Studien zum
Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

205

Fabia Sondhof

Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften und ihre Entscheidung vor Schiedsgerichten

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. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt
Prof. Dr. Manfred Lieb
Prof. Dr. Harm Peter Westermann

Band 205

Fabia Sondhof

Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften und ihre Entscheidung vor Schiedsgerichten

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Münster, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-8925-2 (Print)
ISBN 978-3-7489-3206-2 (ePDF)

D6

1. Auflage 2022
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. 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 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit am Institut für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Abt. II, ebendort. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Anfang Oktober 2021 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Johann Kindl, der mich auf vielfältige Weise gefördert und bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt hat. Die Zeit als Mitarbeiterin an seinem Institut war sehr lehrreich und ich werde diese stets in bester Erinnerung behalten. Ebenso möchte ich Prof. Dr. Ingo Saenger für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Zu tiefem Dank bin ich auch meinen Eltern verpflichtet, die mich stets unterstützt und diese Arbeit erst möglich gemacht haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Fabia Sondhof
Münster im März 2022

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 17

A. Einleitung 19

B. Beschlussmängel der Personengesellschaften 22

I. Rechtsnatur von Stimmabgabe und Beschluss 23
1) Die Stimmabgabe 23
2) Beschluss und Beschlussgegenstände 25
3) Mögliche Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse 26
a) Scheinbeschluss 27
b) Nichtiger Beschluss 28
c) Anfechtbarer Beschluss 28
d) Schwebend unwirksamer Beschluss 29
e) Ordnungswidriger Beschluss 30

II. Bisherige Behandlung von Beschlussmängeln der Personengesellschaften 30
1) Nichtigkeit fehlerhafter Beschlüsse 30
a) Prozessuale Geltendmachung der Nichtigkeit 32
b) Kritische Würdigung 35
2) Analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG 39
a) Planwidrige Regelungslücke 41
b) Vergleichbarkeit der Interessenlage 41
aa) Formalisierung des Beschlussverfahrens 42
bb) Beschlussgegenstände 42
cc) Richtigkeitsgewähr durch notarielle Beurkundung 43
dd) Realstruktur der Gesellschaften 44
ee) Bedürfnis nach Rechtssicherheit 45
c) Zwischenergebnis 46
d) Ablehnung der Analogie bei allen Personengesellschaften? 47
aa) Publikumsgesellschaften oder körperschaftlich strukturierte Gesellschaften 47
bb) Mehrheitlich beschließende Gesellschaften 49

3) Andere Ansätze aus der Literatur 51
a) Noack 51
b) Kritische Würdigung 52
c) Fehrenbach 54
d) Kritische Würdigung 55
4) Richterliche Rechtsfortbildung durch den BGH in der Entscheidung „Schiedsfähigkeit III“ – BGH I ZB 23/16? 57

III. Reform des Beschlussmängelrechts 59
1) Behandlung des Beschlussmängelrechts auf dem 72. DJT 61
2) Beschlussmängelrecht nach dem Mauracher Entwurf 62
a) Beschlussfassung 63
b) Differenzierung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 63
aa) Anfechtbarkeit 64
bb) Nichtigkeit 64
cc) Insbesondere: Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen unverzichtbare Rechtsvorschriften 64
c) Einführung einer Gestaltungsklage mit Rechtskrafterstreckung 68
d) Aktiv- und Passivlegitimation 69
e) Klagefrist 70
f) Ausschließlicher Gerichtsstand und Streitwertbestimmung 71
g) Nichtigkeitsklage 71
h) Ausgestaltung als dispositive Regelungen 71
3) Beschlussmängelrecht nach dem Referentenentwurf 72
4) Beschlussmängelrecht nach dem Regierungsentwurf 73
5) Gesetzesentwurf 74

C. Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften de lege ferenda 75

I. Anwendbarkeit 76

II. Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe 79
1) Nichtigkeitstatbestand entsprechend § 241 Nr. 1 AktG 81
2) Nichtigkeitstatbestand entsprechend § 241 Nr. 3 AktG 82
a) Verstoß gegen gläubigerschützende Vorschriften 82
b) Verstoß gegen im öffentlichen Interesse bestehende Vorschriften und Unvereinbarkeit mit dem Wesen der AG 83
3) Nichtigkeitstatbestand entsprechend § 241 Nr. 4 AktG 85

4) Nichtigerklärung aufgrund von rechtskräftiger Anfechtungsklage 86
5) Weitere allgemeine Nichtigkeitsgründe 88
6) Ergebnis 90

III. Regelungen über Verfahren und Form der Beschlussfassung 91
1) Verfahren und Form der Beschlussfassung 91
a) Gesellschafterversammlung als vorgeschriebenes Organ 92
b) Verfahren und Form der Beschlussfassung 97
c) Regelung über den Ausschluss vom Stimmrecht 99
aa) Anwendungsbereich einer Norm über den Stimmrechtsausschluss 101
bb) Insbesondere: Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Gesellschafter 103
cc) Rechtsfolgen 106
2) Erfordernis einer förmlichen Beschlussfeststellung? 106
a) Beschlussfixierung als notwendige Voraussetzung einer Anfechtungsklage 107
b) Beschlussfeststellung durch einen Versammlungsleiter 109
c) Alternative Formen der Beschlussfeststellung 112
aa) Niederschrifterfordernis nach § 40 öGmbHG 112
bb) Niederschrift auf Verlangen entsprechend § 83 GmbHG-E 1971/1973 113
3) Gesetzgebungsvorschlag 114

IV. Einschränkung der Anfechtungsbefugnis 115
1) Funktion der Anfechtungsklage 116
2) Nicht auf die Personengesellschaften übertragbare Einschränkungen der Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 AktG 118
3) Einschränkung der Anfechtungsbefugnis bei Zustimmung zum Beschluss 119
4) Entfallen der Anfechtungsbefugnis aus anderen Gründen 123
a) Verzicht auf das Anfechtungsrecht 123
aa) Ausdrücklicher Verzicht 123
bb) Konkludenter Verzicht durch Zustimmung zum Beschluss 124
cc) Konkludenter Verzicht durch Schweigen bei der Abstimmung 126
b) Widersprüchliches Verhalten 126

5) Widerspruchserfordernis 129
a) Anforderungen an den Widerspruch im Aktienrecht 129
b) Kritik am Widerspruchserfordernis 130
c) Übertragung des Widerspruchserfordernisses auf andere Gesellschaftsformen 131
d) Übertragung auf die Personengesellschaften? 133
6) Verpflichtung zur Rüge erkannter Mängel 134
a) Rechtsfolgen einer unterlassenen Rüge 135
b) Form und zeitliche Begrenzung der Rüge 138
c) Erfordernis einer gesetzlichen Normierung 139
7) Geltendmachung individueller Betroffenheit 140
8) Ergebnis 143

V. Alternativen zur ex tunc Nichtigkeit von Beschlüssen 144
1) Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung 144
a) Kritik an der Interessenabwägung des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG 146
b) Überführung einer abgewandelten Verhältnismäßigkeitsprüfung in das Hauptverfahren 147
2) Richterliche Abwägung der Rechtsfolgen 149
a) Beschränkung der Nichtigkeitsfolge 150
b) Feststellung der Fehlerhaftigkeit und Verpflichtung zur Veröffentlichung des Tenors an geeigneter Stelle 154
c) Verhängung eines Rügegeldes 156
d) Schadensersatzansprüche 157
3) Kriterien der Interessenabwägung 158
a) Schwere des Verstoßes 159
b) Nachteile 160
c) Berücksichtigung der Interessen der nicht am Verfahren beteiligten Gesellschafter 161
4) Ergebnis 163

VI. Befristung der Beschlussmängelklagen 163
1) Länge der Frist 164
2) Fristbeginn 167
a) Mauracher Entwurf 168
b) Entwurf zur Reform des GmbHG 1971/1973 171
c) Referenten- und Regierungsentwurf 172
3) Befristung der Nichtigkeitsklage? 173
4) Ergebnis 175

VII. Zuständigkeit 176
1) Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit 177
a) Passivlegitimation der Gesellschaft 177
b) Passivlegitimation der dissentierenden Gesellschafter 180
c) Konsequenzen für das Erfordernis einer ausschließlichen örtlichen Zuständigkeit 181
2) Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit 181
3) Ergebnis 184

VIII. Streitwertbestimmung 185
1) Berücksichtigung des Beklagteninteresses zur Verhinderung unverhältnismäßig niedriger Streitwerte 185
2) Rechtfertigung des gesteigerten Kostenrisikos wegen der Rechtskrafterstreckung 186
3) Verhinderung missbräuchlicher Anfechtungsklagen als Grund für die abweichende Streitwertbestimmung 189
4) Ergebnis 189

IX. Kostenerstattungsanspruch 190
1) Prozessuale Ebene: Korrektur nach §§ 91 ff. ZPO 192
2) Schaffung einer § 49 Abs. 2 WEG a. F., § 81 Abs. 4 FamFG vergleichbaren Regelung 193
a) § 49 Abs. 2 WEG a. F. 194
b) § 81 Abs. 4 FamFG 195
c) Regelung im Personengesellschaftsrecht? 195
3) Materiell-rechtliche Ebene 197
a) Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag 198
b) Verschuldensunabhängiger Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 670 BGB (analog) 199
c) Vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Treuepflicht 200
aa) Vorsatz 203
bb) Fahrlässigkeit 203
cc) Eigene Bewertung 205
d) Anspruch aus §§ 823 ff. BGB 207
4) Ergebnis 210

