

Festschrift für Alfred Bergmann  
zum 65. Geburtstag



Festschrift für  
**ALFRED BERGMANN**  
zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018

herausgegeben von

Meinrad Dreher, Ingo Drescher, Peter O. Mülbert  
und Dirk A. Verse

De Gruyter

ISBN 978-3-11-057994-9  
e-ISBN (PDF) 978-3-11-058114-0  
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-058012-9

**Library of Congress Control Number: 2018958582**

*Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek*

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

© 2018 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston  
Datenkonvertierung und Satz: Satzstudio Borngräber, Dessau-Roßlau  
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

[www.degruyter.com](http://www.degruyter.com)

## Vorwort

Alfred Bergmann wuchs in einer Bergmannsfamilie in Essen auf. Nach dem Abitur begann er 1973 mit dem Jurastudium zunächst in Bochum, wechselte aber schon nach einem Semester an die Philipps-Universität nach Marburg. Dort wurde er im Jahre 1982 mit einem strafrechtlichen Thema promoviert und war nach dem Zweiten Juristischen Staatsexamen von April 1983 bis September 1987 als Hochschulassistent am Institut für Kriminalwissenschaften tätig.

Die damit vorgezeichnete akademische Laufbahn, das Strafrecht und Marburg verließ er im Oktober 1987 gen Süden. Er wurde als Rechtsanwalt in Karlsruhe zugelassen; zugleich war er Mitarbeiter bei den Rechtsanwälten beim Bundesgerichtshof Prof. Dr. Brandner und Dr. Kummer und wandte sich dem Zivilrecht zu. In dieser Zeit gehörte er auch dem Kuratorium der Bankrechtlichen Vereinigung an. Im September 2000 folgte die Zulassung als Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof.

Wenige Jahre später kam es zu einem neuerlichen Wechselfall im Juristenleben von Alfred Bergmann: Am 29. Juli 2002 wurde er zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt, als einer der wenigen Rechtsanwälte, die zum Bundesrichter bestellt wurden, und als einziger, der zuvor beim Bundesgerichtshof zugelassen war. Auch dort nahm er die Möglichkeit wahr, neue Rechtsgebiete zu entdecken: Er gehörte zunächst bis Ende November 2003 dem IX. Zivilsenat an, dem vornehmlich das Insolvenzrecht sowie das Berufungsrecht der Rechtsanwälte und Steuerberater zugewiesen sind. Vom Dezember 2003 bis zum November 2010 war er Mitglied, seit 2007 als stellvertretender Vorsitzender, des für das Wettbewerbs-, Marken- und Urheberrecht sowie Transportrecht zuständigen I. Zivilsenats. 2009 und 2010 war er zugleich Mitglied des Kartellsenats. Am 17. November 2010 wurde er zum Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof ernannt. Bis zu seinem Ruhestand im März 2017 leitete er den für Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und des Kapitalmarktrechts zuständigen II. Zivilsenat – ein neuerlicher Wechsel seines Tätigkeitsbereichs, aber gleichzeitig eine Rückkehr zu einem frühen zivilrechtlichen Interessengebiet, dem Gesellschaftsrecht. 2011 bis Ende 2016 war er zugleich Vorsitzender des Dienstgerichts des Bundes.

Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats prägte Alfred Bergmann nicht nur inhaltlich. Mit der ihm eigenen Gabe zur Moderation wurden aus den mündlichen Verhandlungen des Senats anspruchsvolle Rechtsgespräche und Diskussionen zwischen Richtern und Anwälten, die ausländische Besucher,

die an eine eher autoritäre Vermittlung der richterlichen Meinung gewöhnt waren, verblüfften, und die sie bewunderten. Die mündlichen Verhandlungen waren insoweit ein Spiegelbild von Senatsberatungen, bei denen Lösungen im Team unter der sanften Leitung des Vorsitzenden erarbeitet wurden. Charakteristisch für die richterliche Tätigkeit von Alfred Bergmann war die von ihm auch offen kommunizierte Haltung, mit dem Instrument der richterlichen Rechtsfortbildung eher zurückhaltend umzugehen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen. Diese Haltung hat dem Senat, wie etwa die viel diskutierte „Frosta“-Entscheidung zum Delisting (BGH NZG 2013, 1342) und das „IKB“-Urteil zur angefochtenen Aufsichtsratswahl (BGHZ 196, 195) zeigen, mitunter durchaus lebhaft Kritik eingetragen. Alfred Bergmann hat sich solchen inhaltlichen Auseinandersetzungen stets mit offenem Visier gestellt. Auf ungezählten Tagungen, etwa den Jahrestagungen der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), ist er nicht müde geworden, die Rechtsprechung des Senats immer wieder präzise zu erläutern und vor manchen Überinterpretationen des Schrifttums zu bewahren.

