1289, 1290, eine Abbedingung der Treuepflicht kommt jedenfalls im Hinblick auf das Wettbewerbsverbot, als Ausprägung der Treuepflicht, zum Tragen. Das eine Abdingbarkeit des Wettbewerbsverbots möglich ist, geht schon aus § 112 HGB bzw. § 88 Abs. 1 AktG hervor. Auf die umstrittenere Frage, ob die Treuepflicht vollständig abbedungen werden kann, kann im Rah-

mehr, als er ebenda versprochen hat.¹⁸⁵ Durch das Versprochene wird eine berechnigte Erwartungshaltung bei der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern erzeugt. Stehen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag allerdings einer solchen berechtigten Erwartungshaltung entgegen, so besteht diesbezüglich keine Treuepflicht.¹⁸⁶ Dieser Prämisse folgend, bedeutet dies, dass der konkreten Treuepflicht nur unterfällt, was in irgendeiner Form im Gesellschaftsverhältnis angelegt ist. Hierfür spricht nicht zuletzt schon die Tatsache, dass die Treuepflicht in der Mitgliedschaft wurzelt. Ist etwas nun jedoch nicht im konkreten Gesellschaftsverhältnis (also der Mitgliedschaft) angelegt, fehlt schon der – um im Bild zu bleiben – notwendige Nährboden.

Deutlich wird dies in dem (bereits zitierten) Urteil des BGH:

*BGH, Urt. v. 25. 1. 2011 – II ZR 122/09 (KG)*¹⁸⁷

Die Beklagte war ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR. Nachdem auch hier die Gesellschaft in wirtschaftliche Schieflage geraten war, sollte im Rahmen einer Sanierungsmaßnahme eine Kapitalerhöhung stattfinden. Gesellschafter, die entsprechende Anteile nicht zeichnen, sollten mit Ablauf der Zeichnungsfrist ausscheiden.

Im Gegensatz zur *Sanieren-oder-Ausscheiden-Entscheidung*¹⁸⁸ enthielt der Gesellschaftsvertrag hier Bestimmungen, wonach eine Erhöhung

men dieser Arbeit nicht eingegangen werden, vgl. hierzu ausführlich *Mann*, Abdingbarkeit der Treuepflicht; *Haunschild*, Die Abdingbarkeit der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht.

185 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590; *Schneider*, NZG 2011, 575, 577; *Fischer*, in: Knops/Bamverger/Lieser Recht der Sanierungsfinanzierung, § 30 Rn. 11; *Born*, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 20; *Haas*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 109 Rn. 12; *Müller/Schmidt/Liebscher*, in: Thierhoff/Müller Unternehmenssanierung, 8. Kapitel II 5. 2. Rn. 167.

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

187 BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885.

188 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.

des Gesellschaftskapitals nur mit Zustimmung aller Gesellschafterstimmen zulässig sein sollte, sowie die Bestimmung, dass bei Nichtzustandekommen eines solchen Beschlusses die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sein sollten, ihre Einlagen zu erhöhen, und die restlichen Gesellschafter in diesem Fall eine Verringerung hinnehmen müssten. Die entsprechenden Beschlüsse zur Kapitalerhöhung wurden mit der zur Satzungsänderung notwendigen Mehrheit gefasst, jedoch ohne die Stimmen der Kläger, welche dann auch die Zeichnung der Kapitalerhöhung versagten. Die Beklagte sah nach Ablauf der Zeichnungsfrist die Kläger als ausgeschieden an.

In erster Instanz wurden die Unwirksamkeit der Gesellschaftsvertragsänderung und das Fortbestehen des Gesellschaftsverhältnisses festgestellt. Berufung und Revision hatten keinen Erfolg.

Der BGH entschied, dass die Kapitalerhöhung im Hinblick auf die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages wirksam sei, nicht jedoch die Bestimmung, dass die nicht zeichnenden Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden sollten, da ein Gesellschafter im Allgemeinen nicht verpflichtet sei, einer seine Gesellschafterstellung aufhebenden Änderung des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen. Eine Zustimmungspflicht eines Gesellschafters könne nur bestehen, wenn eine auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechtigte Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter bestehe.

Vorliegend sei eine Erwartungshaltung, dass jeder Gesellschafter in der Schieflage der Gesellschaft weiteres Risiko auf sich nimmt und sich an einer Kapitalerhöhung beteiligt, durch das eingegangene Gesellschaftsverhältnis nicht begründet worden. Den jeweiligen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag sei zu entnehmen gewesen, dass eine eventuell zur Aufrechterhaltung der Gesellschaft notwendig werdende Kapitalerhöhung oder Nachschusszahlung einstimmig beschlossen werden musste, wenn sie alle Gesellschafter verpflichten sollte; andernfalls sollten die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sein, ihre Einlagen zu erhöhen, während die nicht zustimmenden Gesellschafter unter Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses in der Gesellschaft verbleiben können sollten:

„Auf Grund dieser ausdrücklichen gesellschaftsvertraglichen Regelung, mit der sich jeder Gesellschafter bei seinem Eintritt in die Gesellschaft einverstanden erklärt hatte, durfte er nicht darauf vertrauen, einen Mitgesellschafter, der im Falle einer Schieflage der Gesellschaft zu weiteren Einlagen nicht bereit war, unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlicher Treuepflicht mit einer anderen als der vertraglich

vorgezeichneten Rechtsfolge in Anspruch nehmen zu können. Vielmehr musste jeder Gesellschafter damit rechnen, dass zusätzlicher Kapitalbedarf der Gesellschaft nur von einem Teil der Gesellschafter aufgebracht würde, sich andere Gesellschafter dagegen nicht an der Kapitalerhöhung beteiligten und sich für den Verbleib in der Gesellschaft unter Verwässerung ihrer Gesellschaftsanteile entschieden.“

Da der Gesellschaftsvertrag hier konkrete Bestimmungen enthielt, bestand für eine Treuepflichtprüfung in dieser Hinsicht folglich kein Raum. Der Gesellschaftsvertrag stellt eine Grenze der Treuepflicht dar, wodurch die entsprechenden Stimmabgaben von der konkreten Treuepflicht nicht umfasst sind.

Die konkrete Treuepflicht findet ihre Grenzen jedoch nicht nur in den Bestimmungen des jeweiligen Gesellschaftsvertrages. Neben diesen spielt auch schon die jeweilige Rechtsform insofern eine Rolle, als dass die Treuepflicht durch das geschriebene Recht, die *lex scripta*, begrenzt wird, welche der Treuepflicht mit expliziten gesetzgeberischen Wertentscheidungen vorgeht.¹⁸⁹ Finden sich im Gesetz abschließend geregelte Wertentscheidungen, bleibt kein Raum für eine Anwendung der Treuepflicht.¹⁹⁰ Dennoch bleibt auch hier die Treuepflicht nicht völlig außen vor. So kann bei der Auslegung der begrenzenden Normen die Treuepflicht durchaus eine Rolle spielen.¹⁹¹ Deutlich wird dies am Beispiel der Kündigung der

189 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 97; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 58; *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 56; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 21; *Hofmann*, Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht, S. 27; *Schneider*, Gesellschafter-Stimmpflichten bei Sanierungen, S. 202.

190 Dies gilt beispielsweise im Hinblick auf einen Minderheitenschutz für die in §§ 20 f. AktG, 21 ff. WpHG normierten Mitteilungspflichten. Ein über das Gesetz hinausgehendes Mitteilungserfordernis kann dann auch nicht über die Treuepflicht erreicht werden, *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 97; kritisch *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 20 Rn. 8; für die Treuepflicht ist auch dann kein Raum, wenn ein Verhalten außerdem ausschließlich die Schädigung der Gesellschaft oder Mitgesellschafter bezweckt, da hier § 226 BGB Anwendung findet.

191 *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 97; so bereits zum ebenfalls die Treuepflicht begrenzenden Gesellschaftsvertrag *Henßler*, in: Henßler/Strohn GesR, HGB, § 105 Rn. 98; *Kindler*, in: Koller/Kinder/Roth/Drüen HGB, § 105 Rn. 7; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 40; *Wertenbruch*, in: E/B/J/S

Gesellschaft bzw. dem Austritt eines Gesellschafters. Die Aufkündigung der Gesellschaft und in der Regel auch schon der Austritt stellen mitnichten eine Förderung des Gesellschaftszwecks dar und wären regelmäßig als ein Verstoß gegen die Förderpflicht zu klassifizieren. Allerdings soll es nach gesetzgeberischer Entscheidung grundsätzlich möglich sein, ein auf Dauer angelegtes Schuldverhältnis zu lösen. Dies beispielsweise nach § 314 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Aber auch gesellschaftsrechtlich soll eine Kündigung, Austritt oder gar Auflösung nach gesetzgeberischer Konstruktion selbstredend möglich sein.¹⁹² Da es hier zu einer gesetzgeberischen Wertentscheidung kam, bleibt kein Raum für eine Anwendung der Treuepflicht, weshalb beispielsweise eine Auflösung, obgleich sie der Förderpflicht zuwiderläuft, kein Treuepflichtverstoß darstellen kann. Dennoch ist bei der Anwendung bzw. der Auslegung der Gesetzesnorm die Treuepflicht zu beachten. Ein Verstoß kommt nicht hinsichtlich des „ob“, wohl aber des „wie“ in Betracht. Insbesondere eine Kündigung oder Auflösung zur Unzeit kann dabei einen Treuepflichtverstoß darstellen.¹⁹³

Weiteres Beispiel stellt der sog. *Squeeze-out* dar. Nach gesetzgeberischer Konzeption soll es gem. §§ 327a-327f AktG auf Verlangen eines mit mindestens 95 Prozent beteiligten Hauptaktionärs ohne weitere Voraussetzungen möglich sein, einen Minderheitsaktionär auszuschließen. Ein solcher Hauptversammlungsbeschluss kann aufgrund der Grenze des geschriebenen Rechts nicht als treuwidrig eingestuft werden.¹⁹⁴ Ein solches kann sich lediglich aus besonderen Umständen des Einzelfalls, also bei der Umsetzung bzw. dem „wie“ ergeben.¹⁹⁵

Dies führt im Ergebnis dazu, dass gewisse Maßnahmen und Sachverhalte zwar inhaltlich von der allgemeinen Treuepflicht *erfasst* sein können, jedoch von der konkreten Treuepflicht nicht mehr *umfasst* sind. Deutlich

HGB, § 105 Rn. 101; Schäfer, in: Staub HGB, § 105 Rn. 193 f.; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 13.

192 Vgl. nur zur Auflösung §§ 131, 133 HGB, § 60 Abs. 1 GmbHG, § 262 AktG.

193 Die Kündigung zur Unzeit fand aufgrund seiner Bedeutung, jedenfalls für die GbR, eine Normierung in § 732 Abs. 2 BGB, welche es zu beachten gilt.

194 Siehe nur Fuhrmann/Simon, WM 2002, 1211, 1214.

195 Vgl. Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 62 m. w. N; Gehling, in: Semler/Stengel UmwG, § 13 Rn. 24; Fröde, NZG 2007, 729, 732; Kort, ZIP 2006, 1519, 1520 f.; Krieger, BB 2002, 53, 55; wohl auch OLG Köln, Beschluss v. 14. Dezember 2017 – Az.: 18 AktG 1/17, NZG 2018, 459, 465 = ZIP 2017, 2468 = WM 2019, 1218; mit Beispielen und m. w. N. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16. Januar 2004, Az.: I-16 W 63/03, 16 W 63/03, ZIP 2004, 359, 361 = NZG 2004, 328 = WM 2004, 728.

wird, dass die Treuepflicht zu den gesetzlichen Regelungen, wie auch dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag, in einer „kybernetischen Kreislaufbeziehung“ steht.¹⁹⁶ So hat die Treuepflicht einerseits die Entscheidungen des Gesetzgebers zu respektieren und darf sich hierüber nicht hinwegsetzen oder diese gar ins Gegenteil verkehren. Außerdem gilt es, gesetzgeberische Wertungen bei der Abwägung im Rahmen der Frage, ob eine konkrete Verhaltenspflicht besteht, zu berücksichtigen. Gleiches gilt auch für den Gesellschaftsvertrag, der darüber hinaus die Treuepflicht entstehen lässt und begrenzt. Umgekehrt führt die Treuepflicht, jedenfalls mittelbar, über entsprechende Verhaltenspflichten der Gesellschafter oder der Gesellschaft dazu, dass gesetzliche Vorschriften oder der Gesellschaftsvertrag treuegemäß ausgelegt und angewendet werden.