X. Zusammenfassung der Gesetzgebungsvorschläge 210

D. Beschlussmängelstreitigkeiten vor Schiedsgerichten 213

I. Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit 214

1) Legitimation von Schiedsgerichten 214
2) Vorzüge und Nachteile des Schiedsverfahrens 215
a) Unparteilichkeit der Schiedsrichter 215
b) Einfluss auf die Zusammensetzung des Spruchkörpers 216
c) Organisation 217
d) Geheimhaltung 217
e) Verfahrensdauer 218
f) Kosten 219
g) Bessere Eignung für Einigungen 221
h) Präzedenzwirkung 221
3) Begründung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts 221
a) Schiedsvereinbarung nach § 1029 ZPO 222
aa) Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung 222
bb) Notwendiger Inhalt der Schiedsvereinbarung und Bindungswirkung 224
b) Begründung des Schiedsgerichts durch Verfügung nach § 1066 ZPO 226
aa) Ablehnung der Anwendung des § 1066 ZPO 226
bb) Befürwortung der Anwendung des § 1066 ZPO 227
cc) Differenzierende Ansicht 229
dd) Kritische Würdigung 230

II. Schiedsfähigkeit im engeren Sinne 231

1) Vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO 232
a) Anspruch 232
b) Vermögensrechtlich 233
aa) Historie 234
bb) Telos 235
(1) Vermögensrechtlicher Charakter der Gesellschaftsform 235
(2) Vermögensrechtlicher Charakter der Mitgliedschaft 236
(3) Relevanz des konkreten Beschlussfehlers 237
(4) Maßgeblichkeit des Beschlussgegenstands 238
(5) Differenzierung anhand des Gesellschaftszwecks 239

2) Nichtvermögensrechtliche Streitigkeit, § 1030 Abs. 1 S. 2 ZPO 242
a) Objektive Vergleichsbefugnis 242
b) Subjektive Vergleichsbefugnis 245
3) Ergebnis 247

III. GmbH-rechtliche Beschlussmängelklagen als Ausgangspunkt der „Schiedsfähigkeit" 248
1) Meinungsbild vor der Entscheidung BGH II ZR 124/95 249
2) „Schiedsfähigkeit I" – BGH II ZR 124/95 250
3) Rezeption der Entscheidung in der Literatur 252
4) „Schiedsfähigkeit II" – BGH II ZR 255/08 253
5) Exkurs: Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen der AG vor Schiedsgerichten 254
a) Schiedsklauseln 255
b) Schiedsabreden 258
c) Geltung der Mindestanforderungen des BGH für die AG 259

IV. Personengesellschaftsrechtliche Beschlussmängelklagen vor Schiedsgerichten 260
1) Bisheriger Meinungsstand in der Literatur 260
2) „Schiedsfähigkeit III" – BGH I ZB 23/16 261
3) Die Mindestanforderungen des BGH im Einzelnen 261
a) Allseitige Schiedsbindung 261
aa) Vertragliche Einführung einer Schiedsvereinbarung 262
bb) Einführung, Änderung oder Aufhebung einer Schiedsvereinbarung durch Beschluss 264
(1) Einführung 264
(2) Anpassung 266
(3) Aufhebung 267
cc) Pflicht zur Anpassung einer unwirksamen Schiedsvereinbarung aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht? 268
b) Information und Möglichkeit der Verfahrensbeteiligung 270
aa) Information 271
bb) Nebenintervention 272
(1) Zulassung der Nebenintervention im Schiedsverfahren 273

(2) Zustimmungserfordernisse 274
(a) Zustimmung der Parteien 274
(b) Zustimmung des Schiedsgerichts 277
c) Mitwirkung bei der Schiedsrichterauswahl 279
aa) Auswahlberechtigung 280
bb) Schiedsrichterbenennung durch die Parteien 281
(1) Mehrheitsentscheidung bei der Auswahl der Schiedsrichter 283
(a) Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen 283
(b) Ablehnung von Mehrheitsentscheidungen 285
(c) Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen bei gleichgerichteten Interessen 286
(d) Eigene Bewertung 287
(2) Bestimmung der Mehrheit 288
(3) Nichteinigung einer Seite auf einen Schiedsrichter 290
cc) Anderweitige Arten der Schiedsrichterbenennung 292
d) Sicherstellung der Konzentration vor einem Schiedsgericht 295
aa) Verhinderung der Konkurrenz von staatlicher und Schiedsgerichtsbarkeit 295
(1) Anhängigmachung eines Verfahrens vor einem staatlichen Gericht während eines schwebenden Schiedsverfahrens 296
(2) Einleitung eines Schiedsverfahrens nach Rechtshängigkeit bei einem staatlichen Gericht 298
bb) Verhinderung der Konkurrenz mehrerer Schiedsgerichte untereinander 299
4) Ergebnis 300
V. Bewertung der Mindestanforderungen 302
1) Bewertung der Mindestanforderungen unter Geltung des Feststellungsmodells 305
a) Allseitige Schiedsbindung 305
b) Information und Beteiligungsmöglichkeit 305
c) Mitwirkung bei der Schiedsrichterbestellung 308
d) Verfahrenskonzentration 308
e) Ergebnis 310
2) Bewertung der Mindestanforderungen bei Passivlegitimation der Gesellschaft 310
a) Allseitige Schiedsbindung 312

b) Information und Beteiligungsmöglichkeit 313
c) Mitwirkung bei der Schiedsrichterbestellung 315
d) Verfahrenskonzentration 315
e) Ergebnis 316

VI. Rechtsfolgen einer unzureichendenSchiedsvereinbarung 317

1) Rechtsfolgen der Nichteinhaltung der Mindestanforderungen für die Schiedsvereinbarung 317
a) Nichtigkeit der Vereinbarung nach § 138 BGB 317
b) § 1034 Abs. 2 S. 1 ZPO als Einfallstor für eine allgemeine Gerechtigkeitskontrolle der Schiedsvereinbarung 320
c) Undurchführbarkeit der Schiedsvereinbarung nach § 1032 Abs. 1 ZPO 323
aa) Allseitige Schiedsbindung 325
bb) Information und Nebenintervention 326
cc) Schiedsrichterbestellung 326
dd) Verfahrenskonzentration 327
ee) Zwischenergebnis 327
d) Mangelnde Schiedsfähigkeit nach § 1030 Abs. 3 ZPO 327
e) Anpassung einer unzureichenden Vereinbarung durch ergänzende Vertragsauslegung 329
2) Rechtsfolgen unzureichender Schiedsvereinbarungen für das Schiedsverfahren 331

E. Zusammenfassung in Thesen 335

F. Literaturverzeichnis 341

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen richten sich nach: *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage 2018.

A. Einleitung

Die vorliegende Arbeit behandelt Beschlussmängelstreitigkeiten der Personengesellschaften vor Schiedsgerichten. Die Behandlung von Beschlussmängeln im Personengesellschaftsrecht war jahrzehntelang umstritten, beschäftigte immer wieder Literatur, Rechtsprechung und zuletzt gleich zweimal den Deutschen Juristentag[1] und bot Stoff für eine Vielzahl von Abhandlungen.[2] Das Meinungsbild reicht von einer generellen Unwirksamkeit fehlerhafter Beschlüsse bis hin zur analogen Anwendung der §§ 241 ff. AktG mit der Folge einer Differenzierung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen. Schlussendlich nahm sich der Gesetzgeber der Thematik im Rahmen der Reform des Personengesellschaftsrechts an. Während Beschlüsse der GbR weiterhin generell nichtig sind, führt der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. Januar 2024 für die Personenhandelsgesellschaften ein am Aktienrecht orientiertes Beschlussmängelrecht ein, das zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit differenziert und für die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit zwei neue Klagearten zur Verfügung stellt. Auch wenn damit die Behandlung von Beschlussmängeln durch den Gesetzgeber entschieden wurde, zeigt die schon im Anschluss an die Veröffentlichung der verschiedenen Entwürfe geführte Diskussion in der Literatur, dass der Diskurs um die Beschlussmängel keineswegs zum Erliegen kommen wird.[3]

Doch nicht nur die Behandlung von Beschlussmängelstreitigkeiten, auch die Frage der Schiedsfähigkeit solcher Streitigkeiten beschäftigte Rechtsprechung und Literatur immer wieder. Die Anzahl der in Deutsch-

---

1 *Schäfer,* Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts? in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Essen 2016, Band 1: Gutachten E, München 2016; *Koch*, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht? in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentags, Leipzig 2018, Band 1: Gutachten F, München 2018.

2 Besonders hervorzuheben sind an dieser Stelle *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, Allgemeines Beschlussmängelrecht und analoge Anwendung des Aktienrechts, Köln 2011; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, Köln 1989.

