

Studien zum  
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

183

Björn Staudinger

# Minderheitsschutz im Personengesellschaftsrecht

Kernbereichslehre und Bestimmtheitsgrundsatz –  
überflüssige Minderheitsschutzinstrumente oder  
notwendige Korrektive der Privatautonomie?



**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 183

Björn Staudinger

# Minderheitsschutz im Personengesellschaftsrecht

Kernbereichslehre und Bestimmtheitsgrundsatz –  
überflüssige Minderheitsschutzinstrumente oder  
notwendige Korrektive der Privatautonomie?



**Nomos**

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

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6415-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-0506-6 (ePDF)

**D21**

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Ich habe mit der Arbeit bei Professor Dr. Jan Schürnbrand begonnen, der leider viel zu früh verstorben ist. Ihm bin ich zu großem Dank verpflichtet, da seine in ihrer Klarheit beeindruckenden Vorlesungen mein Interesse für das Zivilrecht erst geweckt haben und er mir am Anfang meiner Promotionszeit den Mut gab, einen eigenen Weg einzuschlagen.

Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann möchte ich dafür meinen Dank aussprechen, dass er die Betreuung meiner Arbeit übernommen hat und mir stets mit Rat und Tat zur Seite stand. Ohne seine geduldige Förderung wäre die Arbeit nicht entstanden.

Frau Professorin Dr. Osterloh-Konrad bin ich nicht nur für die Übernahme der Zweitkorrektur zum Dank verpflichtet, sondern auch, weil die vielzähligen Diskussionen mit ihr mir bei der Strukturierung meiner Gedanken geholfen und meinen Blick auf die Rechtswissenschaft verändert und erweitert haben.

Zum Dank bin ich auch Professor Binder, LL.M. (London) verpflichtet, der mich an seinem Lehrstuhl aufgenommen hat und dem ich in einer kritischen Phase meiner Arbeit meine Thesen präsentieren durfte.

Auch möchte ich mich bei den Herausgebern der Schriftenreihe Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Prof. Dr. Mathias Habersack und Prof. Dr. Christoph Kumpan, LL.M. (Univ. of Chicago) für die Aufnahme in diese Schriftenreihe danken.

Dankbar bin ich auch den zahlreichen Kolleginnen und Kollegen, Freundinnen und Freunden, die mich während der Entstehung der Arbeit unterstützt haben, insbesondere Michael Brenz, Svenja Ettensberger, Tim Gühring, Christiane Hellstern, Dimitri Kosenko, Bettina Menhofer und Josefine Wolff.

Schlussendlich bin ich meinen Eltern Birgit und Bernd sowie meinen Geschwistern Daniel, Jan und Max zu großem Dank verpflichtet, weil sie

*Vorwort*

in dieser Zeit stets an meiner Seite standen und mir den Mut gaben, diese Arbeit zu schreiben.

Stuttgart, im November 2019

Björn Staudinger

# Inhaltsverzeichnis

1. Teil Einleitung	17
A. Personengesellschaften	18
B. Minderheitsschutz	20
I. Gefahren durch missbräuchliche Mehrheitsentscheidungen	20
II. Minderheitsschutz und Funktionsschutz	22
III. Die Reichweite des Minderheitsschutzes	25
C. Gang der Darstellung	26
2. Teil Formelle Schranken von Mehrheitsklauseln	28
A. Entwicklung des Bestimmtheitsgrundsatzes	28
B. Kritik am Bestimmtheitsgrundsatz und Rechtsprechungsentwicklung	31
C. Dogmatische Begründung	33
I. Theorie der antizipierten Zustimmung	34
II. Theorie der Gestaltungsmacht	35
III. Mehrheitsklausel als Verfahrensregel	36
IV. Stellungnahme	36
V. Bestimmtheitsgrundsatz trotz Verfahrensregel	38
D. Folgerungen	41
I. Formelle Grenze durch Auslegung	41
II. Auslegung von Altverträgen	42
3. Teil Der Kernbereich der Mitgliedschaft	44
§ 1 Einleitung	44
§ 2 Ursprung und Stand der Rechtsentwicklung	44
A. Ursprung der Kernbereichslehre	44
B. Konkretisierung der Kernbereichslehre	46
I. Unentziehbare, unverzichtbare und stimmrechtsfeste Rechte	46

II. Der Inhalt des Kernbereichs	48
1. Die Qualifikation mitgliedschaftlicher Rechte als zum Kernbereich zugehörig	50
a) Leitentscheidungen des BGH	50
b) Literaturansichten	51
c) Stellungnahme	52
aa) Kernbereich als Bestandsschutz	52
bb) Die Zuordnung als Ausfluss einer wertenden Betrachtungsweise	53
d) Fazit	54
2. Der Kernbereich in der gesellschaftsrechtlichen Praxis	55
a) Vermögensrechte der Gesellschafter, Bilanzfeststellung, Gewinnthesaurierung (im Konzern) und die Abfindungsquote	55
aa) Auf- und Feststellung des Jahresabschlusses	55
bb) Gewinnverwendungsentscheidungen, insbesondere die Gewinnthesaurierung	56
cc) Gewinnthesaurierung im faktischen Konzern	59
dd) Die Abfindungsquote	60
b) Personelle Zusammensetzung von Personengesellschaften und die Mitgliedschaft als Kernbereichsrecht	61
aa) Personelle Zusammensetzung der Gesellschaft	61
bb) Mitgliedschaftliche Stellung	63
c) Das Belastungsverbot als Kernbereichsrecht	65
d) Actio pro socio als Kernbereichsrecht	66
aa) Beschränkbarkeit der <i>actio pro socio</i> durch Mehrheitsbeschluss	67
bb) Verzicht auf einzelne Sozialansprüche durch die Gesellschaftermehrheit	68
e) Umwandlungen	69
f) Sonstige Umstrukturierungsmaßnahmen	70
3. Anwendungsbereich in atypischen Gesellschaften	72
4. Entziehbarkeit des Kernbereichs aus wichtigem Grund	72

5. Die antizipierte Zustimmung	73
a) Ablehnung der Rechtsfigur	74
b) Rechtsgrundlage und Reichweite	74
aa) Die Ansicht von <i>C. Schäfer</i> und <i>K. Schmidt</i>	75
bb) Die Ansicht von <i>C. Armbrüster</i>	76
cc) Verbleibende Konkretisierungsprobleme der antizipierten Zustimmung	76
dd) Stellungnahme	78
6. Rechtsfolge	79
a) Eingriffe in unentziehbare Kernbereichsrechte	81
b) Beitragserhöhungsbeschlüsse	81
7. Treuepflichtbedingte Zustimmungspflicht in den Kernbereich	82
a) Vertragsanpassung im Gesellschaftsrecht	83
b) Vertragsanpassung trotz Kernbereichseingriffen	85
c) Mehrheitsbeschluss als Voraussetzung	88
d) Zwischenergebnis	90
e) Stellungnahme	91
f) Rechtsfolge der treuepflichtbedingten Zustimmungspflicht	92
III. Fazit	93
§ 3 Kehrtwende des BGH durch BGHZ 203, 77?	94
A. Aufgabe der Kernbereichslehre	96
B. Beibehaltung der Kernbereichslehre	97
I. Die zitierten Fundstellen des BGH	97
II. Beweislastverteilung im Rahmen der Treuepflicht	98
C. Stellungnahme	99
I. Die zitierten Fundstellen des BGH	99
II. Die Rechtsprechungsentwicklung	100
III. Trennung zwischen Kernbereich und § 707 BGB	101
IV. Fazit	102
D. Reaktionen der Literatur	102
I. Der Ansatz <i>Schäfers</i>	102
II. Der Ansatz von <i>Seidel/Wolf</i>	103
III. Stellungnahme	104
§ 4 Dogmatische Grundlage der Kernbereichslehre	105
A. Streitstand in der Literatur	105
B. Begründung der Rechtsprechung	107