II. Persönliche konkrete Treuepflicht

Nachdem der sachliche Inhalt der konkreten Treuepflicht festgestellt wurde, also die Ausprägung der Treuepflicht, die jeden Gesellschafter der jeweiligen Gesellschaft grundsätzlich trifft, ist sodann die persönliche Reichweite (Treuepflichtbindung) festzustellen, also inwiefern dieser Inhalt den konkreten Gesellschafter erfasst bzw. verpflichtet.

Entstehungsgrundlage der Treuepflicht stellt die Mitgliedschaft dar.¹⁹⁷ Die mitgliedschaftliche Treuepflicht bindet daher zunächst nur Gesellschafter.¹⁹⁸ Mit Erwerb der Mitgliedschaft wird jeder Gesellschafter grundsätzlich auch verpflichtet bzw. gebunden. Dass einzelne Gesellschafter jedoch einer Treuepflichtbindung nicht unterliegen, ist in verschiedenen Konstellationen denkbar.

196 Zu § 242 BGB, *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, § 242 Rn. 11, der eine solche kybernetische Kreislaufbeziehung im Verhältnis von § 242 BGB zum sonstigen Gesetzesrecht sieht.

197 Siehe hierzu ausführlich Kapitel 2 A, S. 26 ff.

198 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 51; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 26; *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 42; *Lange*, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a Rn. 7; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 18; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146; *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 180; zur Frage nach der Haftung der Stimmrechtsvertreter ausführlich *Beckerhoff*, Treuepflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 123 ff.; für ein „reflexartiges“ Bewahren von Belangen der Gesellschaftsgläubiger, *Henze*, NZG 2003, 649. 654; mit Ausnahmen *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 73.

1. Einpersonengesellschaft

Durch die Neugründung oder nachträgliche Vereinigung von Anteilen kann es zu einer Einpersonen-GmbH oder -AG kommen. Nach herrschender Ansicht besteht für den einzigen Gesellschafter einer Gesellschaft keine Treuepflichtbindung.¹⁹⁹ Während dies im Hinblick auf die horizontale Treuepflicht schon denklogisch ausgeschlossen ist, wird eine vertikale Treuepflicht teilweise – insbesondere im Hinblick auf etwaige Gläubiger – befürwortet.²⁰⁰

Zwar trifft den Alleingesellschafter die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Existenzgrundlagen der Gesellschaft, diese findet ihre Grundlage jedoch nicht in der Treuepflicht, sondern in § 826 BGB.²⁰¹ Für eine Treuepflichtbindung des Alleingesellschafters gibt es insbesondere im Hinblick auf Sinn und Zweck der Treuepflicht bzw. deren rechtsfunktionelle Begründung keinen Raum. So kann dieser jederzeit den Gesellschaftszweck ändern oder aber diese ganz auflösen – mithin ist der Wille des Gesellschafters mit dem der Gesellschaft identisch, wodurch weder von der Treuepflicht zu lösende Konflikte noch ein eigenes schützenswertes Eigeninteresse der Gesellschaft denkbar sind.²⁰² Schließlich ist die mitglied-

199 BGH, Urt. v. 16. September 1985 – Az.: II ZR 275/84, BGHZ 95, 330, 340, 345 f. = NJW 1986, 188 = ZIP 1985, 1263 = BB 1985, 2065; BGH, Urt. v. 28. September 1992 – Az.: II ZR 299/91, BGHZ 119, 257, 259 f., 262 = NJW 1993, 193 = ZIP 1992, 1734 = GmbHR 1993, 38; BGH, Urt. V. 10. Mai 1993 – Az.: II ZR 74/92, BGHZ 122, 333, 336 = NJW 1993, 1922 = ZIP 1993, 1072 (m. Anm.) = GmbHR 1993, 427; *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 228; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 105 ff.; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146; *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 42; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 42 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20; einschränkend jedoch *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 181; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 74; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13 Rn. 58 ff.; a. A. *Winter*, ZGR 1994, 570 ff.; *Burgard*, ZIP 2002, 827 ff.

200 *Winter*, ZGR 1994, 570 ff.; *Burgard*, ZIP 2002, 827 ff.

201 *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 228; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13 Rn. 60.

202 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 106; *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 228; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 44; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 74; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 51; *Altmeyen*, ZIP 2001, 1837, 1841 f.; wohl auch *Henze*, NZG 2003, 649, 655 f.; *Bachmann*, NZG 2001, 961, 971.

schaftliche Treuepflicht gerade kein Instrument des Gläubigerschutzes.²⁰³ Eine Treuepflichtbindung scheidet somit für den einzigen Gesellschafter aus.

2. Abbedungene Treuepflicht und Verzicht

Sodann wäre ein Abbedingen der Treuepflicht für einzelne Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss denkbar. Zwar wäre auch daran zu denken, eine solche abbedungene Treuepflicht schon im Rahmen der sachlichen konkreten Treuepflicht ausscheiden zu lassen. Soll die Treuepflicht jedoch nur partiell bzw. nur für einzelne Gesellschafter nicht gelten, ist davon auszugehen, dass dies keinen Einfluss auf die in der Gesellschaft grundsätzlich geltende Ausformung der Treuepflicht haben, der jeweilige Gesellschafter hieran lediglich nicht gebunden sein soll.²⁰⁴ Eine Treuepflichtbindung läge dann also (teilweise) nicht vor.

Verzichtet ein Gesellschafter im Vorfeld auf eine treuepflichtkonforme Behandlung, ist eine Treuepflichtbindung der anderen Gesellschafter für ebendiese Maßnahme ebenfalls nicht gegeben.²⁰⁵

3. Mangelnder Einfluss

An einer Treuepflichtbindung kann es auch dann fehlen, wenn der Gesellschafter keinen oder so gut wie keinen Einfluss auf die Gesellschaft hat. Eine fehlende Treuepflichtbindung mangels Einfluss ist denkbar und wird diskutiert, soweit es sich um eine kapitalistisch strukturierte Gesellschaft,

203 BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 = NJW 2019, 1289 = ZIP 2019, 666 = NZG 2019, 624; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 47; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 107; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 74; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 51; *Altmeppen*, ZIP 2001, 1837, 1841 f.

204 Auf die umstrittenere Frage, ob die Treuepflicht vollständig abbedungen werden kann, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, vgl. hierzu ausführlich *Mann*, Abdingbarkeit der Treuepflicht; *Haunschild*, Die Abdingbarkeit der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 150 ff.

205 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 109a; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 38; bezüglich der Frage des pauschalen Verzichts ist ebenfalls auf die Diskussion um die Abdingbarkeit zu verweisen.

insbesondere um eine Publikumsgesellschaft handelt.²⁰⁶ Es liegt nahe, entsprechend dem Grundsatz, dass Rechtsmacht und Rechtspflicht Hand in Hand gehen, das grundsätzliche Bestehen gesteigerter Pflichtenbindungen in Form der Treuepflicht von der Einflussmöglichkeit des Gesellschafters abhängig zu machen.²⁰⁷ An eine fehlende Treuepflichtbindung wäre daher gerade bei Minderheits- bzw. Kleingesellschaftern zu denken. So fehlt es neben ihrer nur minimalen Beteiligung in horizontaler Ebene an einer Beziehung der Gesellschafter untereinander. Das Verhältnis der Gesellschafter reicht häufig bis hin zur vollständigen Anonymität. Im Hinblick auf die Gesellschaft stellt sich die Frage, ob einem rein kapitalistisch beteiligten Aktionär eine Mitwirkungspflicht auferlegt werden soll oder diesem nicht vielmehr zugestanden werden muss, lediglich seine Dividende zu beziehen und sich im Übrigen nicht um das Schicksal der Gesellschaft kümmern zu müssen.²⁰⁸

a. Wirkungsbezogene Treuepflicht

Nach dem von *Dreher* herausgearbeiteten Konzept der „wirkungsbezogenen Treuepflicht“ soll eine Treuepflichtbindung dann gegeben sein, wenn eine entsprechende Einwirkungsmöglichkeit auf die mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter besteht.²⁰⁹ Dies ist in erster Linie bei Mehrheitsaktionären der Fall, da diese, insbesondere durch Ausübung ihres Stimmrechts, Hauptversammlungsbeschlüsse herbeiführen können. Eine Einflussmöglichkeit nimmt *Dreher* aber auch für Inhaber von Sperr-

206 So etwa *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14, der eine Treuepflichtbindung in der AG grundsätzlich verneint; jedenfalls im horizontalen Verhältnis ablehnend RG, Urt. v. 21. September 1938 – Az.: II 183/37, RGZ 158, 248, 254.

207 Vgl. BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136, 148 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13. Januar 2009 – Az.: 5 U 183/07, NZG 2009, 222 = ZIP 2009, 271 = WM 2009, 309; *Lutter*, ZHR 1989, 446, 453; *Dreher*, ZHR 1993, 150, 156 ff.; allerdings ablehnend *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 117 Rn. 77.

208 *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14 f.

209 *Dreher*, ZHR 1993, 150 ff.

minoritäten oder Koalitionsaktionäre an.²¹⁰ Eine relevante Einwirkungsmöglichkeit soll daher ebenfalls in den Fällen vorliegen, in denen die Rechtsmacht im Einzelfall genügt, um eine Maßnahme zu verhindern, und somit ein Gefahrenpotential gerade doch gegeben ist. Neben den genannten Beispielen ist dies etwa bei einstimmigen Beschlüssen oder im Hinblick auf sonstige Individualrechte, wie etwa das Anfechtungsrecht oder das Rederecht in der Hauptversammlung, der Fall.²¹¹ Nach dem Konzept der wirkungsbezogenen Treuepflicht sollen Gesellschafter, die über keine Einwirkungsmacht auf die mitgliedschaftlichen Interessen ihrer Mitgesellschafter verfügen, einer Treuepflichtbindung nicht unterfallen. Kleinaktionäre bzw. Kleingesellschafter träfe diese daher nur in Ausnahmefällen.

b. Inhaltsbezogene Treuepflicht

Diesem Ansatz wird das Konzept der „inhaltsbezogenen Treuepflicht“ entgegengehalten.²¹² Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass es nicht auf ein Mehr oder Weniger an Pflichtenbindung des einzelnen Aktionärs ankomme, sondern allein ein inhaltlicher Maßstab maßgeblich sei. Dieser Auffassung nach spielt der Umfang der ausgeübten Rechtsmacht für das Bestehen einer Treuepflichtbindung gerade keine Rolle.²¹³ Im Hinblick auf die Stimmrechtsausübung liegt eine Treuepflichtverletzung beispielsweise dann vor, wenn der Inhalt des konkreten Beschlussgegenstandes ein bestimmtes Stimmverhalten zwingend erforderlich macht und ein abweichendes Stimmverhalten treuwidrig wäre, und zwar unabhängig von der jeweiligen Stimmmacht. Die bestehende Treuepflichtbindung träfe also

210 Vgl. ausführlich *Dreher*, ZHR 1993, 150, 156 ff.

211 *Wiedemann*, DB 1993, 141, 143; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1054; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 53 Rn. 82; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77.

212 Wohl h. M., *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor 53a Rn. 26; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53 Rn. 50; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh. § 53a Rn. 73; *Jannott/Hagemann*, in: Frodermann/Jannott Handbuch AktR, 2. Kapitel V. 3.3 Rn. 197; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77; *Henze*, BB 1996, 489, 496; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1054.