3 Jedenfalls in einzelnen Punkten kritisch *Bachmann*, NZG 2020, 612 (613); *Fehrenbach*, WM 2020, 2049 (2049); *Geibel*, ZRP 2020, 137 (140); *Hippeli*, DZWIR 2020, 386 (392 f.); *Schäfer*, ZIP 2021, 1527; *Schall*, ZIP 2020, 1443 (1450); *Wilhelm*, NZG 2020, 1041 (1043).

land in Beschlussmängelstreitigkeiten durchgeführten Schiedsverfahren lässt sich mangels rechtstatsächlicher Untersuchungen und weil Schiedsverfahren regelmäßig nicht publiziert werden, kaum ermitteln. Gleichwohl wird in der Literatur davon ausgegangen, dass Schiedsklauseln in Personengesellschaftsverträgen regelmäßig vorhanden sind.[4] Gerade in Gesellschaften, die durch das persönliche Zusammenwirken ihrer Gesellschafter geprägt sind, besteht ein Interesse daran, interne Streitigkeiten nicht in einem öffentlichen Gerichtsverfahren eskalieren zu lassen. Insofern bietet sich die Durchführung eines Schiedsverfahrens besonders an.

Die Diskussion, ob Beschlussmängelstreitigkeiten der Personengesellschaften vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden können, wird im Wesentlichen von drei BGH-Entscheidungen dominiert, vom BGH mit „Schiedsfähigkeit I-III" betitelt. Zuletzt entschied der BGH für die Personengesellschaften, dass eine Schiedsvereinbarung für ihre Wirksamkeit bestimmte Mindestanforderungen erfüllen muss. Werden diese nicht eingehalten, ist die Schiedsvereinbarung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Damit übertrug der BGH seine zuvor für die GmbH entwickelte Rechtsprechung ohne nähere Auseinandersetzung mit den dogmatischen Unterschieden von Personen- und Kapitalgesellschaften auf die Personengesellschaften und sorgte damit für Aufregung in der Literatur.[5] Gerade das Zusammenspiel zwischen der Reform der Beschlussmängelrechts – insbesondere dem Modellwechsel im Recht der Personenhandelsgesellschaften – und der Entscheidung „Schiedsfähigkeit III" ist dabei besonders interessant und eröffnet einen neuen Blickwinkel auf die 2017 ergangene BGH-Entscheidung.

Gegenstand der Arbeit sind damit ausschließlich Beschlussmängelstreitigkeiten, während die Betrachtung anderer interner Konflikte der Gesellschafter außen vor bleibt. Weiterhin beschränken sich die Ausführungen im Wesentlichen auf die GbR, die OHG und die KG. Die Partnerschaftsgesellschaft wird nicht behandelt. Das Gleiche gilt für das Beschlussmängelrecht der Kapitalgesellschaften und die Schiedsfähigkeit kapitalgesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, die nur am Rande angerissen werden. Weitere Formen der alternativen Streitbeilegung, wie die Mediation und

---

4 *Hennerkes/Schiffer*, BB 1992, 1439 (1442); *Weber*, DIS Band 11, S. 49; *Westermann*, FS R. Fischer, S. 853.

5 *Baumann/Wagner*, BB 2017, 1993 (1995); *Borris*, NZG 2017, 761 (764); *Bryant*, SchiedsVZ 2017, 196 (197); *Göz/Peitsmeyer*, SchiedsVZ 2018, 7 (14); *Habersack*, FS Graf-Schlicker, S. 37 (42); *Heinrich*, ZIP 2018, 411 (414); *Jobst*, Gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren, S. 50 ff.; *Kilian*, WuB 2018, 156 (159); *Nolting*, ZIP 2017, 1641 (1642); *Römermann*, GmbHR 2017, 761 (762); *Schlüter*, DZWIR 2018, 251 (256); *K. Schmidt*, NZG 2018, 121 (125).

Streitschlichtung, bleiben ebenfalls außer Betracht. Die Arbeit beschränkt sich auf die Streitentscheidung durch ein (Schieds-)Gericht.

Die Untersuchung beginnt mit allgemeinen Ausführungen zu Stimmabgabe, Beschluss und möglichen Folgen fehlerhafter Beschlüsse (Teil B.). Dort wird ein Überblick über die bisherige Behandlung von Beschlussmängeln in Rechtsprechung und Literatur gegeben, sowie die Entwicklung des Gesetzes zur Reform des Personengesellschaftsrecht (MoPeG) nachgezeichnet. Im folgenden Abschnitt (Teil C.) werden einzelne Aspekte der Neuregelung des Beschlussmängelrechts näher beleuchtet und auf ihre Tauglichkeit überprüft. Teilweise werden insoweit vom Gesetz abweichende Regelungsvorschläge unterbreitet. Hervorzuheben ist insoweit die Frage nach der Anwendbarkeit des neuen Beschlussmängelrechts (Teil C, Kapitel I.). Darüber hinaus soll untersucht werden, ob die Anfechtungsbefugnis Einschränkungen unterliegen soll und welchen Einfluss das Abstimmungsverhalten bei der Beschlussfassung auf die Anfechtungsbefugnis hat (Teil C, Kapitel IV.). Einen Schwerpunkt bildet weiter die Frage nach alternativen Rechtsfolgen zur Beschlusskassation mit Wirkung für die Vergangenheit als Folge einer erfolgreichen Anfechtungsklage (Teil C, Kapitel V.). Auch in prozessualen Fragestellungen, wie der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit und der Streitwertbestimmung, scheint die vom Gesetzgeber eingeführte Neuregelung nicht zwingend zu sein (Teil C, Kapitel VII und VIII).

Im letzten Teil der Arbeit (Teil D.) sollen die zur Behandlung von Beschlussmängeln gefundenen Ergebnisse auf das Schiedsverfahren übertragen werden. Insoweit werden die Mindestanforderungen des BGH – allseitig bindende Schiedsvereinbarung, Information und Beteiligungsmöglichkeit der Gesellschafter, Mitwirkung bei der Schiedsrichterauswahl und Konzentration der Verfahren vor einem Schiedsgericht – dargestellt und präzisiert. Weiterhin wird analysiert, welche Auswirkungen das anwendbare Beschlussmängelrecht auf die Erforderlichkeit der Einhaltung der Mindestanforderungen hat. Abschließend werden die Rechtsfolgen einer nicht den Mindestanforderungen entsprechenden Schiedsvereinbarung behandelt.

B. Beschlussmängel der Personengesellschaften

Das Recht der Personengesellschaften enthält keine Regelung darüber, wie Beschlussmängel zu behandeln sind. Das Gesetz stellt lediglich in § 119 Abs. 1 HGB fest, dass in der Gesellschaft durch Beschluss entschieden wird. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung besteht seit Jahrzehnten Streit darüber, wie fehlerhafte Beschlüsse zu behandeln sind. Eine Reform des Beschlussmängelrechts war zunächst – als Teil einer umfassenden Reform des gesamten Personengesellschaftsrechts – Gegenstand des 71. Deutschen Juristentags in Essen 2016. Dort sprach sich *Carsten Schäfer* noch gegen eine Reform aus.[6] Der Juristentag folgte ihm in diesem Punkt jedoch nicht und beschloss, dass im Personengesellschaftsrecht nicht jeder Fehler automatisch zur Nichtigkeit führen solle, sondern Beschlussmängel mit einer befristeten Anfechtungsklage, gerichtet gegen die Gesellschaft, geltend zu machen seien.[7]

Die Thematik der Beschlussmängel war erneut Thema auf dem 72. Deutschen Juristentag 2018 in Leipzig.[8] Gefordert wurde dort eine gesetzliche Neuregelung des personengesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrechts auf der Grundlage des aktienrechtlichen Anfechtungsmodells.[9] Auch die Regierung sah Handlungsbedarf und nahm die Neuregelung des Personengesellschaftsrechts in ihren Koalitionsvertrag auf.[10] Zur Erarbeitung eines neuen Personengesellschaftsrechts wurde vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz eine Expertenkommission eingesetzt, die im April 2020 das Ergebnis ihrer Arbeit, den sogenannten Mauracher Entwurf, vorstellte. Im Anschluss daran begann das Gesetzgebungsverfahren im Bundestag mit der Veröffentlichung eines Referentenentwurfs durch das Justizministerium. Abgeschlossen wurde dieses mit dem im

---

6 *Schäfer*, Gutachten 71. DJT, E 108 ff.

7 Beschlossen wurde die Übertragung des Anfechtungsmodells auf die Personengesellschaften mit großer Mehrheit von 35:9:7, Beschlüsse des 71. DJT, O 104, Beschluss 19.

8 *Koch*, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht? Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag.

9 Beschlüsse des 72. DJT, O 253, Beschlüsse 14-18.

10 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, abrufbar unter: https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906 (zuletzt abgerufen am 16.09.2021), S. 131.

August 2021 verkündeten Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, das am 1. Januar 2024 in Kraft tritt.[11]

Im folgenden Abschnitt wird zunächst der Frage nachgegangen, welche Rechtsnatur der Beschluss hat und welche Rechtsfolgen die Fehlerhaftigkeit eines Beschlusses, losgelöst von einzelnen Gesellschaftsformen, hervorrufen kann. Weiterhin wird auf die Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse im Personengesellschaftsrecht auf Grundlage der Rechtsprechung und der in der Literatur herrschenden Meinung eingegangen, bevor abschließend weitere Lösungsansätze diskutiert werden.