C. Dogmatische Begründung der Kernbereichslehre	108
I. Rechtsprinzip aus § 53 III GmbHG, § 707 BGB, § 180 AktG	109
1. Prinzipienbildung	109
2. Einheitlichkeit der Mitgliedschaft	111
3. Bestimmung des Kernbereichs aus der inneren Systematik des Rechts	112
4. Zwischenergebnis	114
II. Teleologische Extension aus § 53 III GmbHG, § 707 BGB, § 180 AktG	114
1. Planwidrige Regelungslücke	114
2. Vergleichbare Interessenlage	114
a) Das Belastungsverbot als Grundlage für den Kernbereich der Mitgliedschaft	115
b) Die Regelungen im KAGB – Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens des Minderheitsschutzes oder Ausnahme?	115
III. Sonderrechte im Sinne des § 35 BGB	117
IV. Mitgliedschaft	118
V. Institutionelle und typologische Schranken der Mehrheitsmacht	119
1. Das Wesensargument als ungeschriebene gesetzliche Schranke	120
2. Institutionalisierung des Rechts	121
3. Der typologische Ansatz	124
VI. Verfassungsrechtlicher Schutz	126
1. Schutzpflicht aus der Privatautonomie	127
2. Bestandsschutz mitgliederschaftlicher Rechte durch Art. 14 GG	130
a) Schutzbereich von Art. 14 GG	131
b) Einbeziehung mitgliederschaftlicher Rechte in die Reichweite des Schutzes	132
c) Grundrechtsverzicht	134
d) Zu berücksichtigende, entgegenstehende Grundrechte als Grenze von Schutzpflichtigerwägungen	135
aa) Verhältnismäßigkeitserwägungen der „Feldmühle“-Entscheidung	135

bb) Verhältnismäßigkeitserwägungen im Personengesellschaftsrecht	137
(1) Vertragsfreiheit	137
(2) Eigentumsrechte der Mehrheitsgesellschafter	137
(3) Folgerung: Praktische Konkordanz	138
3. Zwischenergebnis	140
VII. Die Sittenwidrigkeit als Grenze der Privatautonomie	140
1. Sittenwidrige Selbstentmachtung	141
2. Sittenwidrigkeit wegen Ausübung von privater Macht	145
3. Ergebnis der Untersuchung	149
4. Teil Die Kernbereichslehre aus Perspektive der Gesellschafter – Ökonomische Analyse	151
A. Methodik	151
B. Der vertragsrechtliche Ansatz ( <i>contractarian view</i> )	152
C. Wirkungsweise der Kernbereichslehre	152
D. Folgerung	154
E. Stellungnahme und eigener Ansatz	155
I. Geltung der Kernbereichslehre bei Publikumspersonengesellschaften	156
II. Eigener Ansatz	157
1. Majoritarian vs. penalty default rules im Personengesellschaftsrecht	157
2. Die <i>rules vs. standards</i> -Diskussion	159
a) Einführung	160
b) Übertragung der Erkenntnisse auf das Personengesellschaftsrecht	161
aa) Verlagerung der Entscheidung auf Gerichte	162
bb) Faktische Durchsetzung des Minderheitsschutzes	163
F. Ergebnis	163

5. Teil Minderheitenschutz ohne Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre	164
§ 1 Bisherige Vorschläge aus der Literatur	164
A. Interessenabwägung	164
I. Ansichten von <i>Wertenbruch</i> und <i>Lieder</i>	164
II. Stellungnahme	166
B. Leitplankenmodell	167
I. Ansicht von <i>Risse</i> und <i>Höfiling</i>	167
II. Stellungnahme	168
§ 2 Veränderbarkeit von Gesellschaftsverträgen nach der Aufgabe von Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre	169
§ 3 Die Neujustierung der Reichweite allgemeiner Rechtsinstitute	173
A. Treuepflicht	174
I. Relevante Grundlagen der Treuepflicht	175
1. Dogmatische Grundlage der Treuepflicht	175
2. Schutzfunktion der Treuepflicht	178
II. Zweckwidrige Instrumentalisierung der Mehrheitsklausel	179
III. Eingriff in mitgliedschaftliche Rechte	180
1. Dogmatische Begründung der treuepflichtbasierten Inhaltskontrolle bei Eingriffen in mitgliedschaftliche Rechte	182
a) Mittelbare Drittwirkung und Verfassungsrecht	182
b) Eingriffe in Rechte Dritter im Kapitalgesellschaftsrecht	183
c) Kritik an der Rechtsprechung	184
d) Übertragbarkeit auf Personengesellschaften	185
2. Dogmatische Begründung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	187
3. Verhältnis zwischen der Treuepflicht und der materiellen Beschlusskontrolle	188
IV. Ausdehnung der Grundsätze auf Grundlagenentscheidungen	189
1. Grundlagenentscheidungen	189
2. Die Inhaltskontrolle	190
3. Die Inhaltskontrolle für Grundlagenentscheidungen	192
4. Zwischenergebnis	194

V. Prüfungsinhalt: Der sachliche Grund	194
1. Das Gesellschaftsinteresse	195
a) Grundlagen und dogmatische Herleitung	195
b) Ausdehnung des Gesellschaftsinteresses durch die Media-Saturn-Rechtsprechung des BGH	196
c) Ermessensspielraum bei Prognoseentscheidungen	198
2. Geeignetheit und Erforderlichkeit	199
3. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	200
a) Prüfungsmaßstab	200
b) Die in die Abwägung einzustellenden Interessen	201
aa) Personenkreis	201
bb) Risiken durch den Beibringungsgrundsatz und die <i>inter partes</i> Wirkung im Zivilprozess	202
cc) Zu berücksichtigende Interessen	203
VI. Abdingbarkeit der Treuepflicht	205
VII. Rechtsfolge des Treuepflichtverstoßes	210
B. Der Gleichbehandlungsgrundsatz	210
I. Der Tatbestand der (Un-) Gleichbehandlung	210
II. Die sachliche Rechtfertigung	213
III. Abdingbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes	214
IV. Abgrenzung zur Treuepflicht	216
C. Zwischenergebnis	217
§ 4 Folgen der hier vorgeschlagenen Lösung	219
A. Änderungen der materiellen Rechtslage	219
I. Abfindungsbeschränkungen bei der Kündigung der Gesellschafterstellung	219
1. Abfindungsbeschränkungen	220
2. Außerordentliche Austrittskündigung nach versuchtem Eingriff in die mitgliedschaftliche Rechtsstellung	221
3. Austrittskündigung nach erfolgreichem Eingriff in die mitgliedschaftliche Rechtsstellung	222
4. Fazit	223
II. Das Verbot der nachträglichen Beitragserhöhung (§ 707 BGB)	223
1. Antizipierte Zustimmung	224
2. Rechtsfolge	226

3.	Treuepflichtbedingte Zustimmungspflicht	226
a)	Rechtsprechungsentwicklung	226
b)	Literaturansicht und eigene Stellungnahme	227
c)	Gesellschaftsvertragliche Regelung	229
III.	Die Hinauskündigung von Gesellschaftern durch Mehrheitsentscheidung	229
1.	Argumente für die Rechtsprechung	230
2.	Kritik der Literatur an der Rechtsprechung	231
3.	Stellungnahme	232
4.	Lösung durch eine vertragliche Regelung	235
5.	Zwischenergebnis	236
IV.	Die actio pro socio	236
V.	Die Änderung des Gesellschaftszwecks und die Auflösung	237
1.	Änderung des Gesellschaftszwecks	237
2.	Auflösungsbeschlüsse	239
a)	Materielle Anforderungen an Auflösungsbeschlüsse	239
b)	Zustimmungspflicht zu Auflösungsbeschlüssen	240
VI.	Die Feststellung des Jahresabschlusses und die Änderung der Gewinnverteilungsquote	241
1.	Feststellung des Jahresabschlusses	241
2.	Die Änderung der Gewinnverteilungsquote	242
a)	Bisherige Rechtslage	242
b)	Rechtslage nach der hier vorgeschlagenen Lösung	243
c)	Einzelfragen	244
aa)	Rückwirkende Änderungen der Gewinnverteilungsquote	244
bb)	Klauseln zur Anpassung der Gewinnverteilungsquote	245
cc)	Bestehen einer Zustimmungspflicht	245
d)	Änderung der Auseinandersetzungquote	245
VII.	Das Stimmrecht	246
1.	Der Stimmrechtsausschluss	246
2.	Besonderheiten bei der GmbH & Co KG	247
VIII.	Das Informationsrecht des Gesellschafters	249
1.	Bisherige Rechtslage	250
2.	Rechtslage nach der hier vorgeschlagenen Lösung	251