213 *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53 Rn. 50; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1054; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 237.

alle Gesellschafter gleichermaßen, da die in Frage stehende Stimmrechtsausübung gegen die Treuepflicht verstoßen würde oder eben nicht.

c. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung vertrat in der *Linotype*-Entscheidung noch, dass die Gesellschafterpflichten eines Kleinaktionärs in der Regel nicht von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bestimmt würden.²¹⁴ Allerdings gilt zu beachten, dass diese Aussage im Zusammenhang mit der erstmaligen Feststellung steht, dass eine Treuepflicht grundsätzlich auch zwischen Aktionären besteht.²¹⁵ Dem zustimmend führte das OLG Frankfurt a. M. jüngst in einer Entscheidung aus:

„[...] Treuebindungen bestehen auch zwischen den Aktionären [...]. Dass die Gesellschafterpflichten eines Kleinaktionärs in der Regel nicht von gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten bestimmt werden [...], befreit den Kleinaktionär nicht von besonderen Rücksichten bei der Erhebung einer aktienrechtlichen Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage. Der Kleinaktionär ist zur Treue gegenüber einem Großaktionär regelmäßig nicht angehalten, weil er ohnehin keinen ausreichenden Einfluss nehmen kann. Anders verhält es sich jedoch im Bereich der Hauptversammlungsklagen, denn hierfür spielt der Umfang des Aktienbesitzes keine Rolle. Der Kleinaktionär hat die Möglichkeit, gesellschaftsbezogenen Interessen der anderen Aktionäre, auch der Großaktionäre, zuwider zu handeln und diese trotz seines geringen Anteilsbesitzes wirtschaftlich zu beschädigen.“²¹⁶

Mit der *Girmes*-Entscheidung²¹⁷ ging der BGH noch einen Schritt weiter und entschied, dass auch den Minderheitsgesellschafter grundsätzlich eine Treuepflichtbindung treffe. Er ließ dabei allerdings offen, ob der von *Dre-*

214 BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („*Linotype*“), BGHZ 103, 184, 195 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325, bestätigt in BGH, Urt. v. 22. Juni 1992 – Az.: II ZR 178/90, ZIP 1992, 1464, 1470 f. = DB 1992, 2284 = Die AG 1993, 28; zustimmend auch OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13. Januar 2009 – Az.: 5 U 183/07, NZG 2009, 222, 223 = ZIP 2009, 271 = WM 2009, 309.

215 *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 174.

216 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13. Januar 2009 – Az.: 5 U 183/07, NZG 2009, 222, 224 = ZIP 2009, 271 = WM 2009, 309.

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

her entwickelten Ansicht der wirkungsbezogenen Treuepflicht zu folgen ist, entschied sich dann im Hinblick auf die Stimmrechtsausübung aber faktisch für die inhaltsbezogene Treuepflicht, wenn er weiter ausführt:

„Geht man davon aus, dass die Frage, ob den Aktionär bei der Stimmrechtsausübung eine Treuepflicht gegenüber den übrigen Aktionären trifft, nach dem Inhalt der jeweils in Betracht kommenden Pflicht, nicht aber nach dem Umfang der Pflichtenbindung zu entscheiden ist, ist die Treuepflichtbindung für die Aktionäre jeder der drei genannten Gruppen relevant, gleichgültig, ob die Voraussetzungen der Antrags- oder Sperrminorität zufällig eintreten oder aufgrund eines gemeinsamen Sachziels erreicht werden. Entscheidend ist danach – wie bei der Relevanz der Zufallsmehrheit – allein, ob die jeweilige Stimmrechtsausübung des einzelnen Aktionärs pflichtwidrig ist und die Zahl der pflichtwidrig abgegebenen Stimmen den Prozentsatz der für das Vorliegen einer Sperrminorität erforderlichen Stimmen ausmacht.“²¹⁸

d. Stellungnahme

Nach der wirkungsbezogenen Treuepflicht nach *Dreher* unterfallen Minderheitsgesellschafter grundsätzlich keiner Treuepflichtbindung. Dass dies im Einzelfall nicht gelten soll, nämlich insbesondere dann nicht, wenn dem Minderheitsgesellschafter situativ doch ein gewisser Einfluss zukommt, zeigt, dass eine pauschale Ablehnung der Treuepflicht für Minderheitsgesellschafter keinesfalls angenommen werden kann. Deutlich wird dies auch durch die einschlägige Rechtsprechung. Lässt das OLG Frankfurt a. M. zwar eine gewisse Tendenz zur wirkungsbezogenen Treuepflicht erkennen, macht es jedenfalls für den Bereich der Hauptversammlungsklage eine Ausnahme und geht davon aus, dass eine Treuepflicht des Kleinaktionärs nur „regelmäßig“ nicht bestehe. Keine Zweifel lässt jedenfalls der BGH, der in der *Girmes*-Entscheidung ausführt, dass auch den Minderheitsgesellschafter grundsätzlich eine Treuepflichtbindung treffe. Deshalb ist die Annahme einer fehlenden Treuepflichtbindung für Kleinaktionäre jedenfalls in dieser Pauschalität sowohl im vertikalen Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter als auch im horizontalen Verhältnis abzulehnen.

218 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 146 f. = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

Darüber hinaus ist, wie in der *Girmes*-Entscheidung angedeutet, der von *Dreher* vorgenommene Regel-Ausnahme-Grundsatz hinsichtlich der Treuepflichtbindung von Minderheitsaktionären umzukehren. Der BGH führte hierzu aus:

„Damit ist [...] die Beantwortung der Frage offengeblieben, ob die Treuepflicht über die Begrenzung der Mehrheitsherrschaft hinaus dem Aktionär allgemein Schranken bei der Ausübung seiner Mitgliedschafts-, insbesondere seiner Mitverwaltungs- und Kontrollrechte setzt. Das ist mit der nahezu einhellig im Schrifttum vertretenen Meinung grundsätzlich zu bejahen.“²¹⁹

Begrenzt nun die Treuepflicht nicht nur die Mehrheitsherrschaft, sondern legt dem Aktionär allgemein Schranken auf, so spricht dies für eine Treuepflichtbindung aller Gesellschafter, ungeachtet ihrer Stellung als Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafter. Lediglich in gewissen Konstellationen mögen diese entfallen. Diese Treuepflichtbindung aller Gesellschafter rührt daher, dass die durch die Mitgliedschaft eingeräumten Rechte – wenn auch noch so geringe – Einflussmöglichkeiten begründen. Diese sind jenseits von Mitentscheidungsbefugnissen bei strukturändernden Beschlüssen und Eingriffen in Entscheidungsfindungsprozesse zumindest bei dem möglichen Zusammenwirken mit anderen Minderheitsaktionären, etwa durch Stimmbindungsverträge, und spätestens bei Individualrechten, wie dem Auskunfts- und Klagerecht, gegeben.²²⁰ Mag die Möglichkeit der Einflussnahme und der damit gegebenenfalls einhergehenden Treuepflichtbindung auch gegen „null“ gehen, so bleibt doch immer eine „Resttreuepflicht“ erhalten. Auch ein Minderheitsaktionär verpflichtet sich durch seine Mitgliedschaft zur Förderung der Gesellschaft und damit sachlogisch auch dazu, eine Schädigung der Gesellschaft zu unterlassen. Im horizontalen Verhältnis darf eine Anonymität ebenfalls nicht zum Freibrief für rücksichtsloses Verhalten werden. So darf ein Gesellschafter darauf vertrauen, dass die durch die gemeinsame Mitgliedschaft eingeräumte (wenn auch geringe) Einwirkungsmöglichkeit in eigene Rechts- bzw. Vermögenspositionen nicht willkürlich, obstruktiv und schädigend ausgeübt wird. Eine fehlende Treuepflichtbindung kann nicht allein deshalb angenommen werden, weil sich mangels Einflusses sein treuwidriges Verhalten im Ergebnis nicht auswirkt. Darüber hinaus darf – obgleich die Einwir-

219 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 143 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

220 Guntz, Treubindungen von Minderheitsaktionären, S. 160.

kungsmöglichkeit regelmäßig sehr gering sein wird – die Tatsache nicht übersehen werden, dass je geringer die eigene Beteiligung, desto größer der Anteil der Drittinteressen ist, auf deren Gestaltung der Gesellschafter Einfluss nehmen kann.²²¹

Dafür, dass eine Treuebindung nicht nur im Falle einer tatsächlichen Wirkung (wirkungsbezogen) gegeben sein kann, sprechen auch Aspekte der Rechtssicherheit. So wird es für den jeweiligen Gesellschafter schwerlich immer nachzuvollziehen sein, wann sein Handeln eine tatsächliche Wirkung aufweist oder nicht. Ob die jeweilige Handlung eine Wirkung hatte oder folgenlos blieb, ist im Rahmen der Rechtsfolge bzw. Kausalität zu berücksichtigen. Für die Frage, ob eine Treuepflichtbindung gegeben ist, kann es hierauf jedoch nicht ankommen.

Eine Treuepflichtbindung wird folglich im Großteil aller Fälle gegeben sein. Eine Ausnahme ist lediglich dann gegeben, wenn eine Einflussmöglichkeit im Hinblick auf eine Maßnahme bzw. ein Verhalten von vorneherein überhaupt nicht besteht oder schon gar nicht möglich ist. Mit steigender Einflussmöglichkeit kommt es dabei zu einer höheren quantitativen Treuepflichtbindung. So kann der Mehrheitsgesellschafter bei Ausübung seiner Kompetenzen im Vergleich zum Kleingesellschafter viel mehr Maßnahmen treffen, durch die die Interessen der Gesellschaft oder Mitgesellschafter treuwidrig beeinträchtigt werden.²²² Die Einflussmöglichkeit des Gesellschafters beeinflusst folglich den Umfang der Treuepflicht. Da der Handlungsspielraum des Kleingesellschafters gering ist, wird eine Treuepflichtbindung für ihn seltener zum Tragen kommen.²²³ Deutlich wird dies an folgendem Beispiel:

Gem. § 327a AktG kann ein Mehrheitsgesellschafter einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, dem Aktien der Gesellschaft in Höhe von 95 Prozent des Grundkapitals gehören, die Übertragung der Aktien der übrigen Aktionäre gegen Barabfindung verlangen („Squeeze-Out“). Wie zuvor ausgeführt, stellt dies zwar eine Grenze der Treuepflicht dar, allerdings gilt es bei der Umsetzung, dennoch die Treuepflichten zu beachten. Diese Treuepflicht kann, da ein solcher Squeeze-out nur vom Mehrheitsaktionär vorgenommen werden kann, offensichtlich auch nur dem Mehrheitsgesellschafter zukommen.

221 *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 44.

222 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 66.

223 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 74; so wohl auch *Spindler*, in: Münch-Komm AktG, § 117 Rn. 77.

Auch wenn, wie gezeigt, eine Treuepflicht nicht *per se* aufgrund einer Minderheitsbeteiligung ausscheidet, wird das Ausgeführte von dem Grundsatz gestützt, dass der Gesellschafter nicht mehr schuldet, als er versprochen hat. Demnach ist auch die persönliche konkrete Treuepflicht auf das tatsächlich Versprochene zu reduzieren.

III. Fazit

Anlehnend an den BGH ist von einem einheitlichen Rechtsinstitut auszugehen. Inhaltlich umfasst das Rechtsinstitut als allgemeine Treuepflicht sämtliche Fallgestaltungen, in denen eine Nichtbeachtung anerkennenswerter Belange und Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter sowie eine unterlassene Förderung des Gesellschaftszwecks nicht ausgeschlossen werden kann. Aus dieser allgemeinen Treuepflicht ist die konkrete Treuepflicht zu entwickeln, die den konkreten Gesellschafter in der konkreten Gesellschaft trifft. Der Treuepflicht kommt folglich grundsätzlich der gleiche Inhalt zu, jedoch ist der Umfang der Treuepflicht im Einzelfall einzugrenzen.²²⁴ Die konkrete Treuepflicht findet sowohl im konkreten Gesellschaftsvertrag als auch im geschriebenen Recht ihre Grenzen. Bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs trifft die Treuepflicht lediglich die Gesellschafter bzw. die Gesellschaft. Dritte, insbesondere Gläubiger, sind von der Treuepflicht weder geschützt noch durch sie verpflichtet. Mangelnder Einfluss führt entgegen teilweise vertretenen Ansicht nicht zu einer Befreiung der Treuepflicht, der Ansatz der wirkungsbezogenen Treuepflicht ist abzulehnen. Fehlender Einfluss wird sich jedoch regelmäßig auf den Umfang der Treuepflicht auswirken, da aufgrund des geringeren Handlungsspielraums diese seltener zum Tragen kommen wird.

224 Im Ergebnis wie hier *Arnold*, in: MünchKomm BGB, § 38 Rn. 40; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77.

