

Academia Iuris - Basisstudium

# Handels- und Gesellschaftsrecht

von

Prof. Dr. Günter H. Roth, Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

8. Auflage

Handels- und Gesellschaftsrecht – Roth / Weller

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

[www.vahlen.de](http://www.vahlen.de)

ISBN 978 3 8006 4682 1

§§ 114 I, 115 I HGB folgerichtig die *Einzelvertretung* jedes Gesellschafters gemäß § 125 I HGB.

Trotzdem verbleibt ein gradueller Unterschied: Der durch die Befugnis zur Einzelgeschäftsführung abgedeckte Bereich ist weniger rigoros und starr abgesteckt als derjenige der Vertretungsmacht, welche sich auf rechtsgeschäftliches Handeln der OHG gemäß § 164 BGB im Außenverhältnis bezieht. Das erklärt sich unschwer von der jeweiligen Interessenlage her. Im Außenverhältnis verlangen die Interessen des Rechtsverkehrs vor allem Klarheit und Verlässlichkeit, im Innenverhältnis erlauben die Interessen des gerade geschäftsführend tätigen Gesellschafters sowie das allgemeine Interesse an Funktionsfähigkeit der Geschäftsführung schon weitergehende Abstriche im Interesse der nicht an der Geschäftsführungsmaßnahme Beteiligten. Dies schlägt sich in zweifacher Hinsicht nieder: in der sachlichen Eingrenzung und in einer generellen Abschwächung der Einzelgeschäftsführung.

## b) Umfang der Einzelgeschäftsführung

Den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis beschränkt § 116 I HGB auf einen 272  
Geschäftskreis, der durch den *gewöhnlichen* Betrieb *dieses speziellen* Unternehmens abgesteckt wird. Für Geschäfte, die aus dem gewöhnlichen Rahmen des Unternehmens der in Frage stehenden OHG fallen, tritt an die Stelle der Einzelgeschäftsführung die Gesamtentscheidung aller Gesellschafter durch Beschluss, § 116 II HGB. Die Abgrenzung ist nach den konkreten Verhältnissen des betreffenden Unternehmens zu treffen. Abs. 1 unterfallen in erster Linie, aber nicht nur, die typischen *Alltagsgeschäfte*; darüber hinaus ist nicht schon jedes seltene oder besonders riskante Geschäft ein außergewöhnliches i. S. v. Abs. 2 (vgl. auch Rn. 818 zu der wortgleichen Abgrenzung in § 54 HGB). Sondern es kommt darauf an, ob die Angelegenheit nach Inhalt und/oder Umfang aus dem für das Unternehmen gewöhnlichen Rahmen fällt. Andererseits darf der Begriff der außergewöhnlichen Angelegenheiten keinesfalls auf Grundlagenentscheidungen reduziert werden (s. oben); unter Abs. 2 fallen beispielsweise die Veräußerung wesentlicher Vermögensbestandteile, die Entscheidung für neuartige Geschäftstätigkeiten oder Finanzierungsformen, die Gründung von Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften etc.<sup>6</sup>

Besonders herausgehoben ist in § 116 III HGB die **Prokura**, und zwar deswegen, 273  
weil deren Erteilung und Widerruf in etwa die Grenzlinie zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Handlungen markieren. Die Erteilung der Prokura muss grundsätzlich vom Willen aller geschäftsführenden Gesellschafter getragen sein; widerrufen darf sie jeder von ihnen allein. Diese Regelung kann zu Verständnisschwierigkeiten Anlass geben, und sie bietet andererseits ein anschauliches Beispiel für die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis, Geschäftsführung und Vertretung: Die Erteilung der Prokura (lesen Sie vorerst § 48 HGB) ist ein einseitiges Rechtsgeschäft der OHG gegenüber dem zukünftigen Prokuristen; mithin hat sie ein organschaftlicher Vertreter namens der OHG zu erklären und ist ihre Wirksamkeit eine Frage der Vertretungsmacht. Und dass auch insoweit der Grundsatz der Einzelvertretung gilt, besagt ausdrücklich § 126 I HGB. § 116 III HGB betrifft demgegenüber nur die Willensbildung im Innenverhältnis und damit die Rechtmäßigkeit eines

<sup>6</sup> Weitere Beispiele bei *Windbichler*, § 13 Rn. 5.