IX. Übertragung des Gesellschaftsanteils – Personelle Zusammensetzung der Gesellschaft	252
X. Umwandlungsentscheidungen und sonstige Umstrukturierungsmaßnahmen	253
1. Stand der Diskussion	253
2. Stellungnahme	254
3. Besonderheiten des Prüfungsmaßstabs	256
4. Sonstige Umstrukturierungsmaßnahmen	256
XI. Zwischenergebnis	256
1. Materielle Änderungen der Rechtslage	257
2. Ausdrückliche Vertragsregelungen	258
B. Änderungen der prozessualen Rechtslage	258
I. Beweislastumkehr	258
II. Änderung der Klageinitiativlast	261
III. Einstweiliger Rechtsschutz	262
§ 5 Argumente für die vorgeschlagene Lösung	263
A. Voraussetzungen und Rechtsfolge der Kernbereichslehre sind unklar	264
I. Unklarheit über die tatbestandlichen Voraussetzungen	264
II. Rechtsfolge der Kernbereichslehre	266
1. Entziehbarkeit aus wichtigem Grund	266
2. Relative Beschlussunwirksamkeit	267
3. Fazit	267
B. Inhaltskontrolle als optimales Korrektiv zu relationalen Verträgen?	268
C. Systematik des Personengesellschaftsrechts: Entziehung der Mitgliedschaft und einzelner mitgliedschaftlicher Rechte	270
I. Entziehung der Mitgliedschaft	270
II. Entziehung einzelner Kernbereichsrechte aus wichtigem Grund	271
D. Rückkehr zum Bestimmtheitsgrundsatz	272
E. Rechtslage bei vertraglich vereinbarten Klagefristen	274
F. Zustimmungspflichten	274
Letzter Teil	276
Schluss	276
Literaturverzeichnis	283



## 1. Teil Einleitung

Personengesellschafter entscheiden entsprechend der gesetzlichen Vorstellung einstimmig (§§ 709 I BGB, 119 I HGB). Das entspricht dem schuldrechtlichen Charakter der Gesellschaftsverträge im Personengesellschaftsrecht<sup>1</sup>. Ein Schutzbedürfnis der Minderheit ergibt sich nur in engen Grenzen<sup>2</sup>: Verweigert nur ein Gesellschafter die Zustimmung, kommt ein Beschluss nicht zustande. Die Kehrseite dieses weitreichenden Minderheitenschutzmodells ist die drohende Handlungsunfähigkeit durch blockierende Gesellschafter<sup>3</sup>. Aus diesem Grund unterwerfen sich Gesellschafter durch vertragliche Vereinbarung regelmäßig der Mehrheit. Dass dies zulässig ist, zeigen bereits die Regelungen in den §§ 119 II HGB und 43 II UmwG.

Bei vereinbarten Mehrheitsklauseln wird seit nunmehr 100 Jahren der Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht diskutiert. Ausgangspunkt war der Gedanke, der auch heute noch allgemein auf Zustimmung treffen dürfte, nämlich dass eine „*sachlich unbegrenzte Einschränkung der wirtschaftlichen und damit auch der persönlichen Freiheit eines Einzelnen nicht gebilligt werden*“<sup>4</sup> könne. Selbstredend ist das nur ein auf der Sittenwidrigkeit beruhender Mindestschutz, der nach dem Stand heutiger, nicht unumstrittener Rechtsentwicklung je nach Art und Eingriffsintensität des Beschlusses vielfach ergänzt wird: durch die Kernbereichslehre, den Bestimmtheitsgrundsatz, die Treuepflicht, den Gleichbehandlungsgrundsatz und vereinzelt eine an der Verhältnismäßigkeit ausgerichteten Beschlusskontrolle. Diese Rechtsinstrumente und ihr Verhältnis zueinander sind Gegenstand zahlreicher Publikationen<sup>5</sup>, was die Frage nach dem Ziel dieser Publikation aufwirft.

Beschränkt man den Blick auf den Schutz bei Grundlagenentscheidungen, Vertragsänderungen und Eingriffen in mitgliedschaftliche Rechte, waren Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre die prägenden

---

1 Erman/Westermann, vor § 705 Rn. 17; Staudinger/Habermeier, vor § 705 Rn. 1.

2 Bei der Frage inwieweit die Mehrheit zur Zustimmung verpflichtet ist vgl. *Lettl*, AcP 2002, 3 ff.; *Riesenbeck*, Vertragsänderungspflichten, S. 175 ff.

3 Statt Vieler: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 450.

4 BGHZ 20, 363, 365; ähnlich bereits: RGZ 91, 166, 168.

5 Vgl. die Habilitationsschriften von *Westermann*, *Teichmann*, *Hofmann*, *Zöllner*, *Hueck*, und die Dissertationen von *Menk*, *Röttger*, *Göbel*, *Dumser*, *Lockowandt*, *Heinrichs*, *Riesenbeck*, *Hey* und zuletzt *Dettke*.

## 1. Teil Einleitung

Schutzinstrumente der letzten Dekaden. Die Rechtsprechung untersuchte mit Hilfe des Bestimmtheitsgrundsatzes, ob der von den Gesellschaftern zu beschließende Gegenstand überhaupt einer Mehrheitsentscheidung unterfällt. Man ging davon aus, dass Gesellschafter, die eine allgemeine Mehrheitsklausel vereinbarten, sich lediglich hinsichtlich gewöhnlicher Beschlussgegenstände einer Mehrheitsentscheidung unterwerfen wollten<sup>6</sup>. Die Kernbereichslehre ordnet einen Zustimmungsvorbehalt bei einem mehrheitlichen Eingriff in vorabbestimmte mitgliedschaftliche Rechte an<sup>7</sup>.

In jüngeren Entscheidungen hat sich der BGH (zuletzt) ausdrücklich vom Bestimmtheitsgrundsatz verabschiedet<sup>8</sup>. Ob er in diesem Zuge auch von der Kernbereichslehre Abstand nahm, ist umstritten<sup>9</sup>. Nachdem bisher hauptsächlich die Reichweite und Beziehung zwischen Kernbereichslehre und Bestimmtheitsgrundsatz im Zentrum der Diskussion standen<sup>10</sup>, gibt das aktuelle Urteil Anlass zur grundsätzlichen Überprüfung beider Schutzinstrumente. Darüber hinaus sollen im Folgenden drei Aspekte herausgegriffen werden, welche weiter untermauern soll, inwiefern das Thema konfliktbehaftet ist. Dieser Abschnitt dient gleichzeitig dazu, eine kurze Einführung in die Problemstellung zu geben.

### A. Personengesellschaften

Personengesellschaften sind weiterhin von herausragender Bedeutung für die Praxis. Für die hier behandelte Problematik sind sie aus zwei Gründen interessant.

Auf der einen Seite können sie sich als besonders risikoreich erweisen, was ein Blick auf die persönliche Haftung der Gesellschafter (§ 128 HGB) oder die Pflicht zum Ausgleich des Fehlbetrags beim Ausscheiden (§ 735 BGB) oder im Liquidationsverfahren (§ 739 BGB) zeigt. Das Risiko kann zwar durch das Einsetzen einer beschränkt haftenden juristischen Person begrenzt werden. Vorteil der persönlichen Haftung ist jedoch, dass Fremdkapital unter günstigeren Bedingungen aufgenommen werden kann. Daher wurden Publikumspersonengesellschaften im juristischen Schrifttum

---

6 S. ausführlich: 2. Teil A.

7 S. ausführlich: 3. Teil § 1; 3. Teil § 2.

8 BGHZ 203, 77 Ls. 2; BGH BeckRS 2018, 23789 (Az.: II ZR 307/16) Rn. 17.

9 BGHZ 203, 77 Rn. 12, 19; siehe auch: BGHZ 170, 283 (Otto); BGHZ 179, 13 (Schutzgemeinschaft II) ausführlich zur Diskussion: 3. Teil § 3.