Kapitel 4: Konkrete Verhaltenspflicht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Rechtsausübung durch den Gesellschafter

I. Bei (drohender) Schädigung der Gesellschaft

1. Anwendungsbereich der Treuepflicht

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

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

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

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

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

2. Verhältnismäßigkeit

a. Legitimer Zweck

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

b. Geeignetheit

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

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

c. Erforderlichkeit

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

d. Angemessenheit

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

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

aa. Interesse des Gesellschafters

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

(1) Schutzwürdiges Interesse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Unternehmerisches Ermessen

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

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

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

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

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

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

bb. Interesse der Gesellschaft

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

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

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

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

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

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

cc. Intensität der Treuepflicht

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

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

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

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

(1) Wirtschaftliche Lage

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Einfluss des jeweiligen Gesellschafters

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Rechtsform/Realstruktur

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

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

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

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

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

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

(4) Gesellschaftszweck

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

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

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

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

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

(5) Dauer der Beteiligung

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

(6) Vorverhalten/Geschaffenes Vertrauen

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

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

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

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

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

(7) Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag/Gesellschaftervereinbarungen

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

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

293 Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 4 D IV.

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

(8) Rechtsausübung selbst

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

dd. Abwägung und sonstige Faktoren

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Bei (drohender) Schädigung des Gesellschafters

1. Anwendungsbereich der Treuepflicht

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

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

2. Verhältnismäßigkeit

a. Legitimer Zweck und Geeignetheit

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

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

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

b. Erforderlichkeit

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

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

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

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

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

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

c. Angemessenheit

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

aa. Interesse des Gesellschafters

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

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

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

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

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

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

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

bb. Interesse des Mitgesellschafter

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

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

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

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

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

cc. Intensität der Treuepflicht

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

(1) Einfluss des Gesellschafters

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

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

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

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

(2) Wirtschaftliche Lage

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

(3) Rechtsform/Realstruktur

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

310 Zur vertikalen Treuepflicht siehe Fn. 268.

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

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

(4) Gesellschaftszweck

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

(5) Dauer der Beteiligung

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

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

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

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

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

(6) Vorverhalten und Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bzw. Gesellschaftervereinbarungen

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

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

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

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

316 Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 4 D IV.

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

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

(7) Rechtsausübung selbst

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

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

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

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

dd. Abwägung und sonstige Faktoren

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

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

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

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

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

B. Rechtsausübung der Gesellschaft

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

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

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

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

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

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

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

I. Anwendungsbereich der Treuepflicht

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

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

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

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

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

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

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

II. Verhältnismäßigkeit

1. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit

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

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

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

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

2. Angemessenheit

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

a. Interesse der Gesellschaft

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

b. Interesse des Gesellschafters

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

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

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

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

c. Intensität der Treuepflicht

aa. Wirtschaftliche Lage

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

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

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

bb. Einfluss des Gesellschafters

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

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

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

cc. Rechtsform, Realstruktur und Gesellschaftszweck sowie Dauer der Beteiligung

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

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

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

dd. Vorverhalten und Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag bzw. Gesellschaftervereinbarungen

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

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

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

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

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

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

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

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

ee. Rechtsausübung selbst

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

d. Abwägung und sonstige Faktoren

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

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

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

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

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

C. Speziell: Stimmrechtsausübungen

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

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

I. Stimmrechtsausübungen in Ansehung der Treuepflicht

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

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

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

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

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

1. Voraussetzung: Anwendungsbereich der Treuepflicht

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

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

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

2. Verhältnismäßigkeit

a. Legitimer Zweck

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

b. Geeignetheit

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

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

aa. Formelle Geeignetheit

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

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

- Zustimmungspflichten; insbesondere: Satzungsänderung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

355 Hüffner, FS Steindorff, S. 71.

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

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

bb. Materielle Geeignetheit

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

c. Erforderlichkeit

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

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

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

aa. Formelle Erforderlichkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb. Materielle Erforderlichkeit

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

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

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

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

d. Angemessenheit

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

aa. Interesse des Gesellschafters

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

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

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

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

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

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

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

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

bb. Interesse der Gesellschaft/Mitgesellschafter

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

cc. Intensität der Treuepflicht

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

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

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

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

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

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

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

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

dd. Abwägung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Rechtsprechung

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

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

a. Sachverhalt

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

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

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

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

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

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

b. Treuepflichtprüfung

aa. Anwendungsbereich der Treuepflicht

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

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

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

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

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

bb. Verhältnismäßigkeit

(1) Legitimer Zweck

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

(2) Geeignetheit

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

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

(3) Erforderlichkeit

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

(4) Angemessenheit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Sachverhalt

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Treuepflichtprüfung

aa. Anwendungsbereich der Treuepflicht

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

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

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

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

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

bb. Verhältnismäßigkeit

(1) Legitimer Zweck

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

(2) Geeignetheit

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

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

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

(3) Erforderlichkeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Verhaltenspflicht genügt damit den Maßstäben der Erforderlichkeit.

(4) Angemessenheit

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

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

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

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

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

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

D. Gesetzlich normierte Ausprägungen der Treuepflicht

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

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

I. Wettbewerbsverbot

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

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

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

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

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

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

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

II. Gleichbehandlungsgebot

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Kündigung zur Unzeit

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Behandlung von „vergleichbaren Anwendungsfällen“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

410 Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 71.

411 Timm, WM 1991, 481, 491.

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

- Speziell: Geschäftschancenlehre

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E. Fazit

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

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

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

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 Ausschluss- (§ 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: MünchKomm HGB, § 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: BeckOK 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 *Looscherlders/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; *Habermeier*, 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

Obleich 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; *Liebscher*, 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 *Altmeyden*, 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 = AZ 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; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen 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; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen 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 Vertragungsbeschlüsse aber nicht mehr erfolgt.⁷⁴⁸ Das ergibt sich daraus, dass ein schutzwürdiges Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Bestandskraft eines Vertragungsbeschlusses 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 verstoßend 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 Verfassungsbeschlüsse 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: Münch-Komm 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; *Seibt*, 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 mildereren 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 Treupflicht 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 Gesellschafters 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; *Sosnitz*, 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: Hölters 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 Gestaltungs-klage. 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 personengesellschaftsrechtlichen 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 *Limper*, 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.

Kapitel 6: Ergebnis und Zusammenfassung in Thesen

Die Treuepflicht erweist sich als ein flexibles und umfassendes Instrument zur Auflösung innergesellschaftlicher Spannungen. Wünschenswert wäre sicherlich eine Daumenregel oder zumindest eine möglichst einfache Antwort auf die Frage, ob eine Treuepflichtverletzung gegeben ist oder nicht. Obgleich ein Großteil aller gesellschaftsrechtlichen Fallgestaltungen Subjekte der allgemeinen Treuepflicht sind, so gilt es – soll das Institut nicht als Allzweckwaffe überdehnt werden –, stets auf die Umstände des Einzelfalles zu achten und zunächst sorgfältig den Umfang der konkreten Treuepflicht festzustellen, bevor eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen wird. Eine solche ist unter Berücksichtigung der rechtsfunktionellen Begründung der Treuepflicht auch unabwendbar. Einzig die Abwägung der konkreten Interessen kann zu einer interessengerechten Versöhnung derselben führen. Eine generell-abstrakte, pauschale Antwort darauf, ob eine Verhaltenspflicht qua Treuepflicht bzw. ein Verstoß gegen diese vorliegt, kann es folglich nicht geben.

Selbiges muss auf Rechtsfolgenrechte gelten. Zwar wäre auch hier eine einfache „Wenn-dann“-Regel besonders für die Praxis hilfreich, allerdings kann eine solche Regel auch hier, nicht nur aufgrund der Vielzahl an Fallgestaltungen, sondern auch aufgrund der vielen konkreten gesellschaftsspezifischen Besonderheiten, zu keinem interessengerechten Ergebnis führen. Daher bedarf es auch auf Rechtsfolgenrechte einer erneuten Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Die Antworten, welche die Treuepflicht darreicht, werden sich nach den erarbeiteten Ergebnissen in den jeweiligen Praxisfällen selten einfach erbringen lassen. Allerdings werden diese zu einem möglichst (interessen)gerechten Ergebnis führen. Um das Ziel der Treuepflicht zu erreichen und den Interessenausgleich zu bewirken, ist der Preis der Simplizität unausweichlich aufzubringen. Das erarbeitete Schema soll jedoch seinen Teil zu einer möglichst praxisfreundlichen Handhabung beitragen und größtmögliche Klarheit für die Fragen nach dem Verstoß und der Rechtsfolge der Treuepflicht schaffen.

Im Ergebnis sind somit folgende Thesen und abschließendes Prüfungsschema festzuhalten:

1. Hinsichtlich der Rechtsgrundlage der Treuepflicht ist zwischen der rechtsfunktionellen Begründung, dem Anknüpfungs- oder Entstehungsgrund sowie der positiv-rechtlichen Grundlage der Treuepflicht zu unterscheiden.
2. Die Entstehungsgrundlage der Treuepflicht ist im Mitgliedschaftsverhältnis bzw. dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung zu finden. Diese vermitteln ein Sonderrechtsverhältnis, welches durch die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit in den Rechtskreis des Mitgesellschafters begründet wird.
3. Die rechtsfunktionelle Begründung der Treuepflicht beantwortet die Frage nach dem „Warum“ der Treuepflicht. Sie ergibt sich zunächst aus dem übergeordneten Ziel des Interessenausgleichs, dessen Bedürfnis aus der zwangsweisen „Offenheit“ des Gesellschaftsverhältnisses folgt. Um diesen Interessenausgleich zu gewährleisten, folgen hieraus als weitere rechtsfunktionelle Begründungen der Treuepflicht notwendigerweise die Sicherstellung der Förderung der Gesellschaft und das Bedürfnis nach Rücksichtnahme aufgrund der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung.
4. Im System der schuldrechtlichen Pflichten ist die Treuepflicht nicht als eine Schutz-, Rücksichtnahme- oder Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB, sondern als eine Leistungspflicht nach § 241 Abs. 1 BGB einzuordnen.

Die Wurzel der Treuepflicht ist sowohl in § 705 BGB als auch in § 242 BGB zu finden, aus welchen sich im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung die Treuepflicht in ihrer heutigen Form herausgebildet hat. Hierin ist die positiv-rechtliche Grundlage der Treuepflicht zu verorten.

5. Bei der Treuepflicht handelt es sich nicht um einen Sammelbegriff oder „Flickenteppich“ aus unterschiedlichen Teilpflichten, sondern um ein einheitliches Rechtsinstitut. Inhaltlich ist zwischen der allgemeinen und der konkreten Treuepflicht zu unterscheiden. Während erstere den Inhalt der Treuepflicht als Rechtsinstitut beschreibt, handelt es sich bei der konkreten Treuepflicht hingegen um den tatsächlichen Umfang der Treuepflicht im Einzelfall.
6. Die allgemeine Treuepflicht umfasst inhaltlich sowohl Förder- als auch Rücksichtnahmepflichten. Sie umfasst daher sämtliche Maßnahmen, in denen entweder die Förderung des Gesellschaftszweckes oder die

- Rücksichtnahme gegenüber Gesellschaft und/oder Gesellschafter tan-
giert werden und eine Verletzung möglich erscheint.
7. Der so entstehende beinahe uferlose Anwendungsbereich der Treue-
pflicht wird durch die konkrete Treuepflicht eingegrenzt. Die konkre-
te Treuepflicht findet sowohl im jeweiligen Gesellschaftsvertrag als
auch im geschriebenen Recht ihre Grenzen. Bezüglich des persönli-
chen Anwendungsbereichs trifft die Treuepflicht lediglich die Gesell-
schafter bzw. die Gesellschaft. Dritte, insbesondere Gläubiger, sind
von der Treuepflicht weder geschützt noch unter ihr verpflichtet.
 8. Ein Verstoß gegen die Treuepflicht ist dann gegeben, wenn im Anwen-
dungsbereich der jeweils geltenden konkreten Treuepflicht eine kon-
krete Verhaltenspflicht in Form einer Handlungs- oder Unterlassungs-
pflicht vorliegt und diese nicht befolgt oder dieser gar zuwidergehan-
delt wird. Um festzustellen, ob eine solche konkrete Verhaltenspflicht
besteht, ist ausgehend von der jeweils in Frage stehenden Rechtsaus-
übung zu unterscheiden, wem gegenüber ein Schaden zu entstehen
droht oder entstanden ist. Eine Einschränkung der Rechtsausübung
durch eine Verhaltenspflicht ist erst dann gerechtfertigt, wenn nach
sorgfältiger Interessenabwägung ein überwiegendes Interesse der be-
einträchtigten oder geschädigten Partei festzustellen ist. Diese Inter-
essenabwägung erfolgt dabei im Rahmen einer Verhältnismäßigkeits-
prüfung. Gelangt man mit der so durchgeführten Interessenabwägung
zum Ergebnis, dass die geprüfte Handlungs- oder Unterlassungspflicht
verhältnismäßig ist, besteht folglich eine Verhaltenspflicht, deren
Nichtbeachtung besagten Verstoß gegen die mitgliedschaftliche Treue-
pflicht darstellt.
 9. Entgegen der wohl h. M. muss nicht der Gesellschafter bei der Aus-
übung seiner Rechte dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Genüge tun,
vielmehr muss die ihm auferlegte Pflicht dem Verhältnismäßigkeits-
grundsatz genügen. Das ergibt sich nicht zuletzt schon aus der Privat-
autonomie. Die jeweils aufzuerlegende Pflicht muss daher einen legiti-
men Zweck aufweisen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.
 10. Im Rahmen der Angemessenheit sind die jeweiligen schutzwürdigen
Interessen gegeneinander abzuwägen und in Ausgleich zu bringen.
Hierbei gilt es insbesondere, die Intensität der Treuepflicht in der
jeweiligen Waagschale des geschützten Interesses einzustellen. Hierzu
sind in einer Gesamtschau die in Rechtsprechung und Literatur her-
ausgearbeiteten Faktoren zu berücksichtigen (z. B. die wirtschaftliche
Lage der Gesellschaft, der Einfluss des jeweiligen Gesellschafters oder
die Rechtsform bzw. Realstruktur der Gesellschaft).