Ein besonderes Interesse verbindet Alfred Bergmann mit dem Sport, speziell dem Fußball (sein Tor beim Abschiedsspiel für den früheren BGH-Präsidenten Klaus Tolkdorf ist legendär und offensichtlich nur aufgrund eines Versehens nicht für das Tor des Monats nominiert worden). Für Verfahren, in denen Recht und Sport aufeinandertreffen, war er daher besonders berufen. Während seiner Zugehörigkeit zum I. Zivilsenat hat er beispielsweise neben vielen anderen die wegweisende Entscheidung zur Bezeichnung einer Sportveranstaltung als (Ereignis-)Marke (BGHZ 167, 278 – FUSSBALL WM 2006) verfasst und als Vorsitzender des II. Zivilsenats in sportrechtlichen Fällen selbst die Berichterstattung und die Abfassung des Urteils übernommen (z.B. BGHZ 207, 144 zu den Olympia-Nominierungsrichtlinien).

Neben der rechtspraktischen Tätigkeit blieb Alfred Bergmann der Wissenschaft verbunden, nicht mehr im Strafrecht, sondern im Zivilrecht. Er verfasste Aufsätze, Kommentierungen und bis zur Ernennung zum Richter Rechtsprechungsanmerkungen im Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht und Insolvenzrecht. Auch an die Universität kehrte er zurück. 2005 erhielt er einen Lehrauftrag an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und wurde dort 2011 zum Honorarprofessor bestellt. Trotz der großen zeitlichen Beanspruchung durch sein Richteramt hat er sich nie geschont, Vorlesungen und Seminare zu übernehmen; viele Jahrgänge Mainzer Jurastudenten hat er mit seiner gänzlich unpräntösen Art beeindruckt. Zum Glück für die Mainzer Fakultät und ihre Studenten bleibt er ihr und ihnen auch nach seinem Ausscheiden aus dem Bundesgerichtshof erhalten.

Mit seiner Verankerung auch in der Wissenschaft hat Alfred Bergmann als Vorsitzender des II. Zivilsenats den schon in der Vergangenheit gepflegten Austausch mit der Wissenschaft auf vorbildliche Weise fortgesetzt und weiter gefestigt – nicht nur auf zahlreichen Fachtagungen, sondern auch als Her-

ausgeber renommierter Fachzeitschriften wie der Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), der Aktiengesellschaft (AG) und der Neuen Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG). Wie zu erwarten hat Alfred Bergmann zumindest einen Teil seiner durch das Ausscheiden aus dem Richteramt gewonnenen Zeit sogleich in den Dienst der Wissenschaft gestellt. Gerade erst hat er eine umfassende Analyse der neueren Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht veröffentlicht (WM 2018, Sonderbeilage Nr. 1/2018), einem Gebiet, das wohl auch künftig einen Schwerpunkt seines Werkes bilden wird. Zudem hat er im Großkommentar zum Aktienrecht die Kommentierung der Vorschriften über die Satzungsänderung übernommen.

Am 13. Juli 2018 hat Alfred Bergmann sein 65. Lebensjahr vollendet. Die Herausgeber und Autoren, über 50 Wissenschaftler und in der Praxis tätige Juristen, darunter viele seiner ehemaligen Kolleginnen und Kollegen des II. Zivilsenats, wollen ihn mit dieser Festschrift gebührend ehren und wünschen ihm weiterhin viel Schaffenskraft und Lebensfreude im Kreis seiner großen Familie und seiner Freunde. Dem Tätigkeitsgebiet des Jubilars im II. Zivilsenat entsprechend entstammen sämtliche Beiträge dieser Festschrift dem Gesellschaftsrecht oder stehen damit jedenfalls in engem Zusammenhang. Der Dank der Herausgeber für die reibungslose redaktionelle Unterstützung gilt dem Verlag de Gruyter, namentlich Frau Claudia Loehr und Herrn Jan Schmidt, sowie den Mitarbeitern an den Lehrstühlen Dreher, Müllbert und Verse, allen voran Frau Stephanie Averbeck-Rauch und den Herren Christoph Breuer, Leon Burkhardt und Daniel Schneider.