I. Rechtsnatur von Stimmabgabe und Beschluss

Die Grundlage der Gesellschaft bildet der Gesellschaftsvertrag. Dieser wird bei Gründung der Gesellschaft geschlossen und bedarf im Laufe der Zeit Änderungen und Anpassungen an die tatsächlichen Bedingungen. Diese erfolgen durch Beschluss. Der Beschluss ist somit das rechtstechnische Mittel der Willensbildung in Personengesellschaften, § 709 BGB, § 119 HGB.[12] Um einen Beschluss zu fassen, geben die Gesellschafter ihre Stimme ab. Es handelt sich bei Stimmabgabe und Beschluss um zwei unterschiedliche Akte, die voneinander zu trennen und in ihrer Wirksamkeit grundsätzlich unabhängig voneinander sind.[13] Nur in Ausnahmefällen wirkt sich die Fehlerhaftigkeit der einzelnen Stimmabgabe auf den Beschluss als solchen aus.

1) Die Stimmabgabe

Nach einhelliger Auffassung ist die einzelne Stimmabgabe eines Gesellschafters eine Willenserklärung.[14] Die Gesellschafter entäußern im Rahmen der Beschlussfassung ihren Willen in den Rechtsverkehr, mit dem Ziel eine Rechtsfolge herbeizuführen. Nicht eindeutig ist, auf welche

---

11 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.08.2021, BGBl. I, S. 3436.

12 MüKo HGB/*Enzinger,* § 119, Rn. 6.

13 *Krause,* Gesellschaftsbeschluss, S. 62 f.; *Menger*, Lückenausfüllung, S. 170.

14 *Heck,* FS Gierke, S. 319 (331); *Hueck*, OHG, § 11 V 1 (S. 179 f.); *Krause,* Gesellschaftsbeschluss, S. 28 ff.; MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 74; *K. Schmidt,* GesR, § 15 I 2b (S. 437); *Ulmer,* FS Niederländer, S. 415 (418); *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 193; *Zöllner,* FS Lutter, S. 821 (821 f.).

Rechtsfolge die Willensäußerung gerichtet ist.[15] Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an, da jedenfalls Einigkeit darüber besteht, dass mit der Willensäußerung irgendeine Rechtsfolge herbeigeführt wird.[16] Eine Rechtsfolge wird durch jede Stimmabgabe gesetzt, unabhängig davon, ob die Stimmabgabe positiv, negativ oder enthaltend ist.[17]

Aus der Rechtsnatur folgt, dass die Vorschriften des BGB über Willenserklärungen, §§ 104 ff. BGB, anwendbar sind.[18] Insbesondere kann die Stimmabgabe wegen Geschäftsunfähigkeit oder eines Willensmangels nichtig oder nach den §§ 119 ff. BGB anfechtbar sein. Die Nichtigkeit der Stimmabgabe führt nicht dazu, dass die Stimme umgekehrt wird, also aus einer Ja-Stimme eine Nein-Stimme wird. Vielmehr ist die nichtige Stimme als Enthaltung zu werten.[19]

Die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Stimmabgabe bewirkt aber nicht zwingend die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des gesamten Beschlusses. Es muss danach differenziert werden, ob für den Beschluss nach der gesetzlichen Grundkonzeption Einstimmigkeit erforderlich ist, § 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 HGB, oder ob vertraglich das Mehrheitsprinzip vereinbart wurde. Ist eine Stimmabgabe nichtig und folglich als Enthaltung zu werten, wird, sofern Einstimmigkeit erforderlich ist, diese nicht erreicht. Mangels Einstimmigkeit kommt der Beschluss nicht zustande.[20]

Wurde gesellschaftsvertraglich das Mehrheitsprinzip vereinbart, wirkt sich der Fehler der einzelnen Stimmabgabe nur auf den Beschluss aus, wenn es für das Abstimmungsergebnis auf die konkrete Stimme an-

---

15 Zur gewollten Rechtswirkung der Stimmabgabe: *Kögler*, Verbandsbeschluss, S. 27 ff.

16 Zum Streitstand insbesondere *Schmitt*, Beschlussmängelrecht, S. 15 f. Daneben *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 12.

17 *Sandhaus*, Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 21; *Skauradszun*, Beschluss, S. 51 ff.; *Ulmer*, FS Niederländer, S. 415 (419 f.); *Zöllner*, FS Lutter, S. 821 (824).

18 *Krause*, Gesellschaftsbeschluss, S. 30 ff.; *Priester*, FS Hadding, S. 607 (617); *K. Schmidt*, GesR, § 15 I 2b (S. 437); *Schmitt*, Beschlussmängelrecht, S. 22; *Skauradszun*, Beschluss, S. 210; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 193.

19 *Hueck*, OHG, § 11 V 1 (S. 181); *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 75; *Sandhaus*, Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 44 f.; *K. Schmidt*, GesR, § 15 I 2b (S. 437); *Skauradszun*, Beschluss, S. 217; *Todtenhöfer*, Beschlussmängelklagen, S. 63; *Zöllner*, Schranken, S. 359.

20 *Heck*, FS Gierke, S. 319 (330); *Hueck*, OHG, § 11 V 1 (S. 181); *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 82; *Krause*, Gesellschaftsbeschluss, S. 63; *Menger*, Lückenausfüllung, S. 170; *Sandhaus*, Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 44; *K. Schmidt*, GesR, § 15 I 2b (S. 437); *Zöllner*, Schranken, S. 360.

kommt.[21] Beruht das Zustandekommen des Mehrheitsbeschlusses auf der nichtigen Stimme, führt deren Wegfall nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses, sondern das Beschlussergebnis kehrt sich um: aus einem die Beschlussfrage bejahenden Beschluss wird ein sie ablehnender Beschluss.[22] Liegt auch ohne die nichtige Stimmabgabe ein Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit der Stimmen vor, hat die Nichtigkeit der einzelnen Stimmabgabe keine Auswirkungen auf den Beschluss.

Das zeigt, dass nur bei Geltung des Einstimmigkeitsprinzips oder wenn es bei Geltung des Mehrheitsprinzips auf die konkrete Stimme ankommt, die Nichtigkeit der Stimmabgabe Auswirkungen auf den Beschluss hat. In der Mehrzahl der Fälle hat ein Fehler der einzelnen Stimmabgabe keine Auswirkungen auf den Beschluss und vermag dessen Fehlerhaftigkeit nicht zu begründen.

2) Beschluss und Beschlussgegenstände

Die einzelnen Stimmen zusammengefasst ergeben den Gesellschafterbeschluss. Nachdem die Rechtsnatur des Beschlusses jahrzehntelang umstritten war,[23] entspricht es heute einhelliger Auffassung, dass der Beschluss ein Rechtsgeschäft eigener Art ist.[24] Aus diesem Grund finden auf den

---

21 *Heck,* FS Gierke, S. 319 (330); *Hueck*, OHG, § 11 V 1 (S. 181); *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 74, 82; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 82; *Krause,* Gesellschaftsbeschluss, S. 63; *Menger*, Lückenausfüllung, S. 170; *Priester,* FS Hadding, S. 607 (617); *Zöllner*, Schranken, S. 360.

22 Zuvor wurde angenommen, dass in diesem Fall der Beschluss unwirksam sei. *Zöllner*, Schranken, S. 361 wies darauf hin, dass es vielmehr zur Umkehrung des Beschlussergebnisses kommen müsse. Sofern wegen der nichtigen Stimme ein positiver Beschluss vorlag und diese Stimme rückwirkend wegfalle, liege die erforderliche Mehrheit nicht mehr vor. Ein Beschluss ohne die erforderliche Mehrheit ist ablehnender Art. Ihm folgend: *Hueck*, OHG, § 11 V 1 (S. 181 f.); *Menger*, Lückenausfüllung, S. 170; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 44; *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 23 f.

23 Es wurde diskutiert, ob der Beschluss Vertragscharakter habe, einen sozial-rechtlichen Einigungsakt darstelle, Gesamtakt, kollektiver Willensakt, mehrseitiges Rechtsgeschäft oder körperschaftlicher Willensakt sei. Vgl. m. w. N. *Gerauer,* Dogmatik, S. 147 ff.; *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 8 ff.; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 69 ff.; *Krause,* Gesellschaftsbeschluss, S. 43 ff.; *K. Schmidt*, GesR, § 15 I 2a (S. 436).

24 Statt aller BGHZ 65, 93 (97); BGH ZIP 2013, 366 (367); *Heck,* FS Gierke, S. 319 (349 f.); *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 14; *Krause,* Gesellschaftsbeschluss, S. 62;

Beschluss die Regelungen des BGB über Rechtsgeschäfte, §§ 104-185 BGB, Anwendung.