Handelns mit Außenwirkung. Ernennet ein Gesellschafter auf eigene Faust einen Prokuristen, so ist dies – abgesehen von einem Missbrauch der Vertretungsmacht – wirksam, der Gesellschafter hat aber § 116 III HGB verletzt, und ein anderer Gesellschafter kann (§ 126 I mit § 52 I HGB) und darf (§ 116 III HGB) die Prokura jederzeit widerrufen (*Fall 20*, vor Rn. 236). Das Erfordernis des § 116 III HGB für die Erteilung einer Prokura, also die Herstellung einer breiteren Entscheidungsbasis im Innenverhältnis, liegt insofern auf derselben Ebene wie bei der GmbH dasjenige des § 46 Nr. 7 GmbHG.

- 274 Generell modifiziert § 115 I Hs. 2 HGB den Grundsatz der Einzelgeschäftsführung. Jeder geschäftsführende Gesellschafter kann jeder Geschäftsführungsmaßnahme eines Mitgesellschafters **widersprechen**. Der letztere ist dann verpflichtet, diese zu unterlassen. Auf das Außenverhältnis, also auf die Frage der *Vertretungsmacht*, strahlt ein solcher Widerspruch allerdings grundsätzlich *nicht* aus, wie § 126 II HGB klarstellt (Grundsatz der im Außenverhältnis **unbeschränkten und unbeschränkaren Vertretungsmacht**). Der Widerspruch muss zwangsläufig erhoben werden, *bevor* die fragliche Maßnahme vollzogen wird. Das wirft die dornige Frage auf, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter die Mitgesellschafter vor der Ergreifung von Geschäftsführungsmaßnahmen unterrichten muss, um die Ausübung des Widerspruchsrechts überhaupt erst zu ermöglichen. Eine allgemeine Verpflichtung dieser Art wäre geeignet, die Funktionsfähigkeit der Einzelgeschäftsführung zu beeinträchtigen; andererseits wird man sie mindestens dann bejahen müssen, wenn die Missbilligung der beabsichtigten Maßnahme durch einen anderen Gesellschafter erwartet werden kann. Eine Missachtung des erhobenen Widerspruchs wie auch die Vereitelung eines rechtzeitigen Widerspruchs berechtigen den übergangenen Gesellschafter, die Maßnahme rückgängig zu machen und sich dabei nun auch über den Widerspruch des Mitgesellschafters hinwegzusetzen!

**Beispiel:** Während Gesellschafter A in Urlaub ist, entlässt Gesellschafter B die Sekretärin S, an der, wie er weiß, das Herz des A hängt. Als A zurückkommt, will er S wieder einstellen, doch B widerspricht. Nicht nur kann A kraft seiner Vertretungsmacht das trotzdem tun; er darf das auch, ohne Sorge tragen zu müssen, damit gegen § 115 HGB zu verstoßen. Anders aber, wenn eine sofortige fristlose Entlassung im Interesse der Gesellschaft geboten war.

- 275 Der **Widerspruch** ist nur beachtlich, wenn er konkrete Maßnahmen betrifft, und selbst dann kann er unter gewissen Umständen unbeachtlich sein, so insbesondere wenn die in Frage stehende Maßnahme von Rechts oder der Interessen der Gesellschaft wegen zwingend geboten ist oder der widersprechende Gesellschafter auf andere Weise pflichtwidrig handelt. Allerdings bedeutet das nicht, dass bei Meinungsverschiedenheiten zwischen zwei Gesellschaftern immer am Ende von Rechts wegen überprüft werden könnte, welche Auffassung die sachlich »bessere« ist, und diese dann die Oberhand behielte; sondern es muss den Gesellschaftern ein kaufmännischer Ermessensspielraum eingeräumt bleiben, und in dessen Rahmen behält dann jeweils der Widersprechende die Oberhand (Vetorecht).<sup>7</sup>

**Beispiel:** A befürwortet ein riskantes Geschäft, dem B ist das Risiko zu hoch. Das Geschäft muss unterbleiben.

---

<sup>7</sup> BGH WM 1985, 1316.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob das Veto des einzelnen Gesellschafters durch einen Gesellschafterbeschluss als gewissermaßen »höhere Instanz« aufgehoben werden kann, hierzu sogleich.