10 Vgl. stellvertretend: *Röttger*, Kernbereichslehre, S. 1 ff.; *Heinrichs*, Mehrheitsbeschlüsse, §§ 4, 5, S. 69 ff.; *Menk*, Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereich, S. 1 ff.

in letzter Zeit insbesondere im Zusammenhang mit Immobilienfinanzierungsgesellschaften und deren Sanierungsbedürftigkeit bekannt.

Auf der anderen Seite ist das Innenverhältnis nur rudimentär gesetzlich geregelt<sup>11</sup>. Im Gegensatz zur GmbH fehlen formale Voraussetzungen zum *Procedere* der Beschlussfassung<sup>12</sup> wie die in § 53 II GmbHG notwendige Zweidrittelmehrheit für Vertragsänderungen. Da Vertragsänderungen nicht der notariellen Form unterliegen, fällt auch die Belehrungspflicht des Notars als Basisschutz (§ 17 BeurkG) weg. Abgesehen von zwingenden Normen und den allgemeinen Schranken der Privatautonomie gibt es nur wenige positivrechtliche materielle Schranken wie beispielsweise § 707 BGB. In Bezug auf den Rechtsfortbildungsstand hat das Innenrecht im Gegensatz zum Außenrecht einen Rechtsfortbildungsrückstand<sup>13</sup>. *K. Schmidt* führt aus, dass dies einerseits an dem im 19. Jahrhundert vorherrschenden gesetzlichen Leitbild des mitunternehmerischen Zusammenwirkens persönlich haftender Gesellschafter und organisationsrechtlicher Vorbehalte prägender Wissenschaftler liege<sup>14</sup>. Ein Gesellschaftsvertrag mit entsprechender Mehrheitsklausel kann daher im Gegensatz zum Kapitalgesellschaftsrecht konkludent und mit einfacher Mehrheit geändert werden<sup>15</sup>. Dass der Gesetzgeber eingreift, um den Schutzstandard zu erhöhen, ist nicht zu erwarten<sup>16</sup>.

An beiden genannten Punkten kann man erkennen, warum Personengesellschaften im Kontext des Minderheitsschutzes besonders interessant sind: In ihnen ist das finanzielle Risiko der häufig persönlich haftenden Gesellschafter mit dem Risiko nahezu unbegrenzter Freiheit bei Vertragsgestaltungen kombiniert. Verstärkt werden beide Gefahren durch den Fak-

---

11 Anders ist die Rechtslage bei der EWIV. In Art. 17 II EWIV-VO ist beschrieben, dass bestimmte Beschlüsse nur einstimmig gefasst werden können.

12 Vgl. §§ 47 ff. GmbHG.

13 *K. Schmidt*, ZGR 2008, 1, 2 ff.

14 *K. Schmidt*, ZGR 2008, 1, 3 mit Verweis auf *Flume*, BGB AT I/1, S. 56 und *v. Gierke*, GenöBenschaftstheorie, S. 340.

15 MünchKomm-HGB/*Enzinger*, § 119 Rn. 63; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch*, § 105 Rn. 98.

16 *Schäfer* spricht in seinem Gutachten zum 71. DJT. zur grundlegenden Reform des Personengesellschaftsrechts nur die Übertragung des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts an und steht dem ablehnend gegenüber, E 109 ff., 111. Der DJT sprach sich mit 35 Stimmen dennoch für eine Änderung aus (Beschluss 19). Die Abstimmung zu einem GbR Register verlief ebenfalls positiv, vgl. Frage 5 b. – <http://www.djt.de/nachrichtenarchiv/meldungen/artikel/beschluesse-des-71-deutschen-juristentages/> (zuletzt abgerufen am 10.11.2018), dennoch wurden bislang keine Reformbemühungen unternommen.

## 1. Teil Einleitung

tor Zeit. Gesellschaftsverträge sind unvollständige beziehungsweise relationale Verträge, die – anders als Austauschverträge – für eine längerfristige Zusammenarbeit in ungewisser Zukunft angelegt sind, weswegen antizipierte Vereinbarungen über die Lösung sämtlicher zukünftiger Probleme unmöglich sind<sup>17</sup>. Die Gesellschafter können nämlich nicht alle möglicherweise in Zukunft auftretenden Probleme vorhersehen oder lösen. Hinzu kommt, dass das Änderungsbedürfnis bei Verträgen, die auf Vollständigkeit angelegt sind, paradoxerweise wächst<sup>18</sup>. Aus verhaltensökonomischer Sicht sind letztlich die Beobachtungen über die sozialen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern miteinzubeziehen, was das Problem relationaler Verträge nochmals verstärkt. Wenn sich die Gründungsgesellschafter kennen, haben sie wenig Anreiz, möglicherweise auftretende Probleme zu diskutieren und damit den Vertragsschluss zu gefährden<sup>19</sup>. Zudem sind Gesellschafter bei Vertragsschluss hinsichtlich der aufkommenden Gefahren überoptimistisch (sog. „*over-optimism*“)<sup>20</sup>.

### B. Minderheitsschutz

#### I. Gefahren durch missbräuchliche Mehrheitsentscheidungen

Der Abschnitt soll mit einem Blick auf die Gefahren beginnen, denen (potentielle) Minderheitsgesellschafter ausgesetzt sind. Im Idealfall sind Mehrheitsentscheidungen auf Grund privatautonomer Entscheidung nach Abwägung aller Vor- und Nachteile getroffen worden und tragen daher eine gewisse Richtigkeitsgewähr in sich<sup>21</sup>. Binnenkonflikte zwischen den Gesellschaftern gehören zu den Kardinalproblemen und sind die Achillesfer-

---

17 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 116; Richter/Furbotn, Neue Institutionenökonomik, S. 184 ff., 209; *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ZGR-Sonderheft 18, S. 43 f.; *Klöhn*, AcP 2016, 281, 301; *Lutter*, AcP 1980, 85, 91; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, S. 606 f.

18 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 116.

19 *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ZGR-Sonderheft 18, S. 42; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 105 f. *Granovetter*, Am. J. of Sociology, 1985 (91), 481 ff.

20 *Paredes*, in Washington Law Review 83 (2003), 417 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 816 Fn. 16 mwN.

21 *Leenen*, FS Larenz 1983, 371, 379 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 460; MünchKomm-AktG/*Schürnbrand*, § 186 Rn. 94; *Bachmann*, Private Ordnung, S. 208; einschränkend: *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken, S. 20 f.; differenzierend MünchKomm-AktG/*Hüffer/Schäfer*, § 243 Rn. 48; aus der Rechtsprechung zum

se personalistischer Gesellschaften<sup>22</sup>. Eine generalisierende Betrachtung der Gefahren für Minderheiten ist wegen der Strukturunterschiede zwischen personalistischer Unternehmungsgesellschaft und Publikumspersonengesellschaft nur schwer möglich. Jede Gesellschaftsform kann jedoch auf das Phänomen starrer Mehrheiten treffen<sup>23</sup>, also Mehrheiten, die sich aus faktischen oder rechtlichen Gründen nicht ändern, sei es wegen der Verteilung von Kapitalanteilen, familiärer Verhältnisse oder eines Stimmbindungsvertrags. Bestehen solche starren Mehrheiten, beschließt die Mehrheit nicht, sondern ordnet „von oben herab“ an<sup>24</sup>. Aus Sicht der Minderheit kann von dem Beschluss nicht dieselbe Richtigkeitsgewähr ausgehen, weil zu befürchten ist, dass die Gesellschafter ihre Mehrheitsstellung aus eigenützigen Gründen ausnutzen.

Darüber hinaus kann bei dem Versuch, mögliche Gefahren näher zu bestimmen, auf die Ausführungen zu personalistisch strukturierten, geschlossenen Kapitalgesellschaften zurückgegriffen werden, weil sich moderne Gesellschaftsverträge im Personengesellschaftsrecht häufig in Teilen im Innenrecht angleichen<sup>25</sup>. Zunächst zu nennen sind die Schädigung der Gesellschaftsfinanzen durch unausgewogene Drittgeschäfte mit der Gesellschaft, überhöhtes Gehalt für die geschäftsführenden Gesellschafter, die private Aneignung von Geschäftschancen oder Gesellschaftsressourcen, der Bezugsrechtsausschluss bei Kapitalerhöhungen, das Verschweigen vermögensrelevanter Informationen und die übermäßige Gewinnthesaurierung<sup>26</sup>. Diese Eingriffe betreffen hauptsächlich Fragen der Geschäftsführung, von der Ausnahme des Eingriffs in das Gewinnrecht abgesehen. Daneben sind vor allem solche Gefahren relevant, die in das Vertragsgefüge nachhaltig eingreifen, beispielsweise weil sie mitgliedschaftliche Rechte

---

Aktienrecht: RGZ 68, 235, 254 (Hibernia); BGHZ 138, 71 (Sachsenmilch); BGHZ 76, 353 (Auflösung).