Bezüglich der möglichen Beschlussgegenstände kommt den Gesellschaftern einer Personengesellschaft eine umfassende Kompetenz zu.[25] Zum einen wird über die Änderung des Gesellschaftsvertrags durch Beschluss entschieden.[26] Zu diesen sog. Grundlagengeschäften gehören insbesondere die Aufnahme oder das Ausscheiden von Gesellschaftern und die Auflösung der Gesellschaft. Zum anderen entscheiden die Gesellschafter durch Beschluss über Angelegenheiten der Geschäftsführung.[27] Daneben gibt es eine dritte Gruppe möglicher Beschlüsse. Das sind alle sonstigen, nicht zu der Gesellschaftsgrundlage oder zur Geschäftsführung gehörenden, gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten.[28] Diese Gruppe umfasst Beschlüsse über die Bilanzfeststellung und Gewinnverwendung, über die Entlastung der Geschäftsführer, über die Geltendmachung des gemeinsamen Auskunftsrechts und über außergewöhnliche, nicht von der allgemeinen Geschäftsführungsbefugnis gedeckte Geschäfte.[29]

3) Mögliche Rechtsfolgen fehlerhafter Beschlüsse

Verstößt der Beschluss gegen gesetzliche Vorschriften oder gegen den Gesellschaftsvertrag, ist er fehlerhaft.[30] Denkbar sind Fehler, die das Verfahren der Beschlussfassung betreffen und solche, die den Inhalt des Be-

---

MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 51; *K. Schmidt*, GesR, § 15 I 2a (S. 436); *Skauradszun,* Beschluss, S. 57; *Zöllner,* FS Lutter, S. 821.

25 *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 16; *Vogel,* Gesellschafterbeschlüsse, S. 5.

26 *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 59; MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 53.

27 MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 54. *Hueck* geht hingegen soweit, dass er zwischen der Zulässigkeit und der Notwendigkeit von Gesellschafterbeschlüssen unterscheidet. Die Gesellschaft sei souverän und könne über jede Gesellschaftsangelegenheit durch Beschluss entscheiden. Im Rahmen der Geschäftsführung, bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages und in den sonstigen durch Gesetz oder Satzung vorgesehenen Fällen sei die Beschlussfassung hingegen nicht nur zulässig, sondern notwendig, vgl. *Hueck*, OHG, § 11 I (S. 162 f.).

28 MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 55; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 23 f., 33 f. Auf die genaue Einteilung der Beschlussgegenstände in Gruppen kommt es für die vorliegende Arbeit nicht an.

29 Bamberger/Roth/*Schöne,* BGB, § 709, Rn. 31; MüKo BGB/*Schäfer,* § 709, Rn. 55.

30 So auch *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 22; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 7.

schlusses betreffen.[31] Auf Rechtsfolgenseite wird unterschieden zwischen Scheinbeschlüssen, nichtigen, anfechtbaren, schwebend unwirksamen und ordnungswidrigen Beschlüssen.

a) Scheinbeschluss

Ein Scheinbeschluss ist anzunehmen, wenn wesentliche Voraussetzungen der Beschlussfassung nicht vorliegen, aber behauptet werden.[32] Ein Beschluss zeichnet sich dadurch aus, dass die für die Beschlussfassung zuständigen Personen oder Gesellschaftsorgane zusammenkommen und eine Entscheidung über eine Angelegenheit der Gesellschaft im weitesten Sinne treffen. Fasst hingegen ein unzuständiges Organ der Gesellschaft einen Beschluss oder wird auf andere Weise lediglich der äußere Anschein eines Beschlusses erweckt, liegt ein Scheinbeschluss vor.[33] Nach anderer Auffassung kann in einem solchen Fall nicht von einem Scheinbeschluss ausgegangen werden. Fehlten grundlegende Wirksamkeitsvoraussetzungen des Beschlusses, sei dieser nichtig.[34] Die Kategorie des Scheinbeschlusses sei entbehrlich.[35]

---

31 Statt aller *Hueck*, OHG, § 11 V 2 (S. 183); *Jaeger,* Anfechtung, S. 9; *K. Schmidt,* GesR, § 15 II 1a (S. 440 f.); *Skauradszun,* Beschluss, S. 354 ff.; *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, 59.

32 *Flechtheim,* FS Zitelmann, S. 3 (3); *Lindemann,* Beschlussfassung, S. 49; MüKo AktG/*Arnold*, § 133, Rn. 14; *F. Schäfer*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 15; *K. Schmidt*, GesR, § 15 II 1b aa) (S. 441 f.); *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 26 f.; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 196 f.

33 *Becker,* Verwaltungskontrolle, S. 414; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 11; *Vogel,* Gesellschafterbeschlüsse, S. 196. Als klassisches Beispiel für einen Scheinbeschluss wird der Fall genannt, dass eine Person von der Straße eine Gesellschafterversammlung einberuft, daraufhin Menschen zusammenkommen, die nicht Gesellschafter sind, und sich in diesem Rahmen ein Akt der Willensbildung vollzieht.

34 Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack,* GmbHG, Anhang § 47, Rn. 26 f.; *Noack,* Fehlerhafte Beschlüsse, S. 11.

35 *Buchs,* Beschlussmängelfolgen, S. 43; Hüffer/Koch/*Koch,* AktG, § 241, Rn. 3; MüKo AktG/*Arnold,* § 133, Rn. 14; MüKo AktG/*Schäfer,* § 241, Rn. 11; *Noack,* Fehlerhafte Beschlüsse, S. 11; differenzierend *Casper,* Heilung nichtiger Beschlüsse, S. 39 ff.: Ein Nichtbeschluss liege vor, wenn es entweder an der Antragstellung oder der Abstimmung, also einem der beiden erforderlichen Tatbestandsmerkmale, fehle. Das Fehlen von Wirksamkeitsvoraussetzungen sei hingegen unbeachtlich. Der Nichtbeschluss werde zum Scheinbeschluss, wenn er nach außen kundgetan und nach außen der Anschein eines Beschlusses erweckt werde.

b) Nichtiger Beschluss

Ein Beschluss ist nichtig, wenn er an einem Mangel leidet, der ipso iure zu seiner Unwirksamkeit führt.[36] In der Regel ist die Nichtigkeit bei schwerwiegenden Verstößen gegen die Rechtsordnung oder den Gesellschaftsvertrag anzunehmen. Eine gesetzliche Regelung hat die Nichtigkeit in § 241 AktG erfahren. Aufgrund dessen, dass die Nichtigkeit ipso iure eintritt, bedarf die Geltendmachung der Nichtigkeit keiner besonderen Form, insbesondere können sich auch Dritte auf die Nichtigkeit berufen.[37] Statthafte Klageart ist die allgemeine Feststellungsklage. Für das Aktienrecht wird diese durch die speziellere Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG verdrängt.

c) Anfechtbarer Beschluss

Daneben gibt es Beschlüsse, die fehlerhaft, aber wirksam sind.[38] Erst durch erfolgreiche Anfechtung verliert der Beschluss seine Wirksamkeit. Anfechtbare Beschlüsse leiden an weniger schwerwiegenden Fehlern. Sie können durch erneute Beschlussfassung der Gesellschafter wieder aufgehoben oder durch Gestaltungsklage beseitigt werden.[39] Gesetzlich normiert sind Anfechtungsgründe in § 243 AktG, die mit der Anfechtungsklage nach § 246 AktG geltend zu machen sind.

Daneben handele es sich bei einem unzuständigen Beschluss, der niemandem zurechenbar ist, um einen Scheinbeschluss. Im Übrigen bestehe für die Kategorie der Nicht- oder Scheinbeschlüsse kein Bedarf.

36 *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 84; *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 45; *F. Schäfer*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 20 f.; *K. Schmidt*, GesR, § 15 II 1b bb) (S. 442); *Vogel,* Gesellschafterbeschlüsse, S. 201.

37 *Jaeger,* Anfechtung, S. 77; *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 45; *Lindemann,* Beschlussfassung, S. 45; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 20 f.; *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 25; *Vogel,* Gesellschafterbeschlüsse, S. 202 f.

38 *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 84; *Lindemann,* Beschlussfassung, S. 46; *F. Schäfer*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 20; *K. Schmidt*, GesR, § 15 II 1b bb) (S. 442); *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 26.

39 *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 48; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 33; *Lindemann,* Beschlussfassung, S. 46; *F. Schäfer*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 20; *K. Schmidt*, GesR, § 15 II 1b bb) (S. 442); *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 26.

d) Schwebend unwirksamer Beschluss

Im Gegensatz dazu sind schwebend unwirksame Beschlüsse zunächst unwirksam, da zusätzliche Wirksamkeitserfordernisse erfüllt werden müssen, die bisher nicht vorliegen.[40] Zu denken ist an besondere Zustimmungserfordernisse, die sich aus Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ergeben können.[41] Eine Zustimmung ist etwa erforderlich beim Eingriff in Sonderrechte, zum Beispiel § 35 BGB, oder bei der Auferlegung zusätzlicher Leistungs- und Nebenpflichten, etwa § 53 Abs. 3 GmbHG, § 180 Abs. 1 AktG.[42] Die schwebende Unwirksamkeit kann sich auch daraus ergeben, dass die Eintragung ins Handelsregister bisher nicht erfolgt ist oder eine staatliche Genehmigung fehlt.[43]

Bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung oder bis zur Handelsregistereintragung befindet sich der Beschluss in einem Schwebezustand. Mit Erteilung der Genehmigung oder Eintragung ins Handelsregister wird der Beschluss wirksam. Wird die Genehmigung verweigert oder der Beschluss nicht eingetragen, ist er endgültig unwirksam.[44] Die Unwirksamkeit des Beschlusses kann mit der allgemeinen Feststellungsklage geltend gemacht werden.[45]

---

40 *Flechtheim*, FS Zitelmann, S. 3 (4); *Hueck*, OHG, § 11 V 2 (S. 185); *ders.*, FS Molitor, S. 401 (403 ff.); MüKo GmbHG/*Wertenbruch*, Anhang zu § 47, Rn. 15; *F. Schäfer*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 22; *Schmitt*, Beschlussmängelrecht, S. 28 f.; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 200; *Zöllner*, Schranken, S. 415. Gegen die Rechtsfigur eines schwebend unwirksamen Beschlusses kürzlich *Skauradszun*, Beschluss, S. 223 ff.