Die aus einem zulässigen Widerspruch folgende Verpflichtung kann im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, § 935 ZPO. Gegen einen Widerruf der Prokura ist kein Widerspruch zulässig, § 116 III HGB insofern *lex specialis*.

## c) Abweichende Gestaltungen

Der **Gesellschaftsvertrag** kann die Geschäftsführung abweichend regeln, und zwar 276 kann er zum einen ebenso wie bei der Vertretungsmacht einzelne Gesellschafter hiervon *ausschließen* (§ 114 II HGB) oder/und *gemeinschaftliche* Geschäftsführung aller bzw. der übrigen Gesellschafter anordnen (hierzu näher § 115 II HGB mit Ausnahme bei »Gefahr im Verzuge«), zum anderen – anders als bei der Vertretungsmacht – *jede beliebige andere* Kompetenzverteilung, auch jede beliebige andere sachliche Eingrenzung der Geschäftsführungsangelegenheiten treffen. Der Grund für den letztgenannten Unterschied zur Vertretungsmacht ist wiederum das bei dieser vorrangige, bei der Geschäftsführung nicht angesprochene Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs. Aus demselben Grund werden Regelungen der Geschäftsführung auch nicht ins Handelsregister eingetragen.

Sogar eine Drittorganschaft wird im Innenverhältnis teilweise für zulässig erachtet,<sup>8</sup> was zu bedeuten hätte, dass die oberste Entscheidungsgewalt Dritten eingeräumt werden könnte, zum Vollzug (nach außen) dann aber weiterhin Gesellschafter befugt bleiben müssten und der Dritte insoweit allenfalls Prokura erhalten könnte. Die praktische Relevanz der Frage ist daher gering.

Die **Entziehung** der Geschäftsführungsbefugnis regelt § 117 HGB in sachlicher Übereinstimmung mit der Entziehung der Vertretungsmacht.

Wer im Gesellschaftsvertrag oder nach § 117 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde, hat auch das Widerspruchsrecht nach § 115 I nicht (mehr). 277 Lediglich ein **Kontrollrecht** gibt ihm § 118 HGB. Das bedeutet praktisch, dass er das Unternehmen betreten und besichtigen sowie die Handelsbücher, die Korrespondenz und sonstige Papiere einsehen kann. Des Weiteren gelten die §§ 713, 666 BGB bezüglich der Pflicht zur Auskunft und Rechenschaft. § 118 I HGB ist nur zum Teil dispositiver Natur; »wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht«, ist die Regelung zwingend (Abs. 2).

## 5. Gesellschafterbeschlüsse

**Fall 24:** Der Gesellschaftsvertrag einer KG lässt »die Aufnahme neuer Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft sowie sonstige Vertragsänderungen« mit Dreiviertelmehrheit zu. Die Gesellschafter beschließen gegen die Stimmen einer Minderheit von 24 % eine Änderung dahingehend, dass in Zukunft Beschlüsse der vorgenannten Art mit Zweidrittelmehrheit gefasst werden können. Wirksam? (Lösungshinweise Rn. 308).

<sup>8</sup> *Kraft/Kreutz*, Gesellschaftsrecht, 2000, D II 1c cc; a. A. dagegen BGHZ 36, 292; s. auch *Windbichler*, § 13 Rn. 4.