22 *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ZGR-Sonderheft 18, S. 25 f., zu geschlossenen Kapitalgesellschaften.

23 Dazu: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 363, 406; aus rechtsökonomischer Sicht: *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ZGR-Sonderheft 18, S. 25 f.; *Klöhn*, AcP 2016, 281, 300; aus methodischer Sicht: *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 472; *Hofmann*, Private Macht, S. 353, 359, spricht von „verfestigten Mehrheiten“.

24 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 363, 406.

25 Vgl. bspw. *Blaum/Scholz*, Beck'sches Formularbuch, VIII. A. 2. (Gesellschaftsvertrag einer Grundstücksverwaltungsgesellschaft); *Hund/v. Hagen*, Formularbuch Recht und Steuern, A. 5.01.

26 Ausführlich: *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, ZGR-Sonderheft 18, S. 32 ff.; Zu letzterem vgl. auch: BGHZ 170, 283 (Otto).

## 1. Teil Einleitung

beschränken oder beseitigen. Neben dem bereits genannten Eingriff in die Gewinnquote sind solche Eingriffe besonders hervorzuheben, die in die Kontrollrechte der Minderheit eingreifen, wie beispielsweise die Informationsrechte oder die *actio pro socio*. Hierbei wird deutlich, dass minderheitsschädigendes Verhalten in vielfältiger Weise auftreten kann, was zur Komplexität des Problems beiträgt.

## II. Minderheitsschutz und Funktionsschutz

Bereits die letzten beiden Abschnitte lieferten Indizien für den Beleg der These, dass Minderheitsschutz ein integraler Bestandteil im Personengesellschaftsrecht sein muss. Es wurde herausgearbeitet, dass Personengesellschaftsverträge trotz persönlicher Haftungsrisiken weitgehend frei gestaltet werden können und die Minderheit dabei vielfältigen Gefahren durch missbräuchliches Mehrheitsverhalten ausgesetzt ist. Im Folgenden soll dargestellt werden, warum Minderheitsschutz kein Selbstzweck ist, sondern für Personengesellschaften funktionsschützende Wirkung hat. Funktionsschutz in diesem Zusammenhang bedeutet, dass Personengesellschaften ohne den die Mindestanforderungen entsprechenden Minderheitsschutz dysfunktional sind, also ihren vorgesehenen Zweck nicht erfüllen können.

Hierbei sind die Erkenntnisse der neuen Institutionenökonomik<sup>27</sup> hilfreich, im Besonderen die Überlegungen von *Coase* und *Williamson* zu dem institutionellen Rahmen von Langzeitbeziehungen, insbesondere mit Blick auf die Transaktionskosten<sup>28</sup>. Warum werden Gesellschaftsverträge abgeschlossen?

Gesellschaftsverträge sind nur eine von mehreren verschiedenen Möglichkeiten, unternehmerische Aktivitäten durchzuführen<sup>29</sup>. Ausgangspunkt ist die Frage eines Unternehmers, ob es für ihn ökonomisch sinnvoller ist, sich mit anderen zu einer Gesellschaft zusammenzuschließen, oder ob er sein Unternehmen allein mit Hilfe einer Reihe von Austauschverträ-

---

27 Begründet wurde die Neue Institutionenökonomik von *Ronald Coase*, *Economica* 4 (1937) S. 86–405, der die Organisation als Alternative zum Markt beleuchtete. *Williamson* ging im *J. of Law and Economics* 22 (1979), 233–261 hingegen den Vertrag als Organisationsgrundlage. Vgl. grundlegend zur Entwicklung: *Grundmann/Micklitz/Renner*, *Privatrechtstheorie*, S. 167, 182 ff.; *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse*, S. 690 f.

28 *Coase*, *Economica* 4 (1937) S. 86–405; *Williamson*, *J. of Law and Economics* 22 (1979), 233 ff.

29 *Hofmann*, *Private Macht*, S. 353, 356.

gen wie Kauf-, Dienst-, oder Werkverträgen und allein mit eigenem Geld aufbauen sollte. Diese zeichnen sich meist durch eine kürzere Dauer und spezifische Vertragspflichten aus. Aus ökonomischer Sicht ist eine auf langfristige Zusammenarbeit mit mehreren ausgelegte Unterwerfung unter einen Zweck nur sinnvoll, wenn die Kosten, unternehmerische Aktivitäten über den Markt zu koordinieren, höher als die Kosten der Unternehmensgründung und Fortführung sind<sup>30</sup>. Gesellschaftsverträge bieten sich demnach an, wenn der Vertragsgegenstand spezifische Investitionen von erheblichem Ausmaß erfordert, die sich erst amortisieren müssen, und fortlaufende Transaktionen unter Beteiligten beabsichtigt sind<sup>31</sup>. Spezifische Investitionen sind Investitionen in (spezifische) Vermögensgegenstände, die in ihrer aktuellen Verwendung mit dem Vertragspartner einen höheren Ertrag erzielen als in jeder anderen Verwendung<sup>32</sup>. Das zeigt folgende Überlegung anhand eines Gegenbeispiels.

Verhält sich der Vertragspartner eines Austauschvertrags, der keine spezifischen Investitionen getätigt hat, rational, nutzt er die fehlende Bindung an die investierende Partei (*ex post*) opportunistisch nach Vertragsschluss aus und senkt den Preis für die (Gegen-)Leistung an den investierenden Partner<sup>33</sup>. Für die Partei, welche die spezifische Investition vorgenommen hat, ist es ökonomisch rational, jedes Angebot bis zu dem Punkt anzunehmen, an dem ein Wechsel zu einem anderen Vertragspartner günstiger ist, also an dem sich die Kosten amortisieren, die investierende Partei aber keinen Gewinn macht<sup>34</sup>. Sofern es keinen anderen Vertragspartner gibt oder ein Wechsel aus rechtlichen Gründen unmöglich ist, muss die investierende und rational handelnde Partei zur Verlustvermeidung den Nachteil in Kauf nehmen. Auch die investierende Partei hat indes die Möglichkeit, die Situation *ex-post* opportunistisch auszunutzen, wenn die andere Partei, die nicht investiert hat, keine Wechselmöglichkeit hat oder ein Wechsel nur

---

30 Coase, *Economica* 4 (1937), *Williamson*, *Economic Institutions*, S. 18 f.; *Klöhn*, *AcP* 2016, 281, 292.

31 Im Wortlaut: *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung*, S. 606; *Williamson*, *Journal of Law and Economics* 22 (1979), 233, 245 ff., 253; *Scott*, *California Law Review* 75 (1987), 2005, 2010 ff.

32 Vgl. *Klöhn*, *AcP* 2016, 281, Fußnoten 81, 75.

33 *Klein/Crawford/Alchian*, *J. of Law and Economics* 21 (1978), 297, 398; vgl. mit weiteren Nachweisen zur hier angesprochenen sog. „*quasi-rent*“, *Klöhn*, *AcP* 2016, 281, 294.

34 Vgl. anschaulich anhand eines Werkvertrags *Klöhn*, *AcP* 2016, 281, 293 ff.; anhand von Arbeits- und Mietverträgen *Schäfer/Ott* *Ökonomische Analyse*, S. 427; *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung*, S. 610 ff.; grundlegend: O. *Williamson*, *Journal of Economic Literature*, 19 (1981), 1537–1568.