*Meinrad Dreher  
Ingo Drescher  
Peter O. Müllbert  
Dirk A. Verse*



Alfred Bergmann  
zum 13. Juli 2018

HOLGER ALTMEPPEN  
GREGOR BACHMANN  
WALTER BAYER  
FALK BERNAU  
MANFRED BORN  
MORITZ BRINKMANN  
ANDREAS CAHN  
MATTHIAS CASPER  
MEINRAD DREHER  
INGO DRESCHER  
HOLGER FLEISCHER  
BARBARA GRÜNEBERG  
BARBARA GRUNEWALD  
MATHIAS HABERSACK  
STEPHAN HARBARTH  
HERIBERT HECKSCHEN  
ANDREAS HEIDINGER  
JOACHIM HENNRICHS  
MARTIN HENSSLER  
GODEHARD KAYSER  
ROGER KIEM  
DETLEF KLEINDIEK  
MICHAEL KLING  
JENS KOCH  
JOACHIM KUMMER  
KATJA LANGENBUCHER  
DIETER LEUERING

JAN LIEDER  
HANNO MERKT  
PETER O. MÜLBERT  
ANDREAS PENTZ  
MARKUS ROTH  
INGO SAENGER  
VOLKER SANDER  
CARSTEN SCHÄFER  
JESSICA SCHMIDT  
KARSTEN SCHMIDT  
SVEN H. SCHNEIDER  
UWE H. SCHNEIDER  
ULRICH SEIBERT  
CHRISTOPH H. SEIBT  
GERALD SPINDLER  
LUTZ STROHN  
CHRISTOPH TEICHMANN  
RÜDIGER VEIL  
DIRK A. VERSE  
EBERHARD VETTER  
JOCHEN VETTER  
FRAUKE WEDEMANN  
SIMON WEILER  
JOHANNES WERTENBRUCH  
HEINZ WÖSTMANN  
HILDEGARD ZIEMONS



# Inhaltsverzeichnis

HOLGER ALTMIPPEN	
Insichgeschäft und Stimmverbot am Beispiel der GmbH .....	1
GREGOR BACHMANN	
Der Bergmann-Senat Revisionsrechtsprechung im Gesellschaftsrecht am Anfang des 21. Jahrhunderts .....	17
WALTER BAYER	
Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen: Streifzug durch die Rechtsprechung des II. Zivilsenates des BGH	43
FALK BERNAU	
Unter welchen Voraussetzungen ist der an der betroffenen Drittgesellschaft beteiligte GmbH-Gesellschafter vom Stimmrecht gemäß 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen? .....	63
MANFRED BORN	
Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast für ausgeschiedene Organmitglieder im Innenhaftungsprozess de lege lata? .....	79
MORITZ BRINKMANN	
Drahtseilakt ohne Sicherung? Die Haftung aus den Zahlungsverboten nach §§ 64 S. 1 GmbHG, 92 Abs. 2 AktG und die Deckung durch die D&O Versicherung	93
ANDREAS CAHN	
Kapitalmarktrechtliche Aspekte von Zusammenschluss- und Akquisitionsvorhaben .....	111
MATTHIAS CASPER	
Die Beseitigung geheilter Beschlüsse nach § 242 Abs. 2 S. 3 AktG – Weckruf für eine Norm im Dornröschenschlaf .....	127
MEINRAD DREHER	
Die D&O-Individualversicherung .....	145

INGO DRESCHER	
Die schwebende Nichtigkeit .....	169
HOLGER FLEISCHER	
Der Gesellschaftsvertrag der Fugger: Frühform des OHG-Rechts .....	183
BARBARA GRÜNEBERG	
§ 28 Abs. 1 HGB bei der vermögensverwaltenden Personengesellschaft .....	199
BARBARA GRUNEWALD	
Stimmverbote nach § 47 Abs. 4 GmbHG ohne Interessenkonflikt? .....	215
MATHIAS HABERSACK	
Der Unterordnungskonzern – Terra Cognita? .....	227
STEPHAN HARBARTH	
Weisungsrecht und Berichtswege bei der Konzernleitung in Matrixstrukturen .....	243
HERIBERT HECKSCHEN	
Heilung unwirksamer Abfindungsklauseln .....	259
ANDREAS HEIDINGER	
Und sie dreht sich doch! Ein Plädoyer für den gutgläubigen Erwerb des aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils .....	283
JOACHIM HENNRICHS	
Nichtigkeit des Jahresabschlusses und Auswirkungen auf Folgeabschlüsse und Gewinnverwendung .....	303
MARTIN HENSSLER	
Gemischte Unternehmensgegenstände von Personengesellschaften .....	321
GODEHARD KAYSER	
Die Anfechtung als unentgeltliche Leistung – eine Allzweckwaffe des Insolvenzverwalters zur Massegenerierung? .....	339
ROGER KIEM	
Der Zweite Senat als Ersatzgesetzgeber .....	357