- 278 Der Gesellschafterbeschluss ist der Akt, in dem die Gesamtheit der Gesellschafter eine Entscheidung trifft. Er ist in allen Angelegenheiten der OHG zulässig; besondere Bedeutung gewinnt jedoch der engere Bereich, in dem es eines Gesellschafterbeschlusses zwingend *bedarf*, im Unterschied zu dem weiteren Bereich, in dem ein Gesellschafterbeschluss lediglich anstelle der Entscheidung durch einen einzelnen Gesellschafter *möglich* ist.

## a) Anwendungsbereich

- 279 Erforderlich ist ein Gesellschafterbeschluss in allen Angelegenheiten, auf die sich die Entscheidungsbefugnis des *einzelnen* Gesellschafter nicht erstreckt, also zum einen in solchen Geschäftsführungsangelegenheiten, die nach Gesellschaftsvertrag (§ 116 II HGB) oder Gesetz (§ 116 III S. 1 HGB) nicht der Einzelgeschäftsführung unterliegen. Dabei kann allerdings – wenn nicht alle Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind – ein weiterer Unterschied insofern auftreten, als teilweise nur *alle geschäftsführenden* Gesellschafter zustimmen brauchen (§§ 115 II, 116 III S. 1), während § 116 II HGB einen Beschluss *schlechthin aller* Gesellschafter verlangt. Zum anderen ist ein Beschluss durch die Gesamtheit der Gesellschafter nach den ungeschriebenen Vorstellungen des Gesetzgebers stets bei den oben erwähnten **Grundlagenentscheidungen** erforderlich (Rn. 270).
- 280 Ob die Gesamtheit der Gesellschafter darüber hinaus auch im sachlichen Bereich der Einzelgeschäftsführung (§ 116 I HGB) Angelegenheiten an sich ziehen und per Gesellschafterbeschluss entscheiden **kann**, gewinnt Bedeutung bei Meinungsverschiedenheiten unter geschäftsführenden Gesellschaftern, in denen ansonsten das Veto des Widersprechenden den Vorrang zu behalten hätte (siehe das Beispiel einer unterschiedlichen Risikobereitschaft der Gesellschafter, Rn. 275). Nach überwiegender Meinung bedeutet die *Einzelgeschäftsführungsbefugnis ein Vorrecht*, in das durch Weisung per Gesellschafterbeschluss *nicht* eingegriffen werden kann. Nun stellt sich freilich das Problem erst, wenn der Gesellschaftsvertrag in Abweichung von § 119 I HGB eine Beschlussfassung auch schon mit Stimmenmehrheit zulässt (hierzu sogleich). Dann aber erscheint es wenig überzeugend, dass dem einzelnen Gesellschafter in gewöhnlichen Angelegenheiten das Vetorecht gewährleistet sein müsse, welches er in außergewöhnlichen Angelegenheiten (§ 116 II HGB) nicht mehr hat! Schließlich ist wiederum klar, dass jegliche Garantie des Widerspruchsrechts dort ihre Grenze findet, wo selbst Vertragsänderungen betreffend die Geschäftsführungsbefugnis mit Mehrheit zulässig sind, weil die Einzelgeschäftsführung einschließlich des § 115 I Hs. 2 HGB zur Disposition des Gesellschaftsvertrags steht. Das Problem beschränkt sich also auf den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag für »einfache« Beschlüsse eine Mehrheitsentscheidung genügen lässt und Vertragsänderungen nicht mit derselben Mehrheit möglich sind. Und hier sollte am Ende doch die Überlegung den Ausschlag geben, dass mit einer Auflösung der Pattsituation durch Gesellschafterbeschluss der Gesellschaft insgesamt am besten gedient ist. Das bedeutet, dass die Gesamtheit der Gesellschafter als höhere Instanz die originäre und allumfassende Entscheidungskompetenz besitzt.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Dass der Gesellschaftsvertrag das so vorsehen kann, ist unstrittig, siehe *BGH ZIP* 1988, 843.