## 1. Teil Einleitung

zu einem hohen Preis möglich ist. Entsprechend den Wechselkosten steigt dann das Ausbeutungspotential<sup>35</sup>. Das zeigt, dass beide Parteien des Austauschvertrags von der Ausbeutung durch den anderen Teil betroffen sein können<sup>36</sup>. Das Risiko kann durch vertragliche Regelungen nur unzureichend eingeschränkt werden. Langfristige (Austausch-) Verträge sind allein wegen des höheren Vertragsvolumens risikoreich und können nur unter den erschwerten Bedingungen des § 313 I BGB<sup>37</sup> auf ökonomische Veränderungen reagieren. Die Vereinbarung von Preisanpassungsklauseln ist mit hohen Transaktionskosten verbunden, weil die aus Sicht eines objektiven Dritten zur Preisanpassung berechtigenden Gründe nicht vollständig prognostizierbar<sup>38</sup> und die rechtlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit unklar sind<sup>39</sup>. Das zeigt, dass es in einem relationalen Vertrag weniger teuer, demnach effizienter ist, nicht alle möglichen Einwirkungen *ex ante* zu regulieren, sondern eher ein System für eine *ex post*-Entscheidungsfindung zu entwickeln<sup>40</sup>.

Im Gegensatz zu Austauschverträgen sind die Gesellschafter von Personengesellschaften auch nach der Vereinbarung weitreichender Mehrheitsklauseln an ihre Beitragsverpflichtungen, den gemeinsamen Zweck und die Treuepflicht gebunden. Die Treuepflicht ist geeignet, die Opportunismusgefahr zu reduzieren, da sie Rechtshandlungen der Gesellschafter einer Missbrauchskontrolle unterwirft<sup>41</sup>. Am Beispiel der oben genannten, starren Mehrheiten hat *Zöllner* beschrieben, dass das Maß der Rücksichtnahmepflicht am Maß der Einflussmöglichkeit auszurichten ist<sup>42</sup>. Die Rücksichtnahmepflichten mit Leitlinien zu verknüpfen, gibt den Gesellschaftern und Rechtsanwendern die Möglichkeit, Regeln in konkreten Konfliktsituationen abzuleiten. Das senkt die Transaktionskosten und erklärt, warum die unzureichende Bestimmtheit von Gesellschaftsverträgen kein Nachteil ist<sup>43</sup>. Die Opportunismusgefahr wird zusätzlich gemindert, weil

---

35 Ausführlich mit entsprechendem Beispiel: *Klöhn*, AcP 2016, 281, 293 ff.

36 *Klöhn*, AcP 2016, 282, 295.

37 Insbesondere wegen des Kriteriums der Unzumutbarkeit, vgl. MünchKomm-BGB/*Finkenauer* § 313 Rn. 76 ff.; BGH NJW 2012, 1718, 1720.

38 *Williamson*, Markets and Hierarchies, S. 87; *Klöhn*, AcP 2016, 281, 295; *Grundmann/Micklitz/Renner*, Privatrechtstheorie, S. 167, 184.

39 Vgl. MünchKomm-BGB/*Wurmnest*, § 307 Rn. 95–98.

40 *Klöhn*, AcP 2016, 281, 295.

41 *Klöhn*, AcP 2016, 281, 309; *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 5 ff.; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, S. 596.

42 *Zöllner*, Schranken, 337, 350; vgl. auch: BGHZ 65, 15, 19.

43 *Easterbrook/Fischel*, S. 91; *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 5 ff.; bereits *Lutter*, AcP 1980, 84, 105 113 ff. (zur Förderpflicht).

Risiken durch die Zwischenschaltung der Gesellschaft geteilt werden, da Gesellschafter regelmäßig ein vereinbartes Gewinnrecht entsprechend dem festgestellten Jahresumsatz der Gesellschaft, also des Gesamtunternehmens haben<sup>44</sup>. Gesellschafter haben daher grundsätzlich den Anreiz, den Gesamtumsatz der Gesellschaft zu steigern, weil hiervon mittelbar der eigene Gewinnanteil abhängt. Somit ist es ausreichend, sich auf Verfahrensregeln zu einigen, nach denen künftig auftretende Anpassungsfragen gelöst werden.

Eine in dieser Situation macht- und schutzlose Minderheit widerspräche indes dem Zweck des Gesellschaftsrechts, weil die Kosten zur Absicherung von Risiken einer Mehrheits Herrschaft höher sind, die Minderheit aber in gleicher Weise dem *ex post*-Opportunismus eines Mehrheitsgesellschafters ausgesetzt ist, wie der Unternehmer es bei einfachen Austauschverträgen wäre<sup>45</sup>. Der beschriebene Vorteil, den eine Gesellschaft gegenüber dem Austauschvertrag hat, und somit die ökonomische Daseinsberechtigung von Gesellschaftsverträgen wären verspielt. Dies zeigt, dass Minderheitsschutz notwendig für das Funktionieren einer Gesellschaft und daher tragende Säule ist.

### III. Die Reichweite des Minderheitsschutzes

Das sagt freilich noch nichts über die Reichweite an notwendigem Minderheitsschutz aus. Die Rechtswissenschaft löst diese Frage im Einzelfall. Die Kernbereichslehre und der Bestimmtheitsgrundsatz sind hierfür geeignete Beispiele. Beim Bestimmtheitsgrundsatz wurde höchstrichterlich festgestellt, dass diesem eine (verdeckte) Inhaltskontrolle zu Grunde liegt<sup>46</sup>. Ähnlich argumentieren Befürworter der Kernbereichslehre, die in jedem Kernbereichsrecht eine Einzelfallwertung unter Berücksichtigung der Gesellschaftsstruktur erkennen<sup>47</sup>.

Eine weitere Perspektive ergibt sich im Gesamtsystem verschiedener Gesellschafterinteressen unter Einbeziehung der Regelungswirkung. Begreift man die Mehrheitsklausel als Verfahrensregel, welche die Steuerungsfähig-

---

44 Zum Gewinnrecht: Westermann/Wertenbruch/Scholz, Hdb. Gesellschaftsrecht, I Rn. 618 ff.

45 Beispiele bei: Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 690 f.; Klöhn, AcP 2016, 281, 293 ff.; Klein/Crawford/Alchian, J. of Law and Economics, 1978, 297, 299 ff.

46 BGHZ 179, 13 Rn. 14 (Schutzgemeinschaft II).

47 Bspw. Goette/Goette, DStR 2016, 74, 78; Hanau, Private Macht, S. 119, 128 f.

## 1. Teil Einleitung

keit der Gesellschaft sicherstellen soll<sup>48</sup>, darf der Schutz der Minderheitsgesellschafter nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss die Gefahr sachwidriger Mehrheitsblockaden mitberücksichtigen<sup>49</sup>. Hierbei besteht ein Spannungsfeld zwischen der Effektivität des Minderheitsschutzes und damit letztlich der Vorhersehbarkeit der Rechtslage auf der einen und der Einzelfallgerechtigkeit auf der anderen Seite. Die Vorhersehbarkeit der Rechtslage ist in diesem Zusammenhang besonders relevant, da mit einer Klage meist eine nachhaltige Zerrüttung des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander einhergeht<sup>50</sup>. Die Kalkulierbarkeit des Ausgangs des Prozesses hängt daher in besonderem Maße mit der Funktionsfähigkeit des Minderheitsschutzes zusammen. Auf der anderen Seite des Spannungsfeldes steht die Einzelfallgerechtigkeit, die – nicht nur angesichts der vielfältigen Gefahren – ein an sich zu beachtender Wert ist. Daraus wird deutlich, dass es optimalen Minderheitsschutz nicht geben kann, weil keine Regelung gleichzeitig die Vorhersehbarkeit und die Einzelfallgerechtigkeit bestmöglich verwirklichen kann. Neben diesem Aspekt spielt eine wesentliche Rolle, dass im Personengesellschaftsrecht vertragliche Regelungen grundsätzlich vorrangige Bedeutung zukommt<sup>51</sup>. Die vielzähligen Gestaltungsmöglichkeiten erschweren die Bestimmung der optimalen Reichweite.

### C. Gang der Darstellung

Die Arbeit baut sich anhand des vom BGH und der mittlerweile herrschenden Lehre entwickelten zweistufigen Prüfungssystems<sup>52</sup> von Gesellschafterbeschlüssen auf. Zunächst geht es um den Bestimmtheitsgrundsatz, also die formelle Schranke des Minderheitsschutzes. Hintergrund der

---

48 Vgl. dazu ausführlich: 2. Teil C. III.; 2. Teil C. IV.

49 *Herchen*, GiD 2017, 83, 95 ff. bezeichnet das als „Spannungsfeld zwischen Handlungsfähigkeit und Fremdbestimmung“.