DETLEF KLEINDIEK Einziehung und Abfindungszahlung in der Rechtsprechung des BGH .....	371
MICHAEL KLING Managerhaftung für Kartellverstöße bei Maßnahmen des Informationsaustauschs mit Wettbewerbern .....	391
JENS KOCH Die Legal Judgment Rule: ein Fall für die Wolfsschlucht .....	413
JOACHIM KUMMER Gibt es unanfechtbare, aber gleichwohl nicht durchsetzbare Darlehenssicherheiten? .....	435
KATJA LANGENBUCHER Die Einflussnahme von Aktionären auf die Zusammensetzung des Vorstands .....	443
DIETER LEUERING Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Ausführung noch zu fassender Gesellschafterbeschlüsse .....	457
JAN LIEDER Formbedürftigkeit der Kapitalerhöhung und verbundener Geschäfte .....	473
HANNO MERKT Anmerkungen zur Treupflicht des Kleinaktionärs .....	509
PETER O. MÜLBERT EU-rechtliche Kapitalmarktinformativsvorschriften und mitgliedstaatliche Haftungsregeln – Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel der Prospektverordnung (EU) 2017/1129 .....	529
ANDREAS PENTZ Differenzhaftung und verdeckte Mischeinlage/ verdeckte gemischte Sacheinlage .....	541
MARKUS ROTH Kommunikation des Aufsichtsrats .....	565
VOLKER SANDER Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Zahlungsverbot .....	583

INGO SAENGER	
Treugebundene Zustimmungspflichten im GmbH-Recht . . . . .	603
CARSTEN SCHÄFER	
Neue Impulse für den Minderheitenschutz gegen Mehrheitsbeschlüsse . . . . .	617
JESSICA SCHMIDT	
Die Entwicklung des Handels- und Unternehmensregisterrechts in der EU im Spannungsfeld von Publizität, Geheimhaltungsinteressen und Persönlichkeitsrecht . . . . .	637
KARSTEN SCHMIDT	
§ 166 HGB und das geltende Recht . . . . .	653
UWE H. SCHNEIDER UND SVEN H. SCHNEIDER	
Organhaftung bei Tochtergesellschaften in der Rechtsform der GmbH . . . . .	661
ULRICH SEIBERT	
The long and winding road to the online registration of companies . . . . .	677
CHRISTOPH H. SEIBT	
Vertrauensentzug durch Hauptversammlung oder Aufsichtsrat als wichtige Gründe der Vorstandsabberufung . . . . .	693
GERALD SPINDLER	
Personalunion in einem Konzern mit monistisch strukturierter SE als Obergesellschaft . . . . .	711
LUTZ STROHN	
Geht nicht – geht doch: Warum es für die Lösung des Problems „Einziehung und Abfindung“ 59 Jahre brauchte . . . . .	729
CHRISTOPH TEICHMANN	
Die Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers für Gesellschafterliste und Transparenzregister . . . . .	743
RÜDIGER VEIL	
Maximalharmonisierung und mitgliedstaatliche Gesetzgebung im europäischen Marktmissbrauchsrecht . . . . .	765

DIRK A. VERSE Zur Enthftung der Geschftsfhrer bei Befolgung von Gesellschafterbeschlssen Überlegungen zu § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG.....	781
EBERHARD VETTER Unternehmensexterne als Versammlungsleiter der Hauptversammlung .....	799
JOCHEN VETTER Intuition und Business Judgment .....	827
FRAUKE WEDEMANN 10 Jahre MoMiG: Die GmbH-Reform im Spiegel der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH .....	849
SIMON WEILER Der Schutz vor Fremdeinfluss auf Sportkapitalgesellschaften – Satzungsgestaltung im deutschen Profifußball im Lichte der 50+1-Regel .....	865
JOHANNES WERTENBRUCH Pfändung und Insolvenzbeschlagn vinkulierter Namensaktien ....	885
HEINZ WÖSTMANN Kita-Rechtsprechung des BGH und Gewinnausschüttung .....	903
HILDEGARD ZIEMONS Geschäftsleiterhaftung in der Eigenverwaltung .....	923
Veröffentlichungen von VRiBGH a.D. Prof. Dr. Alfred Bergmann ..	937
Autorenverzeichnis .....	941