11. Es existieren vereinzelte Kodifizierungen der Treupflicht. Hierbei gilt es, den jeweiligen Tatbestand zu beachten. Liegt ein sog. „vergleichbarer Anwendungsfall“, also eine Fallkonstellation in einer anderen Gesellschaftsform vor, die jedoch der gesetzlichen Konzeption gleicht, so ist eine Treuwidrigkeit widerlegbar zu vermuten.
12. Mangels vom Gesetzgeber über Schadensersatz und Eintrittsrecht hinausgehender vorgesehener Rechtsfolgen für die normierten Ausprägungen der Treupflicht kann anders als auf Tatbestandsebene keine konkrete Auswirkung bzw. Ausstrahlungswirkung auf die sog. „vergleichbaren Anwendungsfälle“ angenommen werden. Dennoch können die von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze und Voraussetzungen zu den normierten Ausprägungen für weitergehende Rechtsfolgen auch für die vergleichbaren Anwendungsfälle fruchtbar gemacht werden.
13. Das Ziel der Treupflicht als Interessenausgleich muss auch auf Rechtsfolgenseite 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 Treupflicht) erreicht werden kann, also ob der drohende oder schon entstandene Schaden abgewendet bzw. die jeweilige Verhaltenspflicht noch durchgesetzt werden kann (Primärebene). In einem zweiten Schritt stellt sich sodann die Frage, ob es hierdurch zu einem angemessenen Interessenausgleich gekommen ist oder es womöglich weiterer Sanktionen bedarf (Sekundärebene).
14. Lässt sich der Schaden noch abwenden bzw. die Verhaltenspflicht noch durchsetzen, so ist zwischen den beiden denkbaren Verhaltenspflichten zu unterscheiden. Demzufolge ist auf Primärebene eine Differenzierung nach Unterlassungs- und Handlungspflichten angezeigt. Die Verletzung einer Unterlassungspflicht begründet die Einwendung der Rechtswidrigkeit des entsprechenden Verhaltens bzw., sofern keine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit besteht (was zumeist der Fall sein wird), sogar Nichtigkeit. Die Verletzung einer Handlungspflicht begründet einen Erfüllungsanspruch, der im Wege der Leistungsklage durchgesetzt werden kann. Die unmittelbare Begründung eines neuen Rechts, also das Fingieren des treugemäßen Verhaltens, kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.
15. Im Rahmen der Sekundärebene muss überprüft werden, ob es auf Primärebene bereits zu einem angemessenen Interessenausgleich gekom-

men ist. Ist dies nicht der Fall, bedarf es weiterer Sanktionen. Kann der Schaden nicht mehr abgewendet werden, so besteht regelmäßig ein Anspruch auf Schadensersatz. Reicht dieser allein nicht aus, um den Interessenausgleich herbeizuführen, kommen weitere Sanktionen wie die Einziehung, der Ausschluss oder die Auflösung in Betracht. Hierbei gilt es, auch auf Sekundärebene eine eigenständige Interessenabwägung bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Diese findet regelmäßig unter der Voraussetzung des von den meisten Sanktionen vorausgesetzten 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 diesbezügliche Verhältnismäßigkeit ist widerlegbar zu vermuten.

16. 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. Liegt ein Beschluss vor, ist dieser grundsätzlich zunächst im Wege der Anfechtungsklage zu beseitigen. Als Haftungsmaßstab bleibt es für Personengesellschaften bei der *diligentia quam in suis* nach § 708 BGB. Etwas anderes gilt jedoch, sofern gesellschaftsvertragliche Regelungen bestehen oder aufgrund der bei Publikums- gesellschaften oder kapitalistisch strukturierten Handelsgesellschaften vorzunehmenden teleologischen Reduktion. Eine entsprechende Anwendung von § 708 BGB 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. Ein Gesellschafter kann sich im Fall der sog. Kollegialentscheidung 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.

17. Prüfungsschema:

Tatbestand

- I. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Treuepflicht
 1. Allgemeine Treuepflicht
 2. Konkrete Treuepflicht
 - a. Sachliche konkrete Treuepflicht (Inhalt)
 - b. Persönliche konkrete Treuepflicht
- II. Verhaltenspflicht (Verhältnismäßigkeitsprüfung)
 - Vorüberlegung: Liegt ein sog. „vergleichbarer Anwendungsfall“ vor?
 - 1. Legitimer Zweck
 - 2. Geeignetheit
 - 3. Erforderlichkeit
 - 4. Angemessenheit
 - a. Interesse des Gesellschafters/der Gesellschaft (dem/der etwaige Verhaltenspflicht zukommt)
 - aa. Schutzwürdigkeit
 - bb. Unternehmerisches Interesse
 - b. Interesse des/der Mitgesellschafter bzw. der Gesellschaft
 - c. Intensität der Treuepflicht
 - Insbesondere: *Wirtschaftliche Lage, Einfluss des jeweiligen Gesellschafters, Rechtsform/Realstruktur, Gesellschaftszweck, Dauer der Beteiligung, Vorverhalten/Geschaffenes Vertrauen, Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag/Gesellschaftervereinbarungen, Rechtsausübung selbst*
 - d. Sonstige Faktoren und Abwägung

Rechtsfolgen

- I. Primärebene
 1. Verletzung einer Unterlassungspflicht
 - a. Einwendung der Rechtswidrigkeit
 - b. Nichtigkeit
 2. Verletzung einer Handlungspflicht
 - a. Erfüllungsanspruch
 - b. Ausnahmsweise Fingieren des treugemäßen Verhaltens
- II. Sekundärebene
 1. Schadensersatz
 2. Herausgabeanspruch/Eintrittsrecht
 3. Weitergehende Sanktion
 - Insbesondere: *Ausschluss/Einziehung, Auflösung, Entziehung von Geschäftsführung/Vertretungsmacht/Stimmrecht*

Literaturverzeichnis

- Abramenko, Andrik*, Schadensersatz für unzureichende Beschlussfassungen – Zur Diskussion um die Entscheidung des BGH vom 13.7.2012 – V ZR 94/11, ZMR 2012, 974 ff., Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 2013, S. 174–177.
- Altmeyden, Holger*, Beschlussfeststellung, Stimmrecht und Klageobliegenheit in der GmbH, GmbH-Rundschau 2018, S. 225–231.
- ders.*, Machtverhältnisse bei Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers in der GmbH aus „wichtigem Grund“, Neue Juristische Wochenschrift 2016, S. 2833–2839.
- ders.*, Grundlegend Neues zum „qualifizierten faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH – Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 17.09.2001 – II ZR 178/99 „Bremer Vulkan“, ZIP 2001, 1874, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, S. 1837–1847.
- Angerer, Lutz/Geibel, Stephan/Süßmann, Rainer* (Hrsg.), Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) – Kommentar, 3. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Angerer/Geibel/Süßmann WpÜG).
- Armbrüster, Christian*, Grundlagen und Reichweite von Wettbewerbsverboten im Personengesellschaftsrecht, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 261–273.
- Armbrüster, Christian/Kräber, Norman*, Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums durch die Gemeinschaft – Verband als weiteres Verwaltungsorgan?, Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht 2014, S. 1–8.
- Armbrüster, Christian/Becker, Matthias/Bub, Wolf-Rüdiger/Reiß-Fechter, Dagmar/Wenzel, Joachim* (Hrsg.), Festschrift für Werner Merle zum 70. Geburtstag – Recht des Wohnens – Gestalten im Weitblick, München 2010.
- Bachmann, Gregor*, Die Einmann-AG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2001, S. 961–971.
- Bachmann, Gregor/Eidenmüller, Horst/Engert, Andreas/Fleischer, Holger/Schön, Wolfgang*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, Berlin 2012 (zitiert: *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft).
- Bamberger, Heinz G./Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 52. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB).
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/Hopt, Klaus J./Kumpan, Christoph/Merkt, Hanno/Roth, Markus (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 39. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt HGB).
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/Hueck, Alfred (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kurzkommentar, 22. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck GmbHG).

- Baumbach, Adolf (Begr.)/Hueck, Alfred (Hrsg.), Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck AktG).
- Bayer, Walter/Möller, Sven, Beschlussmängelklagen de lege lata und de lege ferenda, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2018, S. 801–811.
- Beckerhoff, Tom, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung und Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters, Frankfurt am Main, u. a. 1996 (zitiert: *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung).
- Binz, Mark K./Sorg, Martin H. (Hrsg.), Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht – Handbuch für Familienunternehmen, 12. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG).
- Bitter, Georg, Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2010, S. 147–200.
- Blath, Simon, Das Mehrheitsprinzip im GmbH-Recht – Grundlegendes und Gestaltungsfreiheit, Rheinische Notar-Zeitschrift 2017, S. 218–230.
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten (Hrsg.), GmbHG – Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Auflage, Köln 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bork/Schäfer GmbHG).
- Böttcher, Lars, Gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklauseln und Stimmverbote bei Personengesellschaften in der aktuellen BGH-Rechtsprechung, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2019, S. 61–63.
- Boujong, Karlheinz/Ebenroth, Carsten T. (Begr.)/Joost, Detlev/Strohn, Lutz (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Band 1, §§ 1–342a, 4. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: E/B/J/S HGB).
- Bungert, Hartwin, Die Treupflicht des Minderheitsaktionärs, Der Betrieb 1995, S. 1749–1756.
- Burgard, Ulrich, Die Förder- und Treupflicht des Alleingeschafters einer GmbH – Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, S. 827–839.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten (Hrsg.), Aktiengesetz, 4. Auflage, Heidelberg 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bürgers/Körber AktG).
- Burkhard, Binnewies, Die Konzerneingangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft, Köln, u. a. 1996 (zitiert: *Burkhard*, Die Konzerneingangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft).
- Cahn, Andreas, Zur Treupflicht im Arbeits- und Gesellschaftsrecht, in: Hanau, Peter/Lorenz, Egon/Matthes, Hans-Christoph (Hrsg.), Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, S. 71–84 (zitiert: *Cahn*, FS Wiese).
- Die Bibel nach Martin Luthers Übersetzung – Lutherbibel, Revidiert 2017, Jubiläumsausgabe, Stuttgart 2017 (zitiert: Die Bibel).
- Diehl, Frank S. (Hrsg.), Versicherungsunternehmensrecht – Handbuch, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Diehl VersUnternehmensR).
- Döge, Melanie, Sanieren oder Ausscheiden aus der GmbH, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, S. 1220–1227.