## b) Beschlussfassung

Für die Entscheidung der Gesellschaftergesamtheit stellt das Gesetz in § 119 I HGB **281** den Grundsatz der **Einstimmigkeit** auf, doch kann der Gesellschaftsvertrag statt dessen auch **Mehrheitsentscheidung**, und hier wiederum beliebige (qualifizierte) und beliebig abgestufte Mehrheiten, vorsehen. In diesem Fall bestimmt sich die Mehrheit grundsätzlich nach Köpfen (§ 119 II HGB), und zwar im Verhältnis zur Gesamtzahl der Gesellschafter,<sup>10</sup> doch kann der Gesellschaftsvertrag auch eine Berechnung nach Kapitalanteilen oder einem anderen Schlüssel vorsehen, auch nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

Gleichgültig ist in beiden Fällen, wie der erforderliche Gesellschafterwille sich artikuliert. Abstimmung auf Gesellschafterversammlungen ist möglich, aber nicht geboten, vielmehr auch jede andere Kundgabe des Gesellschafterwillens zulässig und ausreichend, auch nachträgliche Genehmigung. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings insoweit ebenfalls abweichende Regelungen treffen, und unabhängig davon macht bei Mehrheitsbeschlüssen das Partizipationsinteresse des Einzelnen ein Mindestmaß an geordnetem **Verfahren** erforderlich, damit die Minderheitsmeinung sich wenigstens Gehör verschaffen kann.<sup>11</sup> Bei den Kapitalgesellschaften sind solche Verfahrensgarantien gesetzlich verankert (vgl. die Kautelen für die Einberufung der GmbH-Gesellschafterversammlung sowie der Hauptversammlung, §§ 49 ff. GmbHG, 121 ff. AktG). Bei den Personengesellschaften fehlt dies, weil der Gesetzgeber wohl den Fall des einstimmigen Gesellschafterbeschlusses vor Augen hatte. Sobald aber hier Mehrheitsentscheidungen vorgesehen werden, gilt auch hier der Grundsatz, dass ein geordnetes Verfahren den Verlust des Vetorechts zu kompensieren hat; die Mehrheitsentscheidung bedarf mithin der »Legitimation durch Verfahren«.

## c) Schutz des Mitspracherechts

Mit der Möglichkeit der **Mehrheitsentscheidung**<sup>12</sup> ist die Frage angesprochen, inwie- **282** weit generell der Gesellschaftsvertrag Gesellschafterbeschlüsse von der Zustimmung des einzelnen Gesellschafters unabhängig machen kann. Besonders problematisch ist das bei den oben erwähnten Grundlagenentscheidungen. So wie der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag von dem Willen aller Gründer getragen sein musste, bedürfte eine spätere Vertragsänderung ebenfalls der Zustimmung aller Gesellschafter. Und wenn das auch nicht zwingendes Recht ist, so verdient doch die Schutzbedürftigkeit des einzelnen, ggf. überstimmten Gesellschafters besondere Aufmerksamkeit.

Auf derselben Linie wie die Frage der Mehrheitsentscheidung, die die Minderheit in **283** die Hände der Mehrheit zu geben droht, liegt die gesellschaftsvertragliche Anordnung eines **Stimmrechtsausschlusses** sowie einer **Stimmbindung** zu Lasten bestimmter Gesellschafter. Ersterer würde dazu führen, dass im Ergebnis auch Grundlagenentscheidungen in die Kompetenz eines einzelnen oder einiger Gesellschafter gestellt werden, letztere soll einen Gesellschafter verpflichten, wie ein anderer Gesellschafter (evtl. sogar nach den Wünschen eines Dritten) abzustimmen.

<sup>10</sup> BGH ZIP 1997, 859; Baumbach/Hopt/Hopt, § 119 Rn. 41.

<sup>11</sup> MünchHdb. GesR I/Weipert, 3. Aufl. 2009, § 57 Rn. 85 ff. Für stille Gesellschaft als Publikums-gesellschaft BGH NJW 1998, 1946 = LM § 230 HGB Nr. 7 (Roth).

<sup>12</sup> Wiedemann, FS Hopt, 2010, S. 1491 ff.