# Insichgeschäft und Stimmverbot am Beispiel der GmbH

HOLGER ALTMEPPE

## I. Einleitung

Die Frage, was der Kern der gesellschaftsrechtlichen Stimmverbote sei, ist bis auf den heutigen Tag umstritten. Verbreitet ist die Annahme, es gehe letztlich um das Verbot, „Richter in eigener Sache“ zu sein.<sup>1</sup> Soweit die Stimmverbote sich auf Rechtsgeschäfte mit dem Gesellschafter beziehen, wird auch auf den Gedanken des § 181 BGB hingewiesen.<sup>2</sup> Doch sind die Einzelheiten unklar und umstritten. Hat der Ehegatte Stimmrecht bei der Entlastung des anderen? Ist der Gesellschafter stimmberechtigt, wenn es um ein Rechtsgeschäft mit einer Handelsgesellschaft geht, an welcher er beteiligt ist? Was sind Sozialakte und warum sind sie vom Stimmverbot ausgeschlossen, obwohl sie unzweifelhaft auch Rechtsgeschäfte mit dem Gesellschafter sein können? Wie verhält es sich mit einem Kommissionsvertrag oder Bürgschaftsvertrag der Gesellschaft mit einem Dritten, wenn ihr Gesellschafter der Kommittent oder der Hauptschuldner ist? Kann der Gesellschaftsvertrag eine Befreiung vom Stimmverbot erteilen?

Der Verfasser erinnert sich gut an eine spannende Unterhaltung mit dem Jubilar anlässlich des unter seinem Vorsitz im Jahr 2013 ergangenen Urteils BGHZ 196, 312, in welchem der II. Zivilsenat eine sich über ein halbes Jahrhundert hinweg als herrschend verstehende Literaturmeinung als rechtsirrig entlarvt hat.<sup>3</sup> Das Gespräch ging um den Wert der Rechtswissenschaft für die Rechtsprechung, der Jubilar ließ dabei Skepsis gegen eine Überbewertung von Rechtsdogmatik erkennen. Ein Vorgänger des Jubilars hatte 1 1/2 Jahrzehnte zuvor bereits vor der erheblichen Gefahr des aktionistischen Wissenschaftsbetriebs für das Revisionsgericht gewarnt, welche die gesamte Recht-

<sup>1</sup> Statt aller BGHZ 9, 157, 178; *Karsten Schmidt* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 608.

<sup>2</sup> *Zöllner* Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 269.

<sup>3</sup> Der II. Zivilsenat konnte sich gegen die hM zur Nichtigkeit von Verträgen unter Verstoß gegen § 57 AktG auf den schlichten Hinweis beschränken, dass § 62 AktG 1965 eine anderweitige Regelung i.S.d. § 134 BGB ist.

sprechung bisweilen auf einen falschen Weg bringe.<sup>4</sup> Genau betrachtet ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft Systembildung über den Einzelfall hinaus, während die Gerichte bei der Gesetzesauslegung auf die gerade zur Entscheidung anstehende Problemlage beschränkt sind.<sup>5</sup> Der Jubilar hat diese Aufgabenteilung stets geachtet. Ihm ist die folgende Untersuchung über das tragende Prinzip der Stimmverbote im Gesellschaftsrecht gewidmet, die das dem Gesetz zugrunde liegende System aufdeckt. Im Vordergrund steht das Stimmverbot in der GmbH, die Erwägungen sind aber auf die anderen übertragbar.

## II. Zum Stimmverbot bei Sozialakten

### 1. Ausgangslage

§ 47 Abs. 4 GmbHG schließt das Stimmrecht in vier Fällen aus: Entlassung, Befreiung von einer Verbindlichkeit, Vornahme eines Rechtsgeschäfts sowie Einleitung bzw. Erledigung eines Rechtsstreits.<sup>6</sup> In Rechtsprechung und Lehre wird seit jeher darüber diskutiert, ob hinter der gesetzlichen Regelung ein allgemeines Prinzip steht, das in weiteren Fällen anzuwenden ist.<sup>7</sup> In der grundlegenden Monographie von *Zöllner* heißt es dazu, die Stimmverbote seien auf nicht geregelte Fälle nach der „Grundregel“ auszudehnen, „... dass der zugrunde liegende Interessenkonflikt qualitativ und quantitativ dem gesetzlich geregelten entsprechen muss.“<sup>8</sup>

Im Zusammenhang mit „Sozialakten“ geht es umgekehrt um die Einschränkung der Stimmverbote. § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG soll betreffs der Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Gesellschafter teleologisch zu reduzieren sein, soweit der Betroffene nur diejenigen Interessen wahrnehme, die der Einzelne als Mitglied der Gesellschaftergemeinschaft in dieser verfolge, auch wenn er in besonderer Weise davon betroffen sei, Paradigma: Die Eigenwahl zum Geschäftsführer. Indem jeder einzelne seine persönlichen Vorstellungen