- Dreher, Meinrad*, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bei der GmbH, Deutsches Steuerrecht 1993, S. 1632–1637.
- ders.*, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung – Gesellschaftsrechtliche und zivilrechtliche Grundlagen, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1993, S. 150–171.
- Drinhausen, Florian/Eckstein, Hans-Martin* (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckHdb AG).
- Einhaus, Carola/Selter, Wolfgang*, Die Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters zwischen Ausschüttungs- und Thesaurierungsinteresse, GmbH-Rundschau 2016, S. 1177–1186.
- Ekkenga, Jens*, Stimmverbote gegen den herrschenden Gesellschafter im GmbH-Konzern, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2019, S. 191–237.
- ders.*, Stimmrechtsbeschränkungen und positive Stimpflichten des herrschenden Unternehmens im GmbH-Konzern – Das Urteil des OLG München in Sachen Media-Saturn, Der Konzern 2015, S. 409–416.
- Elzer, Oliver*, Schadensersatz: Steht ihm die Bestandskraft eines Beschlusses entgegen?, Immobilien und Mietrecht 2018, S. 293.
- ders.*, Zauberlehrling reloaded oder: Globalplayer am WEG-Horizont? – Zum – neu justierten – (Spannungs-)Verhältnis zwischen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und dem Verwalter (im Sanierungsstau), Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 2012, S. 718–722.
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias/Schürmbrand, Jan* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht – Kommentar, 8. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht).
- Erman, Walter* (Begr.)/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm P. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, 16. Auflage, Köln 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman BGB).
- Erman, Walter* (Begr.)/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm P. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, 14. Auflage, Köln 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman BGB, 14. Aufl.).
- Fehrenbach, Markus*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH – Allgemeines Beschlussmängelrecht und analoge Anwendung des Aktienrechts, Köln 2011 (zitiert: *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH).
- Fillmann, Andreas*, Treuepflichten der Aktionäre, Frankfurt am Main, u. a. 1991 (zitiert: *Fillmann*, Treuepflichten der Aktionäre).
- Fischer, Robert*, Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedsrechte, Neue Juristische Wochenschrift 1954, S. 777–780.
- Fleckner, Andreas M.*, Antike Kapitalvereinigungen – Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft, Köln 2010 (zitiert: *Fleckner*, Antike Kapitalvereinigungen).

- Fleischer, Holger*, Mitgliedschaftliche Treuepflichten: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, *Der Gesellschafter* 2017, S. 362–372.
- ders.*, Die Geschäftschancenlehre im Recht der BGB-Gesellschaft – Von der corporate opportunities zur partnership opportunities doctrine, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2013, S. 361–367.
- ders.*, Juristische Entdeckungen im Gesellschaftsrecht, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Köln 2009, S. 375–397 (zitiert: *Fleischer*, FS K. Schmidt).
- ders.*, Zur Verantwortlichkeit einzelner Vorstandsmitglieder bei Kollegialentscheidungen im Aktienrecht, *Betriebsberater* 2004, S. 2645–2652.
- ders.*, Zur organschaftlichen Treuepflicht des Geschäftsleiters im Aktien- und GmbH-Recht, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 2003, S. 1045–1058.
- ders.*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 2001, S. 1–32.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 2: §§ 35–52 GmbHG, 3. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MünchKomm GmbHG*).
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1: §§ 1–34 GmbHG, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MünchKomm GmbHG*).
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 3: §§ 53–88 GmbHG, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *MünchKomm GmbHG*).
- Fleischer, Holger/Harzmeier, Lars*, Zur Abdingbarkeit der Treuepflichten bei Personengesellschaft und GmbH, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2015, S. 1289–1297.
- Flume, Werner*, Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zur Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters und des Aktionärs – Zugleich eine Besprechung des Girmes-Urteils des BGH vom 20. März 1995 – II ZR 205/94, ZIP 1995, 819, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1996, S. 161–167.
- ders.*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band 1, Zweiter Teil, Die juristische Person, Berlin 1983 (zitiert: *Flume*, Die juristische Person).
- ders.*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band 1, Erster Teil, Die Personengesellschaft, Berlin, u. a. 1977 (zitiert: *Flume*, Personengesellschaften).
- Freese, Günter*, Die positive Treuepflicht – Ein Beitrag zur Konkretisierung von Treu und Glaube, Münster 1970 (zitiert: *Freese*, Die positive Treuepflicht).
- Fröde, Christian*, Missbräuchlicher Squeeze-out gem. §§ 327a ff. AktG – Zu LG Landshut, NZG 2006, 400, und OLG München, NZG 2007, 192, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2007, S. 729–735.
- Frodermann, Jürgen/Jannott, Dirk* (Hrsg.), *Handbuch des Aktienrechts*, 9. Auflage, Heidelberg 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Frodermann/Jannott Handbuch AktR*).

- Frost, Marina, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, Berlin 1981 (zitiert: Frost, Schutzpflichten).
- Fuchs, Andreas (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) – Kommentar, 2. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Fuchs WpHG).
- Fuhrmann, Lambertus/Simon, Stefan, Der Ausschluss von Minderheitsaktionären – Gestaltungsüberlegungen zur neuen Squeeze-out-Gesetzgebung, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2002, S. 1211–1217.
- Gaius, Institutiones – Die Institutionen des Gaius, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe, Darmstadt 2004 (zitiert: Gaius, Institutiones).
- Gehrlein, Markus/Ekkenga, Jens/Simon, Stefan (Hrsg.), GmbHG – Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 2. Auflage, Köln 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon GmbHG).
- Gerauer, Laura, Ladungsmängel und Nichtigkeitsfolgen im Beschlussmängelrecht der GmbH, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2019, S. 137–140.
- Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, München 1986 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG).
- Goette, Wulf, GmbH: Treuepflichtverstoß bei Abberufung eines Mitgesellschafters als Geschäftsführer – Anmerkung BGH, Beschluss vom 29.11.1993 – II ZR 61/93, Deutsches Steuerrecht, S. 214–216.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3: §§ 118–178, 4. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4: §§ 179–277, 4. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5: §§ 278–328, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht, 5. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1–75, 5. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: §§ 76–117, MitbestG, DrittelbG, 5. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG).
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1–75, 4. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm AktG, 4. Auflage).
- Gosch, Dietmar/Schwedhelm, Rolf/Spiegelberger, Sebastian (Hrsg.), GmbH-Beratung – Gesellschaftsrecht und Steuerrecht, 52. Auflage, Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, GmbH-Beratung).
- Grigoleit, Hans C. (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Grigoleit AktG).

- Grunewald, Barbara, Rechtswidrigkeit und Verschulden bei der Haftung von Aktionären und Personengesellschaftern, in: Forster, Karl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Bruno Kropff, Aktien- und Bilanzrecht, Düsseldorf 1997, 89–100 (zitiert: Grunewald, FS Kropff).
- dies., Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, Köln, u. a. 1987 (zitiert: Grunewald, Ausschluss aus Gesellschaft und Verein).
- Grunsky, Wolfgang, Stimmrechtsbeschränkungen in der Hauptversammlung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, S. 778–782.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK BGB).
- Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchHdb GesR I).
- Gummert, Hans/Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 5. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchHdb GesR II).
- Gummert, Hans/Riegger, Bodo/Weipert, Lutz (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 2. Auflage, München 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchHdb GesR I, 2. Auflage).
- Guntz, Peter, Treubindungen von Minderheitsaktionären – Eine vergleichende Analyse im deutschen und US-amerikanischen Recht, dargestellt am Phänomen der treuwidrigen Aktionärsklage, Berlin 1997 (zitiert: Guntz, Treubindungen von Minderheitsaktionären).
- Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg.), Das Recht der OHG – Kommentierung der §§ 105 bis 160 HGB: Kommentar, 2. Auflage, Berlin, u. a. 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG).
- Häsemeyer, Ludwig, Obstruktion gegen Sanierungen und gesellschaftsrechtliche Treupflichten, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1996, S. 109–132.
- Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar HGB, 29. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK HGB).
- Haunschild, Alexander Julian, Die Abdingbarkeit der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht, Dissertation, Berlin 2017 (zitiert: Haunschild, Die Abdingbarkeit der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht).
- Hausmaninger, Herbert/Selb, Walter, Römisches Privatrecht, 9. Auflage, Wien 2001 (zitiert: Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht).
- Heidel, Thomas (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Heidel AktienR und KapitalmarktR).
- Heidel, Thomas/Schall, Alexander (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Handkommentar, Baden-Baden 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Heidel/Schall HGB).

- Heidrich, Martin/Steinicke, Saskia, Das Verhältnis von Gesellschaftervereinbarung und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in der Krise der Gesellschaft (Teil I), Der Sanierungsberater 2020, S. 44–46.
- Hennrichs, Joachim, Gesellschafterbeschlüsse über die Geschäftsführungsmaßnahmen und Treuepflicht, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2015, S. 41–43.
- ders., Treupflichten im Aktienrecht – Zugleich Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB sowie zur Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters, Archiv für die civilistische Praxis (1995), S. 222–271.
- Henssler, Martin (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG, 15. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK AktG).
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.), Gesellschaftsrecht – BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR, 4. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn GesR).
- Henze, Hartwig, Gesichtspunkte des Kapitalerhaltungsgebotes und seiner Ergänzung im Kapitalgesellschaftsrecht in der Rechtsprechung des BGH, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2003, S. 649–659.
- ders., Die Treuepflicht im Aktienrecht – Gedanken zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von „Kali und Salz“ über „Linotype“ und „Kochs Adler“ bis zu „Girmes“, Betriebsberater 1996, S. 489–499.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.), juris Praxiskommentar BGB – Band 2: Schuldrecht, 9. Auflage, Saarbrücken 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: jurisPK-BGB).
- Hippeli, Michael, Treuepflichten in der GmbH – Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung, GmbH-Rundschau 2016, S. 1257–1262.
- Hoffmann, Thomas, Die Klagebefugnis des GmbH-Gesellschafters (actio pro socio), GmbH-Rundschau 1963, S. 61–63.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: Aktiengesellschaft, 5. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchHdb GesR IV).
- Hofmann, Christian, Der Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, Berlin, u. a. 2011 (zitiert: *Hofmann*, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht).
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.), Aktiengesetz – Kommentar, 3. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hölters AktG).
- Hölzle, Gerrit, Materielle Unterkapitalisierung und Existenzvernichtungshaftung – Das Phantom als Fallgruppe der Durchgriffshaftung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 1729–1736.
- Hommelhoff, Peter/Freytag, Lars F., Wechselseitige Einflüsse von GmbH- und Aktienrecht (Teil 1), Deutsches Steuerrecht 1996, S. 1367–1372.
- Honsell, Heinrich, Römisches Recht, 8. Auflage, Berlin 2015 (zitiert: *Honsell*, Römisches Recht).
- Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Aktiengesetz, Großkommentar, Band 2: §§ 53a–75, 4. Auflage, Berlin 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: GroßKomm AktG).

- Hueck, Alfred, Inwieweit besteht eine gesellschaftliche Pflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschafterbeschlüssen?, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1972, S. 237–253.
- ders., Der Treuegedanke im modernen Privatrecht – Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, München 1947 (zitiert: Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht).
- ders., Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, in: Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Jena (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Hübner zum siebzigsten Geburtstag, Jena 1935, S. 72–91 (zitiert: Hueck, in: FS Hübner).
- Hueck, Götz, Gesellschaftsrecht – Ein Studienbuch, 19. Auflage, München 1991 (zitiert: Hueck, Gesellschaftsrecht).
- Hüffer, Uwe (Begr.)/Koch, Jens (Hrsg.), Aktiengesetz – Beck'sche Kurz-Kommentare, 14. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter, in: Hüffer/Koch AktG).
- ders., Beschlußmängel im Aktienrecht und im Recht der GmbH – eine Bestandsaufnahme unter Berücksichtigung der Beschlüsse von Leitungs- und Überwachungsorganen, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2001, S. 833–874.
- ders., Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher Generalklausel, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, K. Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin, New York 1990, S. 59–78 (zitiert: Hüffer, FS Steindorff).
- Immenga, Ulrich, Die personalistische Kapitalgesellschaft – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, Bad Homburg v. d. H. 1970 (zitiert: Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft).
- Ivens, Michael, Das Fördergebot des GmbH-Gesellschafters, GmbH-Rundschau 1988, S. 249–256.
- Jabornegg, Peter, Die Treupflicht im Personengesellschaftsrecht als verfehlttes Denkmuster, in: Bernat, Erwin/Böhler, Elisabeth/Weilinger, Arthur (Hrsg.), Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Zum Recht der Wirtschaft, Wien 2001, S. 667–685 (zitiert: Jabornegg, FS Krejci).
- Jaeger, Carsten/Pöschke, Moritz/Ziemons, Hildegard (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, 44. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter, in: BeckOK GmbHG).
- Janke, Matthias, Gesellschaftsrechtliche Treupflicht – Neubewertung der richterlichen Generalklausel im Rahmen einer rechtsvergleichenden und ökonomischen Analyse, Frankfurt am Main, u. a. 2003 (zitiert: Janke, Gesellschaftsrechtliche Treupflicht).
- Jauernig, Othmar (Begr.)/Stürner, Rolf (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, München 2018 (zitiert: Bearbeiter, in: Jauernig BGB).