Grundsätzlich sind alle derartigen gesellschaftsvertraglichen Einschränkungen des Stimmrechts als Konsequenzen der hier gültigen **Privatautonomie** zulässig (Rn. 261), lediglich eine *Übertragung des Stimmrechts*, losgelöst von der Mitgliedschaft als solcher, ist von vornherein ausgeschlossen: **Abspaltungsverbot** (vgl. § 717 S. 1 BGB).<sup>13</sup>

- 284 Doch hat die Rechtsprechung i. S. eines **Minderheitenschutzes** auch über das Abspaltungsverbot hinaus Grenzen gezogen, die im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens sowohl formelle als auch materielle Kriterien berücksichtigen. Auf der ersten Stufe steht die gesellschaftsvertraglich legitimierte Mehrheitsmacht. Auf der zweiten Stufe ist danach zu fragen, ob die in Rede stehende Maßnahme einen unzulässigen Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafters darstellt. Mit anderen Worten: Entscheidend ist einerseits die *Höhe der erforderlichen Mehrheit* sowie die Präzisierung der erfassten Beschlussgegenstände im Gesellschaftsvertrag (sog. *Bestimmtheitsgrundsatz*) und andererseits ein materieller Schutz der Minderheit gegen besonders gravierende Eingriffe in ihre Gesellschafterrechte (*materielle Rechtmäßigkeitsprüfung*). Im Einzelnen:

(1) Eine geringere als die **Dreiviertelmehrheit** scheint für Vertragsänderungen generell bedenklich.<sup>14</sup> Eine inhaltlich nicht näher substantiierte Mehrheitsklausel bedarf der Auslegung um den betreffenden Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung zu unterwerfen und wird grundsätzlich und regelmäßig auf Geschäftsführungsangelegenheiten beschränkt.

(2) Darüber hinaus – also vor allem wieder bei Vertragsänderungen – sollen Mehrheitsentscheidungen nur insoweit maßgeblich sein, als die betreffenden Materien im Gesellschaftsvertrag hinreichend genau **bestimmt** wurden, damit alle Gesellschafter ex ante wissen, welche Beschlussgegenstände einer Mehrheitsentscheidung offen stehen.<sup>15</sup> Für die formelle Legitimation eines Mehrheitsbeschlusses genügt es allerdings, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag – ausdrücklich oder durch Auslegung – eindeutig ergibt, dass der jeweilige Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll.<sup>16</sup> Eine ausdrückliche Nennung ist mithin nicht notwendig.

(3) Schließlich müssen Mehrheitsbeschlüsse unter dem Gesichtspunkt des Minderheiten- bzw. Individualschutzes gewissen **materiellen Anforderungen** genügen. Begrenzt wird die Mehrheitsmacht insbesondere durch die **Treuepflichten** und den Grundsatz der **Gleichbehandlung** (zu beiden nachfolgend Rn. 288 ff.) sowie durch die sog. **Kernbereichslehre**. Letztere besagt, dass Eingriffe in den Kernbereich der Gesellschafterstellung – das können Vertragsänderungen, unter Umständen aber auch andere Beschlüsse sein – einer inhaltlichen Rechtfertigung bedürfen. Soweit der Kern der Mitgliedschaft eines Gesellschafters negativ betroffen ist – zum Kern zählen insbesondere das Stimmrecht, die Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös, das Gewinnrecht und das Informationsrecht –, bedürfen sie ferner dessen

---

13 Von der – vom Rest der Mitgliedschaft isolierten – Übertragung des Stimmrechts zu unterscheiden ist die bloße *Bevollmächtigung* zur Stimmrechtsausübung, die der Gesellschaftsvertrag zulassen kann (zu § 181 BGB s. bereits Rn. 150).

14 Vgl. *BGH NJW* 1988, 411; *K.Schmidt*, ZGR 2008, 1.

15 *BGHZ* 85, 356; *NJW* 1985, 2830; 1988, 411; *Wiedemann*, § 8 I 2a; *Marburger*, *NJW* 1984, 2252; *Brändel*, FS Stimpel, 1985, S. 95.

16 *BGH NZG* 2013, 63.