41 *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 415; *Lindemann*, Beschlussfassung, S. 47; MüKo AktG/*Stein*, § 180, Rn. 35; MüKo GmbHG/*Drescher*, § 47, Rn. 59 ff.; *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 78; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 200.

42 Darüber hinaus finden sich weitere Zustimmungserfordernisse im UmwG, etwa §§ 13 Abs. 2, 43, 50 Abs. 2 UmwG. Auch wird in manchen Konstellationen ein Zustimmungserfordernis zum Schutz von Individualinteressen anerkannt, vgl. MüKo GmbHG/*Drescher*, § 47, Rn. 60.

43 *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 27 f.; *Schmitt*, Beschlussmängelrecht, S. 29; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 200. Ablehnend hingegen *Slabschi*, Anfechtungsklage, S. 78, der abstreitet, dass es Beschlüsse gibt, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Handelsregister bedürfen.

44 *Becker*, Verwaltungskontrolle, S. 415; *Lindemann*, Beschlussfassung, S. 47; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 200.

45 *Lindemann*, Beschlussfassung, S. 48; *Zöllner*, Schranken, S. 417.

e) Ordnungswidriger Beschluss

Zuletzt kann ein Beschluss gegen bloße Ordnungsvorschriften verstoßen. Die Gültigkeit des Beschlusses wird durch den Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift nicht beeinträchtigt. Der Beschluss ist wirksam.[46]

II. Bisherige Behandlung von Beschlussmängeln der Personengesellschaften

Im vorherigen Kapitel wurde aufgezeigt, dass der Gesellschafterbeschluss ein Rechtsgeschäft ist und Fehler des Beschlusses unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen können. Im Personengesellschaftsrecht führt nach aktuell herrschender Auffassung jeder Fehler des Beschlusses zu dessen Nichtigkeit. Es gibt jedoch einige Autoren, die seit längerem die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelungen über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen auf die Personengesellschaften befürworten. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts wird das aktienrechtliche Beschlussmängelsystem nun jedenfalls für die Personenhandelsgesellschaften kodifiziert. Bis zum Inkrafttreten der Neuregelung am 1. Januar 2024 hat die im Folgenden darzustellende Rechtslage für alle Personengesellschaften weiter Bestand. Da der Gesetzgeber von der Regelung eines Beschlussmängelrechts für die GbR absah und es damit weiterhin an einer gesetzlichen Regelung fehlt, wird der Streit um die Behandlung von Beschlussmängeln bei der GbR über das Jahr 2024 hinaus andauern.

1) Nichtigkeit fehlerhafter Beschlüsse

Die noch herrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung stellt auf den rechtsgeschäftlichen Charakter des Beschlusses ab. Mangels vorhandener spezialgesetzlicher Regelungen sei auf den Beschluss die Rechtsgeschäftslehre des allgemeinen Teils des BGB anzuwenden. Jeder Fehler des Beschlusses führe zu dessen Nichtigkeit nach den §§ 134, 138, 125 BGB, eine Differenzierung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüs-

---

46 *Eiser*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 7 ff.; *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 13 ff.; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 97; *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 50; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 34 f.; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 42.

sen finde nicht statt.[47] Auch nach Inkrafttreten des MoPeG hat diese Auffassung für die GbR mangels Kodifizierung eines eigenen Beschlussmängelrechts weiter Relevanz.

Es werden jedoch einige Anstrengungen unternommen, um dem Beschluss trotz Fehlerhaftigkeit zur Wirksamkeit zu verhelfen. Während teilweise verlangt wird, dass der Fehler Auswirkungen auf das Beschlussergebnis haben muss (sog. potenzielle Kausalität)[48] oder die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft angewendet wird,[49] vertreten manche, dass einige Vorschriften als bloße Ordnungsvorschriften[50] verstanden werden müssen.

---

47 BGH WM 1983, 1407 (1408); BGH NJW 1995, 1353 (1355 f.); *Gaul,* DStR 2009, 804 (805); *Hüffer,* ZGR 2001, 833 (835 f.); *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 89, 96; *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 79; MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 110; *Noack,* Fehlerhafte Beschlüsse, S. 15 ff., 49 ff., 107 ff.; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 60; *Schlüter,* DZWIR 2018, 251 (254); *K. Schmidt,* FS Stimpel, S. 217 (217 ff.); *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 51; *Timm,* FS Fleck, S. 365 (372).

48 BGH WM 1983, 1407 (1408); BGH ZIP 2013, 68 (74); BGH ZIP 2014, 1019 (1020); Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, § 119, Rn. 31; *Eiser*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 137; *Grunewald*, Ausschluss, S. 262 ff.; *Herzfelder*, Stimmrecht, S. 152; *Hueck*, OHG, § 11 V 2 (S. 183); *ders.*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, S. 125 ff.; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 98 f.; *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 81; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 81 f.; MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 111; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 212; *Prior*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 123 ff.; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 41; *F. Schäfer*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 84 f.; *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 97; *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, S. 60; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 221; *Zöllner*, Schranken, S. 374. Ablehnend *Jaeger,* Anfechtung, S. 32.

49 *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 81; *Kort,* Bestandsschutz, S. 54; *Menger*, Lückenausfüllung, S. 178; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, S. 210; *Roitzsch,* Minderheitenschutz, S. 162; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 59; *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, S. 62.

50 RGZ 104, 413; 122, 367; Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, § 119, Rn. 31; *Eiser*, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, S. 7 f.; *Geißler,* GmbHR 2002, 520 (522); *Göz/Peitsmeyer*, SchiedsVZ 2018, 7 (9); *Grunewald*, Ausschluss, S. 262 ff.; *Herchen,* GesR in der Diskussion 2016, S. 83 (111); *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse, S. 97; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 73 f.; MüKo BGB/*Schäfer,* § 709, Rn. 112; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 42; *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, S. 61; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse S. 220 f.
Mangels gesetzlicher Verfahrens- und Formvorschriften zur Beschlussfassung in den Personengesellschaften kommen von vorneherein nur Verstöße gegen Klauseln des Gesellschaftsvertrags in Betracht, so auch *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 80; *Köster,* Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 73 f. Diese Ansicht führt jedoch zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Ordnungsvorschriften und sonstigen Regelungen und damit zu Rechtsunsicherheit, so auch *Grunewald,*

Ein Verstoß gegen diese bewirkt nicht die Nichtigkeit des Beschlusses. Andere sehen einen Verstoß gegen Verfahrens- oder Formvorschriften nur als beachtlich an, wenn dadurch in das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht des Gesellschafters eingegriffen wird und eine daraus resultierende Beeinflussung des Beschlussergebnisses nicht auszuschließen ist (sog. Relevanz).[51] Mit Hilfe dieser Einschränkungsversuche wird die Anzahl der Fehler, die tatsächlich zur Nichtigkeit des Beschlusses führen, erheblich reduziert.

a) Prozessuale Geltendmachung der Nichtigkeit

Die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Beschlusses bedarf keines besonderen Verfahrens, sondern kann auf beliebige Art und Weise erfolgen, auch außerhalb eines Prozesses.[52] Statthafte Klageart für die gerichtliche Geltendmachung der Nichtigkeit ist die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO.[53] Das Urteil entfaltet mangels Rechtskrafterstreckung nur Wirkung zwischen den Parteien des Rechtsstreits.

Grundsätzlich ist die Klage gegen die dissentierenden Gesellschafter[54] zu richten, also die Gesellschafter, die das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses bestreiten.[55] Problematisch ist die Bindung der nicht am Verfahren beteiligten Gesellschafter an die Entscheidung. Werden

---

Ausschluss, S. 274; *Menger*, Lückenausfüllung, S. 179; MüKo BGB/*Schäfer,* § 709, Rn. 112; *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, S. 61.

51 BGHZ 149, 158 (164); BGH NJW 2008, 69 (73); BGH NZG 2020, 1106 (1109); Grigoleit/*Ehmann,* AktG, § 243, Rn. 8; Henssler/Strohn/*Servatius,* GesR, § 705 BGB, Rn. 62. Ablehnend: *Fluck,* npor 2018, 202 (205).

52 Zum einstweiligen Rechtsschutz gegen rechtswidrige Gesellschafterbeschlüsse *Schmidt-Diemitz*, Einstweiliger Rechtsschutz.

53 BGH NJW 1995, 1218 (1219); BGH NJW 2006, 2854; BGH ZIP 2007, 766 (767); BGH NJW 2009, 2300 (2302); BGH NJW 2011, 2578 (2579); BGH ZIP 2013, 68 (69); *Hueck*, OHG, § 11 V 2d (S. 185 f.); *Lutz*, Gesellschafterstreit, S. 363 f., 375; MüKo BGB/*Schäfer,* § 709, Rn. 118.