<sup>4</sup> Über den Tag hinaus lesenswert zu kontraproduktivem Einfluss der Rechtswissenschaft auf die Rechtsprechung *Röbriht* ZGR 1999, 445 ff., 452 ff., 462 ff.: „Der Revisionsrichter ist kein Rechtswissenschaftler, ... sondern auch zum Gegenspieler der Wissenschaft bestimmt.“

<sup>5</sup> *Heck* AcP 112 (1914), 93; *Esser* Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung, 1972, S. 203; *J. Braun* Deduktion und Invention, 2016, S. 24 ff.

<sup>6</sup> Ähnlich §§ 34 BGB, 43 Abs. 6 GenG, 136 Abs. 1 AktG.

<sup>7</sup> BGHZ 68, 106 = NJW 1977, 850; *Scholz/Karsten Schmidt* GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 99 ff.; *Schäfer* ZGR 2014, 731; *Michalski/Römermann* GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 47 Rn. 81; *Wilhelm* Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1982, S. 59 ff.

<sup>8</sup> So *Zöllner* Schranken, o. Fn. 2, S. 268.

von diesen Interessen in die gesellschaftliche Willensbildung einbringe, wirke er in legitimer Weise an der Bestimmung des Gesellschaftsinteresses mit.<sup>9</sup>

## 2. Zur Reichweite der teleologischen Reduktion bei Sozialakten

Besteht im Grundsatz noch Einigkeit, dass das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG bei Sozialakten teleologisch reduziert werden müsse, ist die Reichweite der teleologischen Reduktion heftig umstritten. Konsens besteht noch bei der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers sowie bei der Einziehung seines Geschäftsanteils aus wichtigem Grund: Obwohl es sich dabei unzweifelhaft um Sozialakte handelt, soll der Betroffene einem Stimmverbot analog § 47 Abs. 4 unterliegen.<sup>10</sup>

Umstritten ist schon, wie es sich mit der Einforderung von Einlagen (§ 46 Nr. 2 GmbHG) verhält, zumal wenn nicht alle Gesellschafter in gleichem Umfang von der Entscheidung betroffen sind,<sup>11</sup> bei der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Anteile,<sup>12</sup> bei einer Satzungsänderung, die einem Gesellschafter besonders entgegenkommt,<sup>13</sup> bei Kapitalerhöhungsbeschlüssen, vor allem wenn sie einem Gesellschafter entgegenkommen, etwa bei Bezugsrechtsausschuss,<sup>14</sup> bei der Befreiung von einem Wettbewerbsverbot,<sup>15</sup> beim Abschluss von Unternehmensverträgen mit dem Gesellschafter,<sup>16</sup> bei

<sup>9</sup> Eingehend *Zöllner* Schranken, o. Fn. 2, S. 149 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 110; *UHL/Hüffer/Schürmbrand GmbHG*, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 2; aus der Rechtsprechung RGZ 74, 276, 279; BGHZ 18, 205, 210; zuletzt BGHZ 190, 45 Tz. 16 = ZIP 2011, 1465: „Es entspricht dem Regelungszweck des § 47 Abs. 4 S. 2 Fall 1 GmbHG, für sog. körperschaftliche Sozialakte eine Ausnahme vom Stimmverbot zu machen.“

<sup>10</sup> RGZ 138, 98, 104; BGHZ 86, 177 = NJW 1983, 938; zuletzt OLG München ZIP 2017, 1467; aus dem Schrifttum s. *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 138; *MüKoGmbHG/Drescher*, 2. Aufl. 2015, § 47 Rn. 162, 168 jew. mwN.

<sup>11</sup> Für teleologische Reduktion des Stimmverbots die hM, BGH NJW 1991, 70; *UHL/Hüffer/Schürmbrand*, o. Fn. 9, Rn. 165; dagegen *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG*, 19. Aufl. 2017, § 47 Rn. 93.

<sup>12</sup> Für teleologische Reduktion die hM, vgl. *MüKoGmbHG/Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn. 170 mwN; dagegen *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, o. Fn. 11, Rn. 90: klassisches Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter.

<sup>13</sup> Für teleologische Reduktion die hM, BGHZ 33, 189, 191; *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 113 jew. mwN; dagegen *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, o. Fn. 11, § 47 Rn. 90.