Zustimmung.<sup>17</sup> Auch die Auferlegung von *Nachschusspflichten* ist nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich, vgl. § 707 BGB.<sup>18</sup>

Nach jüngerer Rechtsprechung sind die Anforderungen nach dem Bestimmtheitsgrundsatz und nach der Kernbereichslehre *kumulativ* erforderlich, um eine Abkehr vom Einstimmigkeitspostulat des § 119 I HGB hin zum Mehrheitsbeschluss zu legitimieren.<sup>19</sup> Diesem zweistufigen und kumulativen – formellen *und* materiellen – Schutzansatz ist zuzustimmen. Denn stellte man allein auf den Bestimmtheitsgrundsatz ab, würde dies den eigentlichen Problemschwerpunkt verfehlen. Letztlich geht es nämlich nicht um eine detaillierte Beschreibung möglicher späterer Interessenverletzungen im Gesellschaftsvertrag, sondern um die wirksame Verhinderung *unzumutbarer* Benachteiligung, mithin um den *inhaltlich* angemessenen Interessenausgleich. Deshalb können die formalen Gesichtspunkte der Bestimmtheit ebenso wie die Höhe der Mehrheit für sich allein nicht den Ausschlag geben. Sie können lediglich Eingang in eine umfassende Interessenabwägung finden, wobei die Anforderungen um so höher sind, je mehr es gilt, den *Kernbereich* der Gesellschafterstellung gegen die Willkür wirtschaftlicher oder zahlenmäßiger Übermacht zu schützen.<sup>20</sup> 285

Von den bisher erörterten Fragen des vereinbarten Stimmrechtsausschlusses zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit im Einzelfall das Stimmrecht eines Gesellschafters wegen *Interessenkollisionen von Rechts wegen ausgeschlossen* ist. Es geht hierbei um Beschlüsse, die Interessen aus der Privatsphäre eines Gesellschafters berühren (vgl. die in § 47 IV GmbHG aufgelisteten Konstellationen, welche über das GmbH-Recht hinaus gelten). Trifft ein Stimmrechtsausschluss auf eine Mehrheitsentscheidung, so ist die Mehrheit der nicht ausgeschlossenen Gesellschafter maßgeblich. 286

#### d) Beschlussmängel

Die einzelne Stimmabgabe wie der Beschluss insgesamt können nach den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte **nichtig** sein. Sind Mehrheitsbeschlüsse in einem fehlerhaften Verfahren zustande gekommen, so macht sie das ebenfalls ungültig, weil die Einhaltung eines vorgeschriebenen Verfahrens die Voraussetzung für das wirksame Abgehen vom Einstimmigkeitserfordernis ist. Allerdings kann mit einem Gesellschafterbeschluss, vor allem wenn von vertragsändernder Qualität, ein ähnliches Bestandsinteresse verbunden sein wie mit der Gründung der Gesellschaft (Rn. 184 f.). Wiederum enthält nur das Recht der Kapitalgesellschaft eigene Vorschriften über einen solchen Bestandsschutz (§§ 241 ff. AktG), und wiederum wird eine entsprechende Erstreckung auf die Personengesellschaften i. S. einer Einschränkung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit diskutiert, ohne dass diese Überlegungen allerdings bislang dieselbe Anerkennung gefunden hätten wie die Grundsätze der fehlerhaften Gesell- 287

<sup>17</sup> Die Zustimmung zum Eingriff in den Kern der Mitgliedschaft kann bereits *antizipiert* im Gesellschaftsvertrag erfolgen, wobei die Anforderungen hierfür höher liegen als diejenigen, welche aus dem die Mehrheitsentscheidung legitimierenden Bestimmtheitsgrundsatz folgen, vgl. *K. Schmidt*, ZIP 2009, 737, 739 f. Von dieser antizipierten Zustimmung unberührt bleiben aber die übrigen materiellen Rechtmäßigkeitschranken (Treuepflicht, Gleichbehandlung) von Mehrheitsbeschlüssen.

<sup>18</sup> *BGH* ZIP 2009, 864, Tz. 14; *BGH* ZIP 2009, 1373, Tz. 18.