- Kallmeyer, Harald/Brand, Jürgen* (Hrsg.), GmbH-Handbuch – Gesellschaftsrecht, Rechnungswesen, Steuerrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Verträge und Formulare, 172. Auflage, Köln 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Centrale für GmbH, GmbH-Handbuch).
- Kern, Jens-Hendrik*, Die Bedeutung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Insolvenzverfahren – Retrospektive auf die Suhrkamp-Insolvenz, Berlin 2017 (zitiert: *Kern*, Treuepflicht im Insolvenzverfahren).
- Knops, Kai-Oliver/Bamberger, Heinz G./Lieser, Jens* (Hrsg.), Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Auflage, Berlin 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Knops/Bamberger/Lieser Recht der Sanierungsfinanzierung).
- Koch, Jens*, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht? – Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Leipzig 2018, München 2018 (zitiert: *Koch*, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag).
- Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-Henning/Drüen, Klaus-Dieter* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 9. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Koller/Kinder/Roth/Drüen HGB).
- Koppensteiner, Hans-Georg*, Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, S. 1325–1330.
- Kort, Michael*, Squeeze-out-Beschlüsse: Kein Erfordernis sachlicher Rechtfertigung und bloß eingeschränkte Rechtsmissbrauchkontrolle, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, S. 1519–1522.
- ders.*, Zur Treuepflicht des Aktionärs, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1990, S. 294–297.
- Köster, Bernd G.*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse bei OHG und KG, Göttingen 1981 (zitiert: *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse bei OHG und KG).
- Krieger, Gerd*, Squeeze-Out nach neuem Recht: Überblick und Zweifelsfragen, Betriebsberater 2002, S. 53–62.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, u. a. 1999 (zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft).
- Lee, Stan/Ditko, Steve*, Marvel Masterworks: Amazing Fantasy #15 + Amazing Spider-Man, 2nd ed., New York, N.Y. 1987 (zitiert: *Lee/Ditko*, Amazing Spider-Man).
- Lettl, Tobias*, Die Anpassung von Personengesellschaftsverträgen (GbR, oHG) aufgrund von Zustimmungspflichten der Gesellschafter – zugleich ein Beitrag über die Wechselseitigkeit von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, Archiv für die civilistische Praxis (2002), S. 3–39.
- Li, Xian-chun*, Die mitgliedschaftliche Treuepflicht der Aktionäre, Göttingen 2001 (zitiert: *Li*, Treuepflicht der Aktionäre).
- Lieder, Jan*, Reform des gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrechts – Eine Nachlese zum 72. Deutschen Juristentag 2018 in Leipzig, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2018, S. 1321–1333.

- ders., The Duty of Loyalty in German Company Law, RTDF Colloque 2014, S. 33–41.
- ders., Treuepflichten des GmbH-Gesellschafters, Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 2007, S. 292–295.
- Limmer, Peter, Haftung beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 412–419.
- Lübbe-Wolf, Gertrude, Rechtsfolgen und Realfolgen: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg/München 1981 (zitiert: Lübbe-Wolf, Rechtsfolgen und Realfolgen).
- Lutter, Marcus, Das Vor-Erwerbsrecht/Bezugsrecht der Aktionäre beim Verkauf von Tochtergesellschaften über die Börse, Die Aktiengesellschaft 2000, S. 342–345.
- ders., Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1998, S. 164–185.
- ders., Das Girmes-Urteil, Juristenzeitung 1995, S. 1053–1056.
- ders., Die Treuepflicht des Aktionärs – Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1989, S. 446–471.
- ders., Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, Archiv für die civilistische Praxis (1980), S. 84–159.
- ders., Zur Treuepflicht des Großaktionärs, Juristenzeitung 1976, S. 225–233.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.), GmbH-Gesetz – Kommentar, 20. Auflage, Köln 2020 (zitiert: Bearbeiter, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG).
- Mann, Maximilian, Abdingbarkeit und Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht – Eine dogmatische Abhandlung de lege lata mit Blick auf die Rechtswissenschaft in den Vereinigten Staaten und die Rechtsökonomik, Berlin 2018 (zitiert: Mann, Abdingbarkeit der Treuepflicht).
- Marsch-Barner, Reinhard, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung – Prinzipienbildung und Differenzierung in der Praxis, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1993, S. 172–195.
- Handbuch börsennotierte AG – Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage, Köln 2018 (zitiert: Marsch-Barner/Schäfer Hdb börsennotierte AG).
- Martens, Klaus-Peter, Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vertragsgesellschaft und Körperschaft, Köln 1970 (zitiert: Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft).
- Mayer, Barbara/Jenne, Moritz, Verstoß gegen gesellschaftliche Treuepflicht durch Entlastungsbeschlüsse – Anmerkung zu OLG Frankfurt v. 23.05.209, 5 U 21/18, GmbH-Rundschau 2019, S. 940–950.
- Merkt, Hanno, Anmerkungen zur Treuepflicht des Kleinaktionärs, in: Dreher, Meinrad/Drescher, Ingo/Mülbert, Peter O. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, Berlin, Boston 2018, S. 509–528 (zitiert: Merkt, FS Bergmann).

- Mertens, Hans-Joachim, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, Archiv für die civilistische Praxis (1978), S. 227–262.
- Michalski, Lutz (Begr.)/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Michalski GmbHG).
- Michalski, Lutz (Begr.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 1: Systematische Darstellung §§ 1–34 GmbHG, 2. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Michalski GmbHG, 2. Auflage).
- ders., Treuepflichten persönlich haftender Gesellschafter (OHG, KG), Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 1998, S. 460–461.
- Nehls, Albrecht, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, Hamburg 1993 (zitiert: *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht).
- Neumann, Lorenz, Die Zustimmung zu Anteilsübertragungen bei Personengesellschaften, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2016, S. 1753–1758.
- Noack, Ulrich, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?, Juristenzeitung 2018, S. 824–834.
- ders., Der Versammlungsleiter im GmbH-Recht, GmbH-Rundschau 2017, S. 792–800.
- Noack, Ulrich/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 3/1, §§ 133–134, 136–137, 3. Auflage, Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: KK-AktG).
- Noack, Ulrich/Zöllner, Wolfgang (Begr.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 5, §§ 241–249, 253–261a, 3. Auflage, Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: KK-AktG).
- Noack, Ulrich/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz – Band 1, §§ 1–75, 3. Auflage, Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: KK-AktG).
- Nodoushani, Andreas, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter – Überlegungen zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei persönlicher Stimmrechtsausübung und bei Stimmrechtsvertretung, Baden-Baden 1997 (zitiert: *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter).
- Nonn, Thomas, Zustimmungspflichten des Kapitalgesellschafters – Ein Beitrag zur Konkretisierung in Treuebindung bei den Kapitalgesellschaften unter Berücksichtigung der Rechtslage bei Personengesellschaften, Rheinfelden 1995 (zitiert: *Nonn*, Zustimmungspflichten des Kapitalgesellschafters).
- Oelrichs, Carsten P., Muß der Versammlungsleiter bei der Feststellung von Hauptoder Gesellschafter-versammlungsbeschlüssen treuwidrig abgegebene Stimmen mitzählen?, GmbH-Rundschau 1995, S. 863–869.
- Oetker, Hartmut (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar, 6. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Oetker HGB).

- Oppenländer, Frank/Trólitzsch, Thomas (Hrsg.), Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Oppenländer/Trólitzsch GmbH-Geschäftsführung).
- Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, 77. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt).
- Petschow, Herbert, Zur Systematik und Gesetzestechnik im Codex Hammurabi, Zeitschrift für Assyriologie und Vorderasiatische Archäologie 1965, S. 146–172.
- Picker, Eduard, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, Archiv für die civilistische Praxis (1983), S. 369–520.
- Pöschke, Moritz, Auskunftsrechte der abhängigen Kapitalgesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2015, S. 550–590.
- Priester, Hans-Joachim/Mayer, Dieter/Wicke, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Auflage, München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchHdb GesR III).
- Prinz, Ulrich/Kahle, Holger (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 5. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckHdb PersG).
- Prinz, Ulrich/Winkeljohann, Norbert (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 5. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckHdb GmbH).
- Raiser, Thomas, 100 Bände BGHZ: GmbH-Recht – Die Treuepflicht im GmbH-Recht als Beispiel der Rechtsfortbildung, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 1987, S. 422–443.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger, Recht der Kapitalgesellschaften – Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft; Aktiengesellschaft, Societas Europaea, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kapitalgesellschaft et Co., Insolvenzrecht, Konzernrecht, Umwandlungsrecht, Übernahmerecht, Kapitalmarktrecht, 6. Auflage, München 2015 (zitiert: *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften).
- Reichert, Jochem, Die Treubindung der Aktionärsmehrheit in Sanierungsfällen, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2018, S. 134–142.
- Reichert, Jochem (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 7. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Reichert GmbH & Co. KG).
- Rieder, Markus, (Kein) Rechtsmissbrauch beim Squeeze-Out, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2009, S. 981–1006.

- Ring, Gerhard/Grziwotz, Herbert (Hrsg.), Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht – GbR, OHG, KG, Stille Gesellschaft, PartG, EWIV, Köln 2011 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ring/Grziwotz Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht).
- Röckrath, Luidger, Kollegialentscheidung und Kausalitätsdogmatik – Zurechnung überbestimmter Erfolge im Straf- und Haftungsrecht, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2003, S. 641–646.
- Röhricht, Volker/Graf von Westphalen, Friedrich/Haas, Ulrich (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 5. Auflage, Köln 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas HGB).
- Römermann, Volker (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Römermann, Münchener AnwaltsHdb, GmbH).
- Roth, Günter H. (Begr.)/Altmeyen, Holger (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 9. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Roth/Altmeyen GmbHG).
- Rowedder, Heinz (Begr.)/Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar, 6. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG).
- Rudersdorf, Martin, Wettbewerbsverbot in Gesellschafts- und Unternehmenskaufverträgen, Rheinische Notar-Zeitschrift 2011, S. 509–530.
- Rüscher, Burkhard, Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Urteil vom 13.07.2012 – V ZR 94/11 – BGH-Entscheidung zu den Voraussetzungen von Ansprüchen einzelner Eigentümer gegen die WEG bei verzögerter Instandsetzung wirft zahlreiche Folgefragen auf, Zeitschrift für Immobilienrecht 2013, S. 65–67.
- Rützel, Stefan, Die gesellschaftsrechtliche Beschlussfeststellungsklage, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996, 1961–1668.
- Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).
- Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil – §§ 241–432, 8. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).
- Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil – §§ 1–240, 8. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).
- Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8: Familienrecht I, §§ 1297–1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, 7. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).

- Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4: Schuldrecht, Besonderer Teil II – §§ 535–630, HeizkostenV, BetriebskostenV, EFZG, TzBfG, KSchG, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).
- Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Begr.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil – §§ 1–240, ProstG, AGG, 7. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).
- Schäfer, Carsten, „Girmes“ wiedergelesen: Zur Treuepflicht des Aktionärs im Sanierungsfall, in: Erle, Bernd/Goette, Wulf/Kleindiek, Detlef u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 939–959 (zitiert: *Schäfer*, FS Hommelhoff).
- ders., Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, Köln 1997 (zitiert: *Schäfer*, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil).
- Scherer, Stephan (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, 6. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Scherer, Unternehmensnachfolge).
- Schick, Rainer, Das Mehrheitserfordernis bei Ausschluss eines Minderheitsgesellschafters einer GmbH und Stimmrechtsverbote im Gesellschafterkonsortium, Der Betrieb 2000, S. 2105–2106.
- Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 3: Zweites Buch – Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Zweiter Abschnitt – Kommanditgesellschaft, Dritter Abschnitt – Stille Gesellschaft, §§ 161–237, 4. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm HGB).
- Schmidt, Karsten, Die Beschlufanfechtungsklage bei Vereinen und Personengesellschaften – Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht, in: Mertens, Hans-Joachim/Lutter, Marcus/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, 2018. Aufl., Berlin, Boston 2018, S. 217–243 (zitiert: *Schmidt*, FS Stimpel).
- Schmidt, Karsten (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2: Zweites Buch – Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Erster Abschnitt – Offene Handelsgesellschaften, §§ 105–160, 4. Auflage, München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm HGB).
- Schmidt, Karsten, Reflexionen über das Beschlussmängelrecht – Dogmatik und Rechtspolitik der Anfechtungsklagen für Heute und Morgen, Die Aktiengesellschaft 2009, S. 248–259.
- ders., Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2008, S. 1–33.
- ders., Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln, u. a. 2002 (zitiert: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht).
- ders., Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (I) – Nichtigkeit, Anfechtbarkeit u. Nichtigerklärung als Strukturprinzipien des inneren Verbandsrechts, Die Aktiengesellschaft 1977, S. 205–210.