<sup>14</sup> Für teleologische Reduktion die hM, *MüKoGmbHG/Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn. 176; *Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG*, 19. Aufl. 2016, § 47 Rn. 50; aA *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, o. Fn. 11, § 47 Rn. 90.

<sup>15</sup> Für teleologische Reduktion *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 113; diff. die hM, *MüKoGmbHG/Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn. 179; *UHL/Hüffer/Schürmbrand*, o. Fn. 9, § 47 Rn. 159; dagegen *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, o. Fn. 11, § 47 Rn. 79.

<sup>16</sup> Für teleologische Reduktion die hM, s. *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 115; *UHL/Hüffer/Schürmbrand*, o. Fn. 9, § 47 Rn. 192; dagegen *Baumbach/Hueck/Zöllner/*

strukturändernden Beschlüssen nach dem UmwG, Paradigma: Verschmelzung mit einer vom Gesellschafter gehaltenen Gesellschaft.<sup>17</sup>

Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass der Begriff des Sozialaktes, für den das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG in teleologischer Reduktion der Norm nicht gelten soll, umstritten ist und die hM ihre Prämisse nicht durchhält. So wird bei eindeutigen Sozialakten wie der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers oder der Einziehung seines Geschäftsanteils aus wichtigem Grund die teleologische Reduktion im Ergebnis nicht befürwortet. Die grundsätzlich gebotene teleologische Reduktion des Stimmverbots bei Sozialakten dürfe nicht stattfinden, wenn die Abberufung oder Einziehung aus wichtigem Grund erfolgen soll: Dann soll das Stimmverbot, das zunächst teleologisch beschränkt wurde, ausnahmsweise wiederhergestellt werden.<sup>18</sup> Auch bei Rechtsgeschäften ist die hM nicht konsequent. So soll das Stimmverbot nicht gelten, wenn es gar nicht um einen Sozialakt geht, die hM aber eine Ähnlichkeit dazu erkennt, etwa bei Abschluss des Dienstvertrages mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer.<sup>19</sup>

### 3. Die Verkennung der Historie zu den Stimmverboten

Geht man den Stimmverboten historisch nach, wird ein grundlegender Irrtum der hM sichtbar, der sich auf Sozialakte bezieht: Diese hat der historische Gesetzgeber im Ansatz gar nicht von den Stimmverboten erfassen wollen, weil der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts die Verselbstständigung der juristischen Person noch nicht in der uns heute geläufigen Art und Weise nachvollzogen hat. Sozialakte waren für ihn „innere gesellschaftliche Angelegenheiten“, die nur in zwei Sonderfällen einem Stimmverbot unterliegen sollten, nämlich im Fall der Selbstentlastung oder der Befreiung von einer Verbindlichkeit (§ 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG). Im Übrigen sollte es sein Bewenden mit dem Stimmverbot bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem Gesellschafter in der Rolle eines gewöhnlichen Dritten haben (§ 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG).

§ 47 Abs. 4 GmbHG entspricht bis auf Abs. 4 S. 2 Alt. 2 (den es im HGB 1884 noch nicht gab) wörtlich dem Stimmverbot in Art. 190 Abs. 3, 221

*Noack* § 47 Rn. 90; *Immenga/Werner* GmbHHR 1976, 53, 58 f.; eingehend dazu *Roth/Altmeyen/Altmeyen* GmbHG, 8. Aufl. 2015, Anh. § 13 Rn. 35 ff., 39.

<sup>17</sup> Für teleologische Reduktion die hM, vgl. *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 114; *UHL/Hüffer/Schürmbrand*, o. Fn. 9, § 47 Rn. 189 f.; aA *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, o. Fn. 11, § 47 Rn. 90.

<sup>18</sup> Statt aller *Zöllner* Schranken, o. Fn. 2, S. 151.

<sup>19</sup> S. schon RGZ 74, 276; BGHZ 18, 205, 210 = NJW 1955, 1716; BGHZ 190, 45 Tz. 15; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, o. Fn. 11, § 47 Rn. 83; *UHL/Hüffer/Schürmbrand*, o. Fn. 9, § 47 Rn. 184; aA freilich *Michalski/Römermann*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 249; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer* GmbHG, 6. Aufl. 2018, § 47 Rn. 19; vgl. auch *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 46 Rn. 75 jew. mwN.