<sup>19</sup> *BGHZ* 170, 283, Tz. 10 – *Otto*; *BGHZ* 179, 13, Tz. 17, 25 – *Schutzgemeinschaftsvertrag II*.

<sup>20</sup> *BGH* WM 1985, 256; *NJW* 1985, 2830; *NJW* 1995, 194 = LM § 119 HGB Nr. 32 (*Roth*); *Ulmer*, ZHR 161 (1997), 102, 120.

schaft. Denn die §§ 241 ff. AktG enthalten eine erhebliche Einschränkung des individuellen Rechtsschutzes gegenüber dem allgemeinen Standard und können nur zur Anwendung kommen, soweit sich die Einschränkung nach der Struktur der jeweiligen Gesellschaftsform als sachgerecht erweist. Solch eine Einschränkung ist bei Personengesellschaften, die sich ja gerade durch eine überschaubare Mitgliederzahl und eine individualistisch ausgestaltete Binnenordnung auszeichnen, nicht erforderlich.<sup>21</sup> Als Rechtsmittel gegen den fehlerhaften Beschluss kommt eine **Klage auf Feststellung** der Unwirksamkeit des Beschlusses nach § 256 ZPO in Betracht.

**Literatur:** Grunewald, 1. B., Rn. 27 ff.; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse, 1990.

## 6. Treuepflicht und Gleichbehandlungsgebot

**Fall 25:** A. H. und B. H. betreiben die Gebrüder H.-OHG in einem gemieteten Geschäftslokal. Der Vermieter bietet das Anwesen dem B. H. zum Kauf an; daraufhin erwirbt es dessen Frau, kündigt der OHG den Mietvertrag und verlangt eine wesentlich höhere Miete.

A. H. will B. H. wegen grober Treuepflichtverletzung aus der OHG ausschließen und schadensersatzpflichtig machen; denn die OHG sei zum Erwerb des Anwesens bereit und in der Lage gewesen. B. H. hätte nur das Angebot an die OHG weiterleiten müssen. Zu Recht? (Lösungshinweise Rn. 309).

### a) Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Allgemeinen

- 288 Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht wird als fundamentales Grundprinzip des Gesellschaftsrechts angesehen, und in der Tat beherrscht der Gedanke wechselseitiger Treue aller Beteiligten das Gesellschaftsverhältnis. Die Treuepflicht ist eine allgemeine Verhaltenspflicht, die die gesamte Rechts- und Pflichtenstellung des Gesellschafters bestimmt und aus der wiederum erst die einzelnen konkreten Pflichten entspringen. Darüber hinaus bestimmt sie Inhalt und Grenzen der dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Rechte und bildet so eine Schranke zulässiger Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht. Die Treuepflicht findet ihre positivrechtliche Grundlage in §§ 242, 241 II BGB (str.);<sup>22</sup> jedoch schlägt sich der Grundsatz von Treu und Glauben im gesellschaftsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis mit *gesteigerter Intensität* nieder.

Allerdings muss man bei solchen generalklauselartigen Formulierungen stets Bedacht darauf nehmen, konkrete praktische Konsequenzen vom unverbindlichen Schlagwort abzuheben.

- 289 Die Treuepflicht des Gesellschafters (= **mitgliedschaftliche Treuepflicht**) besteht einerseits der *Gesellschaft*, andererseits den *Mitgesellschaftern* gegenüber.<sup>23</sup> Allerdings kommt der Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern gegenüber der Treuepflicht zur Gesellschaft nur dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn nicht gleichzeitig Interessen der Gesellschaft oder sämtlicher Gesellschafter betroffen sind. Sachlich geht es bei der Treuepflicht um die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter und um das Problem des **Interessenkonflikts** zwischen diesen Interessen und Eigeninteressen. Dabei fragt sich sogleich, wie das »*Interesse der*

21 MünchKomm-AktG/Hüffer, § 241 Rn. 98, 100, 104.

22 Bitter, ZGR 2010, 147, 172 ff.

23 BGH NJW 2007, 917, Tz. 9.