54 Schon die Bestimmung der dissentierenden Gesellschafter führt zu praktischen Schwierigkeiten, vgl. *Kleine-Lopp/Witt,* NZG 2020, 1089 (1090). Der Rechtsprechung folgend sind nur diejenigen Gesellschafter nicht zu verklagen, die „mit verbindlicher Wirkung" mitgeteilt haben, die Rechtsauffassung des Klägers anzuerkennen, OLG Düsseldorf, I-14 U 32/11, BeckRS 2012, 11203; *Kleine-Lopp/Witt,* NZG 2020, 1089 (1090).

55 BGH WM 1966, 1036; BGH NJW 1995, 1218 (1219); BGH NJW 2006, 2854 (2855); BGH ZIP 2007, 766 (767); BGH ZIP 2013, 68 (69); Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, § 119, Rn. 32; *Hueck*, OHG, § 11 V 2d (S. 185 f.); *Lutz,* Gesellschafterstreit, S. 375 f.; MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 118.

die dissentierenden Gesellschafter verklagt, besteht die Möglichkeit, dass jeder Gesellschafter, der die Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Beschlusses anzweifelt, einzeln verklagt wird. Auch können weitere, dem Beschluss zustimmende Gesellschafter die dissentierenden Gesellschafter erneut verklagen. Die heute herrschende Meinung lehnt eine notwendige Streitgenossenschaft auf Aktiv- und Passivseite ab, sodass die Gesellschafter nicht gemeinsam klagen bzw. verklagt werden müssen.[56] Ist der Rechtsstreit gegen einen der Gesellschafter beendet, sind weitere Klagen gegen andere Gesellschafter zulässig. Die Rechtskraft des ersten Urteils steht einem weiteren Urteil wegen der unterschiedlichen Streitgegenstände nicht entgegen.[57] Zusätzlich können gleichzeitig mehrere Klagen über denselben Beschluss rechtshängig sein. Die Rechtshängigkeit einer Klage schließt nur weitere Klagen in Bezug auf denselben Streitgegenstand aus, § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. Werden unterschiedliche Gesellschafter verklagt, handelt es sich hingegen um unterschiedliche Streitgegenstände, sodass die Rechtshängigkeit der ersten Klage einer weiteren Klage nicht entgegengehalten werden kann.[58] Damit besteht die Gefahr sich widersprechender Urteile.[59]

Eine abweichende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, wonach stattdessen die Gesellschaft zu verklagen ist, ist zulässig.[60] Dadurch wird der

---

56 Die notwendige Streitgenossenschaft sowohl aus prozessualen als auch aus materiell-rechtlichen Gründen ablehnend: BGH NJW 1999, 3113 (3115); *Eckardt,* NZG 1999, 991 (993) meint, dass die Streitgenossenschaft mit aller gebotenen Vorsicht vermutlich nicht gegeben sei; *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 87; *Lutz,* Gesellschafterstreit, S. 376; MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 118; *Otto,* ZGR 2019, 1082 (1109).
Bejaht wurde die notwendige Streitgenossenschaft in der älteren Literatur: *Brodmann,* JW 1931, 775 (777); *Hueck*, OHG, 3. Aufl., § 11 V 2d (S. 134); *Renkl,* Gesellschafterbeschluss, S. 135; Schlegelberger/*Geßler*, HGB, § 119, Anm. 9. In der neueren Rechtsprechung und Literatur: OLG Düsseldorf, BeckRS 2012, 11203; OLG Köln NJW-RR 1994, 491 (491); *Herchen,* GesR in der Diskussion 2016, S. 83 (115); *Kleine-Lopp/Witt,* NZG 2020, 1089 (1091).

57 Zur entgegenstehenden Rechtskraft: Hk-ZPO/*Saenger*, vor § 253, Rn. 26; MüKo ZPO/*Becker-Eberhard,* Vor § 253, Rn. 10; Musielak/Voit/*Foerste,* ZPO, vor § 253, Rn. 5a.

58 MüKo ZPO/*Becker-Eberhard*, § 261, Rn. 50.

59 So auch *Köster*, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 88; *Schlüter,* DZWIR 2018, 251 (257); *Scholz,* WM 2006, 897 (901).

60 Statt aller BGH WM 1965, 14; BGH WM 1966, 1036; BGHZ 85, 350 (353); BGH NJW-RR 1990, 474 (475); BGH NJW 1995, 1218 (1219); BGH ZIP 2013, 68 (69); Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, § 119, Rn. 32; *Hueck*, OHG, § 11 V 2d (S. 185 f.); *M. Schwab*, Prozessrecht, S. 422. Die Passivlegitimation der Gesellschaft muss nicht ausdrücklich geregelt sein, sondern kann sich auch durch Auslegung des

Gesellschaft materiell-rechtlich die Befugnis übertragen, anstelle der Gesellschafter über den Beschluss zu disponieren.[61] Der BGH geht davon aus, dass das die Unwirksamkeit des Beschlusses feststellende Urteil für alle Gesellschafter verbindlich ist.[62] Eine Rechtskrafterstreckung des Urteils auf die Gesellschafter wird zwar abgelehnt, aus der vertraglichen Abrede, die die Gesellschaft als Klagegegner festlege, folge aber die Pflicht der Gesellschafter, sich dem Urteil zu fügen.[63] Sind die Gesellschafter nur schuldrechtlich verpflichtet, das Urteil zu beachten, würde eine Nichtbeachtung nach allgemeinen Regeln eine Schadensersatzpflicht auslösen. Eine solche hindert die Gesellschafter nicht an der Nichtbefolgung des Urteils oder an einem weiteren Prozess in Bezug auf denselben Beschluss, da die schuldrechtliche Bindung für den einzelnen nicht zur Erweiterung der Rechtskraftwirkung führt. Die Bindungswirkung ist daher begrenzt und kaum mit einer gesetzlich angeordneten Rechtskrafterstreckung vergleichbar.

Begründet wird die Zulassung der Gesellschaft als Klagegegner mit einer Verselbstständigung des Verbandswillens jedenfalls bei mehrheitlich beschließenden Personengesellschaften. Im gesetzlich vorgesehenen Regelfall der einstimmigen Beschlussfassung entspricht der Wille der Gesellschafter immer dem Beschlussergebnis, das der Gesellschaft über die organschaftliche Zurechnung zugeschrieben wird. Der Wille der Gesellschafter entspricht dem Willen der Gesellschaft. Sind hingegen Mehrheitsbeschlüsse zugelassen, kann ein Beschluss ohne Zustimmung aller Gesellschafter zustande kommen. Der Wille des einzelnen Gesellschafters ist nicht zwingend deckungsgleich mit dem Willen der Gesellschaft. Wegen der Verselbstständigung des Verbandswillens muss die Gesellschaft als Trägerin des Willens Klagegegner der Feststellungsklage sein.[64]

Neben der fehlenden Bindungswirkung ist ein weiterer Nachteil der Feststellungsklage die fehlende Befristung. Die Feststellungsklage unter-

---

gesamten Gesellschaftsvertrags ergeben, so LG Stuttgart, BeckRS 2020, 21301, Rn. 31 ff.

61 BGH WM 1966, 1036; *Mülbert/Gramse,* WM 2002, 2085 (2089).

62 BGH WM 1966, 1036; BGHZ 91, 132 (133).

63 BGH WM 1966, 1036; BGHZ 91, 132 (133); *Lutz,* Gesellschafterstreit, S. 380; *M. Schwab,* Prozessrecht, S. 422. Kritisch *Jüdel,* Gesellschafterbeschlüsse, S. 111; *K. Schmidt,* AG 1977, 253, der insoweit von einer mühsamen Begründung der Verbindlichkeit des Nichtigkeitsurteils spricht. Auch *Menger* nennt diese rein schuldrechtlich wirkende Duldungspflicht einen „dogmatisch eher fragwürdigen Umweg", *Menger*, Lückenausfüllung, S. 211. Ähnlich *Herchen,* GesR in der Diskussion 2016, S. 83 (115); MüKo HGB/*Enzinger,* § 119, Rn. 98.

64 *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 93.

liegt allein dem Institut der Verwirkung[65] und ist durch die gesellschaftliche Treuepflicht beschränkt.[66] Im Gesellschaftsvertrag kann allerdings vereinbart werden, dass die Klage fristgebunden zu erheben ist.[67] Gefordert wird mindestens eine sich am Leitbild des § 246 Abs. 1 AktG orientierende Klagefrist von einem Monat, die nicht unterschritten werden darf.[68] Wird im Gesellschaftsvertrag eine Frist vereinbart, handelt es sich dabei nicht um eine prozessuale, sondern um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist.[69] Eine gleichwohl erhobene Klage ist nicht unzulässig, sondern unbegründet.

b) Kritische Würdigung

Hinsichtlich der prozessualen Geltendmachung von Beschlussmängeln bestehen einige Schwierigkeiten. Die fehlende Rechtskrafterstreckung begründet die Gefahr einander widersprechender Urteile. Das Fehlen einer Klagefrist führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Zwar wird die Geltendmachung der Klage durch das Institut der Verwirkung begrenzt. Deren Eintritt hängt aber von den Umständen des Einzelfalls ab.[70] Auch die Begrenzung der Geltendmachung von Mängeln durch die gesellschaftliche

---

65 Statt aller BGHZ 112, 339 (344); BGH NJW 1999, 3113 (3114); Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, § 119, Rn. 32. Zum Institut der Verwirkung statt aller Jauernig/*Mansel*, BGB, § 242, Rn. 53 ff.