50 *Risse/Höfling*, NZG 2017, 1131, 1132; ähnlich: *Seidel/Wolf*, BB 2015, 2563, 2567.

51 Zudem dahinterstehenden Streit um den „Contractarian View“, also der Frage inwiefern Minderheitsschutz allein durch (hypothetische) Vertragsauslegung möglich ist im Überblick: *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien, S. 70 ff. (zum Kapitalgesellschaftsrecht); *Fleischer*, ZHR 2004, 673, 685 ff.

52 Eine Auswahl an Nachweisen: BGH NJW 1995, 194 f.; BGHZ 170, 283 (Otto); *Weber*, ZfPW 2015, 123, 125; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 709 Rn. 90; *Westermann/Wertenbruch*, Hdb. Gesellschaftsrecht, I Rn. 520; *JurisPK-BGB/Bergmann*, § 709 Rn. 21; MünchKomm-HGB/*Enzinger*, § 119 Rn. 80; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Freitag*, § 119 Rn. 66; *Priester*, DStR 2008, 1386, 1387 ff.; ähnlich: *K. Schmidt*, ZIP 2007, 737, 738; zuletzt: BGHZ 203, 77 Rn. 13.

Diskussion ist die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>53</sup>. Daran orientiert sich der zweite Teil und untersucht, ob die Entscheidung bezüglich der dogmatischen Grundlage des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Tauglichkeit als minderheitsschützendes Instrument richtig war.

Im Anschluss wird die materielle Prüfungsstufe der Beschlusskontrolle, nämlich der Kernbereich der Mitgliedschaft, untersucht. Hierfür wird zunächst sein Ursprung und der aktuelle Stand der Rechtsentwicklung einschließlich der offenen Fragen der Kernbereichslehre dargestellt. Dann wird anhand des in der Literatur aufgetretenen Streits untersucht, ob auch die Kernbereichslehre durch das eben zitierte Urteil aufgegeben wurde. Hiernach wird untersucht, ob die Kernbereichslehre dogmatisch fundiert ist und ob sie aus Sicht eines Vertragsgestalters ein sinnvolles minderheitsschützendes Instrument ist.

Im anschließenden fünften Teil wird ein Minderheitenschutzmodell nach Aufgabe der bisher vorherrschenden Kernbereichslehre und des Bestimmtheitsgrundsatzes anhand der allgemeinen minderheitsschützenden Instrumente Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz untersucht und die Folgen anhand einzelner mitgliedschaftlicher Rechte geprüft. Im Anschluss werden nochmals zusammenfassend die Argumente für die hier vorgeschlagene Lösung vorgetragen, bevor im letzten Teil der Arbeit die Lösung anhand von Einzelfallbeispielen dargestellt wird.

---

53 BGHZ 203, 77, Ls. 1 Rn. 14, 15.

## 2. Teil Formelle Schranken von Mehrheitsklauseln

Auf der in diesem Kapitel zu erörternder erster Stufe geht es um formelle Schranken des Minderheitsschutzes. Sind besondere Anforderungen an die Auslegung von Mehrheitsklauseln zu stellen? Typischerweise stellt sich die Frage, wenn ein Gesellschaftsvertrag ausschließlich anordnet, dass die Mehrheit entscheiden soll. Dann ist fraglich, ob eine solche Klausel für jeden vorstellbaren Beschluss, also auch Änderungen der Satzung oder Eingriffe in Mitgliedschaftsrechte, gilt oder ob sie eingeschränkt dahingehend ausgelegt werden muss, dass die Gesellschafter nur über Maßnahmen der allgemeinen Geschäftsführung mehrheitlich entscheiden wollen. Letzteres war eine Grundaussage des nun zu besprechenden Bestimmtheitsgrundsatzes.

### A. Entwicklung des Bestimmtheitsgrundsatzes

Der BGH musste diese Frage erstmals im Jahre 1952 entscheiden<sup>54</sup>, konnte dabei bereits auf Vorarbeiten des Reichsgerichts zurückgreifen<sup>55</sup>. Er meinte, dass der Beschluss, eine in Liquidation befindliche Gesellschaft in eine werbende umzuwandeln, nur der Mehrheit unterliege, wenn „*sich die Zulässigkeit mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Gesellschaftsvertrag*“ ergebe<sup>56</sup>. Begründet wurde dies mit der Annahme, die „*unbeschränkte Unterwerfung*“ bedürfe einer sorgfältigen Prüfung der Frage, ob die Änderung vom Willen der Gesellschafter umfasst sei<sup>57</sup>. Bei „*ganz ungewöhnlichen*“ Beschlüssen könne man dies nicht ohne weiteres annehmen, weswegen sich in diesen Fällen die Unterwerfung unter eine Mehrheitsklausel „*eindeutig*“ aus der Mehrheitsklausel ergeben müsse<sup>58</sup>. Es sollte sich hierbei nicht um eine bloße Auslegungsregel, sondern um eine unverzichtbare Regel des Minder-

---

54 BGHZ 8, 35.

55 Insb. RGZ 91, 166 ff.; 151, 321 ff.

56 BGH aaO Ls.

57 BGHZ 8, 35, 41; zur Rechtsprechungsentwicklung zuletzt: *Wiedemann*, FS Hopt (2010), S. 1491, 1493 ff.

58 BGHZ 8, 35, 41 mit Verweis auf RGZ 151, 326 f.; danach BGHZ 71, 53, 57; BGHZ 85, 350, 356; BGH BB 1976; 948; BGH ZIP 1985, 1137, 1139.

heitsschutzes handeln<sup>59</sup>. Hieraus leitete man zunächst ab, dass allgemeine Mehrheitsklauseln nur für Beschlüsse über die laufende Geschäftsführung gelten sollten<sup>60</sup>. Darüber hinaus blieb die Rechtsprechung hinsichtlich der Anforderungen an die Bestimmtheit wechselhaft. Ursprünglich reichte es für eine Unterwerfung unter eine Mehrheitsklausel aus, wenn ungewöhnliche Beschlussgegenstände aus dem Katalog der Beschlussgegenstände im Wege der Vertragsauslegung ermittelt werden konnten, demnach war die konkrete Bezeichnung des Beschlussgegenstands nicht erforderlich<sup>61</sup>. Dies revidierte der BGH in einer Entscheidung im Jahr 1996, in welcher er eine konkrete Auflistung der einzelnen Beschlussgegenstände forderte<sup>62</sup>. Das Ergebnis kehrte der II. Zivilsenat in der sog. „Otto“-Entscheidung erneut um, wobei umstritten war, ob er den Bestimmtheitsgrundsatz gänzlich aufgab oder nur dessen Voraussetzungen im oben beschriebenen Sinne lockerte<sup>63</sup>.

Welche Beschlussgegenstände vom Bestimmtheitsgrundsatz im Detail erfasst sein mussten, also „*ganz ungewöhnlich*“ in diesem Sinne waren, war im Detail umstritten. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung war der Begriff „*ungewöhnlich*“ nicht als empirische Größe zu verstehen, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff<sup>64</sup>. Unter ihn sollten Geschäfte fallen, die in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingriffen oder die Struktur der Gesellschaft maßgeblich veränderten<sup>65</sup>. Unter ihn fielen insbesondere die Begründung und Erhöhung von Leistungspflichten<sup>66</sup>, der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis<sup>67</sup>, Entzug des Informationsrechts<sup>68</sup>, der Änderung der Gewinnverteilung und Verzinsung<sup>69</sup>, die Auf-

---

59 Strittig, wohl BGHZ 8, 35, 41 offenlassend: BGHZ 85, 356; aA MünchKommBGB/Ulmer, 4. Auflage 2004, § 709 Rn. 88.

60 MünchKomm-HGB/Enzinger, (1. Auflage, 2004) § 119 Rn. 78; Baumbach/Hopt, (31. Auflage, 2003) § 119 Rn. 37; Hennerkes/Binz, BB 1987, 713 mwN in Fn. 5.