- ders.*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (II) – Nichtigkeit, Anfechtbarkeit u. Nichtigklärung als Strukturprinzipien des inneren Verbandsrechts, *Die Aktiengesellschaft* 1977, S. 243–254.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.), *Aktiengesetz – Kommentar*, 4. Auflage, Köln 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt/Lutter AktG).
- Schmiedel, Burkhard*, Rezension: Herbert Wohlman, Die Treuepflicht des Aktionärs – Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf den Aktionär, *Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge*, Heft 286, Schulthess & Co. AG, Zürich, 1986 – XXV, 149 Seiten, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 1970, S. 173–183.
- Schmitz-Herscheidt, Stephan*, *Gesellschafterbeschluss: Zustimmungspflicht eines Gesellschafters zu Beschlussanträgen aufgrund der Treuepflicht*, *GmbH-Rundschau* 2016, S. 759–763.
- Schneider, Stephan*, *Gesellschafter-Stimmpflichten bei Sanierungen*, Köln 2014 (zitiert: *Schneider*, *Gesellschafter-Stimmpflichten bei Sanierungen*).
- ders.*, BGH unternimmt Abgrenzung zu „Sanieren oder Ausscheiden“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2011, S. 575–577.
- Scholz, Franz* (Begr.)/*Bitter, Georg* (Hrsg.), *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 12. Auflage, Köln 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz GmbHG).
- Schönke, Adolf* (Begr.)/*Schröder, Horst* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: StGB – Kommentar*, 29. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB).
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar*, 10. Auflage, Baden-Baden 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schulze BGB).
- Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht*, 3. Auflage, München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchAnwaltshandbuch AktR).
- Schwab, Martin*, *Kündigung, Ausschluss und Einziehung in der GmbH*, *Deutsches Steuerrecht* 2012, S. 707–714.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), *Kapitalmarktrechts-Kommentar – Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Wertpapierprospektgesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*, 5. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schwark/Zimmer Kapitalmarktrechts-Kommentar).
- Seibt, Christoph H.*, Zur Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu Beschlussantrag bei zwingenden Interessen der Gesellschaft an Beschlussfassung – Anmerkung zu BGH v. 12.04.2016 II ZR 275/14, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2016, S. 395–396.
- ders.*, Sanierungsgesellschaftsrecht: Mitgliedschaftliche Treuepflicht und Grenzen der Stimmrechtsausübung in der Aktiengesellschaft, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2014, S. 1909–1916.
- Seidel, Wolfgang*, *Die Funktion der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Wilensprozeß der GmbH*, Mainz 1998 (zitiert: *Seidel*, *Funktion der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht*).

- Semler, Johannes/Stengel, Arndt (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 4. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Semler/Stengel UmwG).
- Semler, Johannes/Asmus, Thomas, Der stimmlose Beschluss, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2004, S. 881–892.
- Sester, Peter, Zustimmungspflicht und Zustimmungsfiktion bei Personengesellschaften – Zugleich Besprechung der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 6.7.1994 – 17 W 44/95, BB 1994, 2306 ff., Betriebsberater 1997, S. 1–6.
- ders., Treupflichtverletzung bei Widerspruch und Zustimmungsverweigerung im Recht der Personenhandelsgesellschaften, Baden-Baden 1996 (zitiert: *Sester, Treupflichtverletzung*).
- Soell, Hartmut, Helmut Schmidt: Macht und Verantwortung – 1969 bis heute, München 2008 (zitiert: *Soell, Helmut Schmidt: Macht und Verantwortung*).
- Soergel, Hans T. (Begr.)/Siebert, Wolfgang (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 11/1: Schuldrecht 9/1, §§ 705–758, 13. Auflage, Stuttgart 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel BGB).
- Soergel, Hans T. (Begr.)/Siebert, Wolfgang (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–103, 13. Auflage, Stuttgart 2000 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel BGB).
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz – Band 1, §§ 150–410, 4. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz AktG).
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz – Band 1, §§ 1–149, 3. Auflage, München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spindler/Stilz AktG).
- Staub, Hermann (Begr.)/Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg.), Staub Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 4, §§ 161–237, 5. Auflage, Berlin 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staub HGB).
- Staub, Hermann (Begr.)/Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg.), Staub Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Band 3, §§ 105–160, 5. Auflage, Berlin 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staub HGB).
- Staub, Hermann (Begr.)/Ulmer, Peter/Fischer, Robert/Brüggemann, Dieter (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – Großkommentar, 3. Auflage, Berlin 1973 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staub HGB, 3. Aufl.).
- Steck, Dieter, Neue Aspekte zur Geschäftschancenlehre bei GmbH-Gesellschaftern, GmbH-Rundschau 2005, S. 1157–1166.
- Steding, Rolf, Das Gesellschaftsrecht im Strudel der Veränderung, Neue Justiz – Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung in den Neuen Ländern 2007, S. 193–198.
- Stefanik, Richard/Punte, Jan-Henric M., Der Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2018, S. 403–407.
- Stefanik, Richard/Punte, Jan-Henric M., Die Einziehung eines Geschäftsanteils in der GmbH, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2018, S. 425–428.
- Stimpel, Walter, Richterliche Rechtsfortbildung unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes und des Personalgesellschaftsrechts, Karlsruhe 1969 (zitiert: *Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung*).

- Sudhoff, Heinrich/Berenbrok, Marius* (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, 5. Auflage, München 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Sudhoff, Unternehmensnachfolge).
- Szalai, Stephan*, Die Treuepflicht als Schranke des aktienrechtlichen Anfechtungsrechts, Deutsches Steuerrecht 2008, S. 358–362.
- Theiselmann, Rüdiger*, Die gesellschaftliche Treuepflicht in Sanierungsfällen – Empfehlungen für die Restrukturierungspraxis, GmbH-Steuerberater 2010, S. 43–49.
- Thierhoff, Michael/Müller, Renate* (Hrsg.), Unternehmenssanierung, 2. Auflage, Heidelberg 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Thierhoff/Müller Unternehmenssanierung).
- Thole, Christoph*, Treuepflicht-Torpedo? Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Insolvenzverfahren – Zugleich Besprechung LG Frankfurt/M. v. 10.9.2013 – 3–09 O 96/13, ZIP 2013, 1831 – Suhrkamp, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2013, S. 1937–1945.
- Timm, Wolfram*, Treuepflichten im Aktienrecht, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 1991, S. 481–494.
- Torggler, Ulrich*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern – Zum Minderheitenschutz in der abhängigen GmbH, Wien 2007 (zitiert: *Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern).
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbke, Marc* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Band 2: §§ 29–52 – Großkommentar, 2. Auflage, Tübingen 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: GroßKomm GmbHG).
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbke, Marc* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Band 1: Einleitung, §§ 1–28 – Großkommentar, 2. Auflage, Tübingen 2013 (zitiert: *Bearbeiter*, in: GroßKomm GmbHG).
- Voigt, Hans-Christoph*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG), München 2004 (zitiert: *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft).
- von Rummel, Alexander/Enge, Matthias*, „Sanieren oder Ausscheiden“ in der Kommanditgesellschaft, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2017, S. 256–259.
- von Staudinger, Julius* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243, Berlin 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger).
- von Staudinger, Julius* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 705–740, 13. Auflage, Berlin 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger).
- Weber, Martin*, Vormitgliedschaftliche Treubindungen – Begründung, Reichweite und Vorauswirkung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten, München 1999 (zitiert: *Weber*, Vormitgliedschaftliche Treubindungen).
- Weitnauer, Wolfgang/Grob, Verena*, Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht 2014, S. 185–191.

- Wellenhofer-Klein, Marina*, Treupflichten im Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht – Eine Untersuchung zum deutschen, ausländischen und europäischen Recht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2000, S. 564–594.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Klagbarkeit gesellschaftsrechtlicher Treupflichten, in: *Liber amicorum für Martin Winter*, Köln 2011, S. 755–773 (zitiert: *Weller, GS Winter*).
- Wellhöfer, Werner/Peltzer, Martin/Müller, Welf* (Hrsg.), Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer – mit GmbH-Geschäftsführer, München 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Wellhöfer/Peltzer/Müller, Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer*).
- Wendel, Christian*, Rechtsfolgen missbräuchlicher Stimmrechtsausübung, *Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht* 2002, S. 545–548.
- Werner, Rüdiger*, Ausschluss eines Gesellschafters aus der GmbH: Alternativen zur Einziehung, *GmbH-Rundschau* 2019, S. 753–759.
- Wicke, Hartmut* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar, 4. Auflage, München 2020 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Wicke GmbHG*).
- Wiedemann, Herbert*, Treuebindungen und Sachlichkeitsgebot – Ein Systemvergleich, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 2009, S. 1–9.
- ders.*, Gesellschaftsrecht, Band 2, Recht der Personengesellschaften – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, München 2004 (zitiert: *Wiedemann, Gesellschaftsrecht*).
- ders.*, Entwicklungen im Kapitalgesellschaftsrecht, *Der Betrieb* 1993, S. 141–153.
- ders.*, Zu den Treupflichten im Gesellschaftsrecht, in: *Kübler, Friedrich/Mertens, Hans-Joachim/Werner, Winfried* (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991*, Berlin 1991, S. 949–966 (zitiert: *Wiedemann, FS Heinsius*).
- ders.*, Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht der Aktionäre – Entscheidungsbegründung BGH, 1.2.1988 – II ZR 75/87, *Juristenzeitung* 1989, S. 443–449.
- ders.*, Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, *Juristenzeitung* 1976, S. 392–397.
- Wilcke, Claus*, Der Kodex Urnamma (CU): Versuch einer Rekonstruktion, in: *Abusch, Tzavi* (Hrsg.), *Riches Hidden in Secret Places, Ancient Near Eastern Studies in Memory of Thorkild Jacobsen*, Winona Lake (Indiana), S. 291–333 (zitiert: *Wilcke, Der Kodex Urnamma (CU)*).
- Wilhelm, Alexander*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht – Zur Anwendung der allgemeinen mitglied- und organschaftlichen Verhaltensbindungen auf Außenstehende unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Corporate Governance-Probleme, Tübingen 2017 (zitiert: *Wilhelm, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht*).
- Wimmer-Leonhardt, Susanne*, Konzernhaftungsrecht – Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für die Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht, Tübingen 2004 (zitiert: *Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht*).

- Windbichler, Christine*, Gesellschaftsrecht, 24. Auflage, München 2017 (zitiert: *Windbichler*, Gesellschaftsrecht).
- Winter, Martin*, Eigeninteresse und Treuepflicht bei der Einmann-GmbH in der neueren BGH-Rechtsprechung, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1994, S. 570–594.
- ders.*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht – Rechtsformspezifische Aspekte eines allgemeinen gesellschaftlichen Prinzips, München 1988 (zitiert: *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht).
- Würdinger, Hans*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen – Eine systemat. Darst. von Hans Würdinger, 4. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1981 (zitiert: *Würdinger*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen).
- Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten*, Treupflichten bei der Veräußerung einer Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft 1996, S. 358–366.
- Zimmermann, Jennifer*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften – Unter Zuhilfenahme einer vergleichenden Betrachtung zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in Kapitalgesellschaften, Berlin 2020 (zitiert: *Zimmermann*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten).
- Zinger, Georg*, Zur Haftung von Gesellschaftern für die Abfindung ausscheidender GmbH-Gesellschafter – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 10.5.2016 – II ZR 342/14, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2017, S. 196–209.
- Zöllner, Wolfgang*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, u. a. 1963 (zitiert: *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht).
- Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich*, Geltendmachung von Beschlußmängeln im GmbH-Recht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1989, S. 525–544.
- Zwissler, Thomas*, Treuegebot – Treuepflicht – Treuebindung – Die Lehre von den mitgliedschaftlichen Treuepflichten und Treuebindungen und ihre Anwendungsfelder im Recht der Aktiengesellschaft, Frankfurt 2002 (zitiert: *Zwissler*, Treuegebot).