66 Die Gesellschaft und die einzelnen Gesellschafter haben ein Interesse an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, sodass die gesellschaftliche Treuepflicht sie dazu verpflichtet, die Klage mit der zumutbaren Beschleunigung zu erheben. So BGH NJW 1999, 3113 (3114); BGH NJW 1999, 2268; *Fluck*, npoR 2018, 202 (204); *Grunewald,* Ausschluss, S. 273; *Hueck*, OHG, § 11 V 1d (S. 182); *Kögler,* Verbandsbeschluss, S. 86; *Köster,* Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 99; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 72 ff., 174; *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, S. 66.

67 BGH WM 1966, 1036 (1037); BGHZ 68, 212 (216); BGH NJW 1995, 1218; BGH NJW 1999, 3113 (3114); OLG Stuttgart NZG 2000, 835 (836); *Lutz,* Gesellschafterstreit, S. 377; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 136.

68 BGH NJW 1995, 1218 (1219); Baumbach/Hopt/*Roth*, HGB, § 119, Rn. 32; *Lutz,* Gesellschafterstreit, S. 377; MüKo BGB/*Schäfer*, § 709, Rn. 119; *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 137; *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, S. 68.

69 BGH WM 1966, 1036 (1037); BGH NJW 1988, 411 (413); BGH NJW 1999, 3113 (3114); *Gaul,* DStR 2009, 804 (807); *Todtenhöfer,* Beschlussmängelklagen, S. 68.

70 Statt aller *Gerauer,* Dogmatik, S. 145; Jauernig/*Mansel,* BGB, § 242, Rn. 59; MüKo BGB/*Schubert,* § 242, Rn. 378.

Treuepflicht vermag keine eindeutige zeitliche Grenze zu ziehen.[71] Die Gesellschafter haben jedoch ein Interesse daran, zu wissen, wann der Beschluss bestandskräftig wird.

Des Weiteren kann die allgemeine Rechtsgeschäftslehre die uneingeschränkte Nichtigkeit des Beschlusses dogmatisch nicht überzeugend begründen.[72] Nach § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn nicht das Gesetz ein anderes bestimmt. Da der Gesellschaftsvertrag kein Gesetz im Sinne des Art. 2 EGBGB ist, kann ein Verstoß gegen diesen die Nichtigkeit des Beschlusses nach § 134 BGB nicht begründen.[73] In Frage kommen allein Verstöße gegen die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB, §§ 105 ff., 161 ff. HGB. Die gesetzlichen Regelungen sind jedoch weitgehend dispositiv[74] und stellen deswegen keine Verbotsgesetze dar.[75] Selbst wenn gegen eine der wenigen zwingenden Vorschriften verstoßen wird, führt ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz nicht zwingend zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Die Nichtigkeitsfolge kann nur angenommen werden, wenn sich aus dem verletzten Gesetz nicht ein anderes ergibt.[76] Es besteht somit ein Wertungsspielraum auf Rechtsfolgenseite.[77]

---

71 So auch *Köster,* Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, S. 99; *Menger*, Lückenausfüllung, S. 180 f.

72 So auch *Fehrenbach,* Fehlerhafter Gesellschafterbeschluss, S. 196 f.; *C. Koch,* Anfechtungsklageerfordernis, S. 43; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 18 ff., 33; *ders.,* JZ 2018, 824 (832); *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 52 ff., insb. S. 59 f. Zustimmend auch *Casper*, ZHR 163 (1999), 54 (66 ff.); *O. Schröder*, GmbHR 1994, 532 (536 f.); *M. Schwab*, Prozessrecht, S. 425 f.

73 So auch *Buchs,* Beschlussmängelfolgen, S. 197; *Casper,* ZHR 163 (1999), 54 (67); *Sandhaus,* Rechtsschutz gegen Beschlüsse, S. 49.

74 Bei der GbR sind mit Ausnahme des § 705 BGB alle gesetzlichen Bestimmungen dispositiv, vgl. MüKo BGB/*Schäfer,* § 705, Rn. 134. Für die Personenhandelsgesellschaften ergibt sich die Dispositivität für die §§ 110-122 HGB aus § 109 HGB. Auch die §§ 131 ff. HGB sind dispositiv. Allein die Regelungen über das Außenverhältnis der OHG sind zwingend ausgestaltet, MüKo HGB/*Enzinger,* § 109, Rn. 1.

75 *C. Koch,* Anfechtungsklageerfordernis, S. 45; *Mayer-Maly,* FS Hefermehl, S. 103 (111); MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134, Rn. 46; *Prior*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 56; *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 54; *M. Schwab*, Prozessrecht, S. 426.

76 *Canaris*, Gesetzliches Verbot, S. 14 ff.; *Mayer-Maly,* FS Hefermehl, S. 103 (103); MüKo BGB/*Armbrüster,* § 134, Rn. 119; *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 52.

77 Regelt eine Vorschrift, die als Verbotsgesetz einzustufen ist, die Rechtsfolge eines Verstoßes selbst, kommt § 134 BGB wegen des Vorrangs der lex specialis nicht zur Anwendung, BeckOGK/*Vossler,* BGB, § 134, Rn. 13; MüKo BGB/*Armbrüster,* § 134, Rn. 3. Dies betrifft etwa § 723 Abs. 3 BGB, aber auch die Beschränkung der

Außerdem versucht die herrschende Meinung die Nichtigkeit aus § 138 BGB herzuleiten. Im Bereich der Beschränkung der Mehrheitsherrschaft wurde mangels gewohnheitsrechtlicher Rechtsinstitute oder entsprechender richterlicher Rechtsfortbildungen zunächst die Sittenwidrigkeit als Begrenzung angesehen.[78] Mittlerweile existieren verbandsspezifische Instrumente wie die materielle Inhaltskontrolle,[79] die besser zur Begrenzung der Mehrheitsherrschaft geeignet sind.[80] Aufgrund dessen wird davon ausgegangen, dass der Sittenwidrigkeit nur noch im Verhältnis zu außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten überhaupt Bedeutung zukommt, wenn verbandsinterne Kontrollmaßstäbe keine Anwendung finden.[81] Schließlich ist die Bejahung der Sittenwidrigkeit auf Ausnahmefälle beschränkt.[82]

Zuletzt wird die Rechtsfolge der generellen Nichtigkeit mit § 125 BGB begründet. Das Gesetz sieht für die Beschlussfassung bei Personengesellschaften keine besondere Form vor. Mangels gesetzlicher Formvorschriften kann die Nichtigkeit eines Beschlusses daher nicht durch § 125 S. 1

Vertretungsmacht, § 126 Abs. 2 HGB, oder eine Vereinbarung, die die Haftung nach §§ 128 S. 1, 130 Abs. 1 HGB verändert, §§ 128 S. 2, 130 Abs. 2 HGB.

78 *Hueck*, OHG, § 11 V 2b (S. 185).

79 BGHZ 71, 40 (44); MüKo BGB/*Schäfer,* § 709, Rn. 98. Eine Beschränkung erfolgt daneben durch den Gleichbehandlungsgrundsatz und die mitgliedschaftliche Treuepflicht. Zum Gleichbehandlungsgrundsatz: *K. Schmidt,* GesR, § 16 II 4b (S. 462 ff.). Zur mitgliedschaftlichen Treuepflicht: *K. Schmidt,* GesR, § 16 II 4c (S. 465 f.); *Zöllner*, Schranken, S. 335 ff.
Für die Personengesellschaften wird die Befugnis, Mehrheitsbeschlüsse zu fassen, darüber hinaus eingeschränkt, wenn Vertragsänderungen in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreifen, sog. Kernbereichslehre, MüKo BGB/*Schäfer,* § 709, Rn. 91 ff. Unklar ist geblieben, ob der BGH der Kernbereichslehre noch eine eigenständige Bedeutung beimisst. Dazu BGHZ 203, 77 (90); *Altmeppen,* NJW 2015, 2065 (2065 f.); *Heckschen/Bachmann,* NZG 2015, 531 (537); MüKo HGB/*Enzinger,* § 119, Rn. 64 ff.; *Ulmer,* ZIP 2015, 657 (658 f.).

80 *C. Koch,* Anfechtungsklageerfordernis, S. 47; *Noack,* Fehlerhafte Beschlüsse, S. 28; *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 58. Allgemein zum Minderheitenschutz in Personengesellschaften vgl. *R. Fischer,* FS Barz, S. 33 (41 ff.); *K. Schmidt,* GesR, § 16 II 4 (S. 460 ff.), § 20 IV 3 (S. 593 f.); *U. Schneider,* ZGR 1972, 357 (384).

81 *Schmitt,* Beschlussmängelrecht, S. 58; *Zöllner*, Schranken, S. 292 m. w. N. Auch *Noack,* Fehlerhafte Beschlüsse, S. 28, nimmt Sittenwidrigkeit nur in den Fällen an, in denen der Beschluss dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden über den Kreis der Verbandsbeteiligten hinaus widerspricht.

82 *Buchs,* Beschlussmängelfolgen, S. 200; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse, S. 28; *ders.*, JZ 2018, 824 (826); *Prior*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, S. 56; *O. Schröder,* GmbHR 1994, 532 (537); *M. Schwab*, Prozessrecht, S. 426.