61 BGHZ 8, 35, 41 f.; BGHZ 48, 251, 253 ff.; BGHZ 71, 53, 57; BGHZ 85, 350, 355 ff.; BGH ZIP 1985, 1137, 1139; BGH WM 1966, 707; BGH WM 1973, 100, 101.

62 BGHZ 132, 263, 268.

63 BGHZ 170, 283, 287, zum Streitstand sogleich.

64 Heinrichs, Mehrheitsbeschlüsse, S. 76; Schneider, ZGR 1972, 356, 372.

65 Staudinger/Habermeier, § 709 Rn. 50; Soergel/Hadding, 12. Auflage 2007, § 709 Rn. 40; Staub/Ulmer, (4. Auflage, 1999), § 119 Rn. 34 f.; Heinrichs, Mehrheitsbeschlüsse, S. 74 ff.; Schneider, ZGR 1972, 356, 371; Immenga, ZGR 1974, 386, 418; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S. 152.

66 BGHZ 8, 35, 41; BGHZ 66, 82.

67 BGH NJW 1985, 2830.

68 BGH NJW 1995, 194, 195.

69 BGH WM 1975, 65 f.; BGH WM 1976, 661 ff.; OLG Hamm BB 1978, 120, 121.

nahme neuer Gesellschafter<sup>70</sup> sowie deren Ausschließung<sup>71</sup>, die Übertragung des Gesellschaftsanteils an einen Dritten<sup>72</sup>, die Feststellung der Bilanz<sup>73</sup>, die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>74</sup>, die Bildung nicht erforderlicher Rücklagen<sup>75</sup>, die Auflösung<sup>76</sup> sowie die Fortsetzung der Gesellschaft nach der Auflösung<sup>77</sup>, die Umwandlung<sup>78</sup>, die Einschränkung der *actio pro socio*<sup>79</sup>, die Änderung der Mehrheitserfordernisse<sup>80</sup>, der Eingriff in Sonderrechte (§ 35 BGB)<sup>81</sup>, die liquidationslose Übernahme des Geschäfts durch einen einzigen Gesellschafter<sup>82</sup> und die Änderung des Gesellschaftszwecks<sup>83</sup>. In der Praxis führte der Bestimmtheitsgrundsatz zu langen Beschlusskatalogen<sup>84</sup>. Auf diese Weise wurde von den Gesellschaftern versucht, jeden denkbaren „ganz ungewöhnlichen“ Beschluss unter die Mehrheitsklausel zu fassen, obgleich die Rechtsprechung sich eine am Sinn und Zweck der Vorschriften ausgerichtete Auslegung zu eigen machte<sup>85</sup>. Als zentrales minderheitsschützendes Rechtsinstrument wurde dem Bestimmtheitsgrundsatz zeitweise „fundamentale Bedeutung“<sup>86</sup> zugeschrieben und er wurde zu den „Wesenselementen im Personengesellschaftsrecht“ gezählt<sup>87</sup>.

---

70 BGHZ 61, 303, 304.

71 BGHZ 8, 35, 41.

72 BGH WM 1961, 303, 304.

73 Zumindest nach früher hM, vgl. BGHZ 132, 263, 268; aA nun aber BGHZ 170, 283, 286; ausführlich dazu: 3. Teil § 2 B. II. 2. a) aa).

74 BGHZ 132, 263, 268; BGH ZIP 1994, 1942, 1943 ff.

75 BGH WM 1976, 661, 662.

76 BGHZ 8, 35, 39.

77 BGHZ 8, 35, 43.

78 BGHZ 85, 350; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 43 Rn. 11; *Binnewies*, GmbHR 1997, 727, 733.

79 BGH NJW 1985, 2830.

80 BGH ZIP 1987, 1178 f.

81 *Hueck*, Recht der OHG, S. 179; Röhricht/Graf v. Westphalen/*Haas*, § 119 Rn. 18.

82 BGH WM 1966, 707.

83 Statt Vieler: Schlegelberger/*Martens*, § 110 Rn. 22; Heymann/*Emmerich*, § 119 Rn. 33; *Röttger*, Kernbereichslehre, S. 116; unabhängig von der Anerkennung oder Ablehnung des Bestimmtheitsgrundsatzes kritisch: MünchKomm-BGB/Arnold, 7. Auflage 2015, § 33 Rn. 24.

84 Vgl. Münchener Vertragshandbuch I/v. *Dalwigk/Mentz* (Auflage 1982), I.4, S. 16.

85 Vgl. BayObLG ZIP 2005, 164 wonach die mehrheitliche Zustimmung zur „Abtretung von Gesellschaftsbeteiligungen“ auch die Aufnahme einer Komplementär-GmbH umfasse.

86 *Martens*, DB 1973, 413, 415.

87 *Reuter*, GmbHR 1981, 129.

B. Kritik am Bestimmtheitsgrundsatz und Rechtsprechungsentwicklung

Bis Mitte der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts war der Bestimmtheitsgrundsatz kaum umstritten<sup>88</sup>. Dann setzte sich zunehmend der Gedanke durch, dass Gesellschaftsverträge mit langen Listen von Beschlussgegenständen, die einer Mehrheitsentscheidung zugänglich sein sollen, den Minderheitenschutz nicht fördern, weil die bezweckte Warnfunktion nicht erreicht wird<sup>89</sup>. Die Warnfunktion setzt bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor dem Hintergrund noch ungewisser Entwicklungen an. Inwieweit der Gesellschafter gewarnt wird, hängt daher immer von einer Prognose ab, verbunden mit der subjektiven Einschätzung des einzelnen Gesellschafters<sup>90</sup>. Dass ein Mehr an Informationen nicht automatisch zu einer rationaleren Entscheidung führt, zeigt ein Blick in die empirische Analyse, welche aufgezeigt hat, dass Gesellschafter bei Vertragsschluss und den vorausgehenden Verhandlungen überoptimistisch sind<sup>91</sup>. Es gibt im Übrigen empirische Evidenz, dass Risiken auf Grund einer überoptimistischen Disposition systematisch unterschätzt werden<sup>92</sup>. Diese Studien sind auf Gesellschafterverhältnisse, die auf Langfristigkeit ausgelegt sind, übertragbar, da es auch hier um die Einschätzung zukünftiger Risiken in komplexen Vertragssituationen geht. Einige Autoren kamen daher zum

---

88 *Schneider*, ZGR 1972, 356, 371; *Immenga*, ZGR 1974, 386, 418; *Leenen*, FS Larenz (1983), Fn. 17.

89 Zunächst: *R. Fischer*, FS Barz (1974), S. 33, 41 ff.; MünchKomm-BGB/*Ulmer* (4. Auflage 2004), § 709 Rn. 87; *Staub/Schäfer*, § 119 Rn. 35; *U. H. Schneider*, AG 1979, 57, 60; *Wiedemann*, ZGR 1977, 694; *ders.*, FS Hopt (2010), S. 1491, 1497; *Martens*, DB 1973, 413, 416; *Goette*, FS Sigle (2000), S. 145, 151 f.; *Barbasch*, Familien-KG, S. 76; *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse, S. 232 ff.; MünchKomm-HGB/*ders.*, § 119 Rn. 81; *Hadding*, ZGR 1979, 636, 643; *Hey*, Freie Gestaltung, S. 274; *Hüffer*, ZHR 1987, 396, 407 f.; *Mecke*, BB 1988, 2258; *Paefgen*, FS U. H. Schneider (2011), S. 929, 935; *Soergel/Hadding*, § 709 Rn. 41; *ders.*, ZGR 636, 644; *Ulmer*, ZHR 1997, 102, 123 f.; zuletzt: *Lieder*, notar 2016, 283, 290; *Weber*, ZfPW 2015, 123, 125.

90 *Leenen*, FS Larenz (1983), S. 371, 388.

91 *Paredes*, Washington Law Review 83 (2003), 417 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 816 Fn. 16 mwN.

92 *Fischhoff/Slovic/Lichtenstein*, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance, 1977, 552, 561 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 815; in Bezug auf den Bestimmtheitsgrundsatz: *Wiedemann*, FS Hopt (2010), S. 1491, 1498: „Die Beteiligten [...] [können] davon ausgehen, regelmäßig der beschlusstragenden Mehrheit selbst anzugehören“.