Abs. 2 HGB 1884. Grundlage war der Gesetzgebungsvorschlag des ROHG zur Aktienrechtsreform, aus dem Art. 190 Abs. 3, 221 Abs. 2 HGB 1884 entstanden sind. Der Vorschlag lautete:

„Die Actionäre haben sich der Ausübung ihres Stimmrechts bei allen Beschlüssen zu enthalten, welche ... ihre Entlastung von einer der Gesellschaft gegenüber begründeten Verantwortlichkeit oder den Abschluss eines Rechtsgeschäfts seitens der Gesellschaft, an dessen Vortheilen sie noch in anderer Weise als in ihrer Eigenschaft als Actionäre beteiligt sind, betreffen.“<sup>20</sup>

Darauf beruht die Unterscheidung in § 47 Abs. 4 S. 1 und Abs. 4 S. 2 GmbHG. Für den Gesetzgeber der Aktienrechtsnovelle von 1884 waren Sozialakte noch gar keine Rechtsgeschäfte im Sinne der Stimmverbote.<sup>21</sup> Deshalb war es für den Gesetzgeber des HGB von 1884 folgerichtig und zwingend, die Sozialakte der Entlastung und Befreiung von einer Verbindlichkeit ausnahmsweise einem Stimmverbot zu unterwerfen (Art. 190 Abs. 3, 221 Abs. 2 HGB 1884), weil die „Selbstentlastung“ und „Selbstbefreiung“ auch aus der Sicht des historischen Gesetzgebers – wenn auch keine Rechtsgeschäfte – solche Sozialakte waren, bei denen der Betroffene keinesfalls mitwirken durfte. Es blieben für das Stimmverbot im Übrigen nur die Rechtsgeschäfte mit dem Gesellschafter als Drittem.<sup>22</sup> Erst der Gesetzgeber des BGB (§ 34) hat die rechtliche Verselbstständigung der juristischen Person von ihren Mitgliedern auch bei den Sozialakten der Selbstentlastung und Selbstbefreiung erkannt und diese zutreffend als Rechtsgeschäfte gegenüber dem Mitglied eingeordnet, die nicht besonders hervorzuheben seien.<sup>23</sup>

Nach allem ist der hM uneingeschränkt zu folgen, dass der davon betroffene Gesellschafter bei Sozialakten sein Stimmrecht ausüben kann, doch bedarf es dazu keiner teleologischen Reduktion des § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG: Das Stimmverbot ist auf Sozialakte nach historischer Auslegung schon gar nicht anzuwenden.

Andererseits ist der Fall der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers oder die Einziehung seines Geschäftsanteils aus wichtigem Grund überhaupt kein Anwendungsfall des Stimmverbots, welches für diesen besonderen Sozialakt also auch nicht „wiederhergestellt“ werden muss.<sup>24</sup> Es bedarf

<sup>20</sup> Zur Entstehungsgeschichte der Aktienrechtsreform 1884 s. die Gesetzesmaterialien bei *Schubert/Hommelhoff* ZGR Sonderheft 4, 1985, zu diesem Gesetzgebungsvorschlag ebenda S. 235.

<sup>21</sup> Eingehend v. *Gierke* Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 714 ff.; *Hachenburg* LZ 1907, 463 f.; s. auch *Hachenburg* GmbHG, 5. Aufl., 1927, § 47 Anm. 17 ff.

<sup>22</sup> Die Novelle des HGB von 1884 kannte die Verbotsvariante betreffs der Rechtsstreitigkeiten, § 47 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GmbHG noch nicht (eingehend zur Historie auch *Wilhelm* Rechtsform, o. Fn. 7, S. 75 ff.).

<sup>23</sup> Mot. I S. 107 = *Mugdan* I S. 411 mit Hinweis auf RGZ 4, 296, 302: Stimmverbot des Vereinsmitglieds bei Selbstentlastung; s. auch *Wilhelm* Rechtsform, o. Fn. 7, S. 73 f.

<sup>24</sup> So die hM, statt aller *Zöllner* Schranken, o. Fn. 2, S. 151.

keiner Begründung dafür, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der aus (objektiv vorliegendem!<sup>25</sup>) wichtigem Grund abberufen werden soll, darüber nicht bestimmen kann. Deshalb formuliert § 712 BGB im Parallellfall, die Geschäftsführungsbefugnis werde aus wichtigem Grund durch Beschluss „der übrigen Gesellschafter“ entzogen. Die Vorstellung, der Betroffene könne dabei mitstimmen, hielt der Gesetzgeber des BGB mit Recht für abwegig.<sup>26</sup> Nichts anderes gilt bei der Einziehung des Geschäftsanteils aus wichtigem Grund.<sup>27</sup>

#### 4. Der Dienstvertrag mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer als „Sozialakt“

Die hM argumentiert, auch der Dienstvertrag des Gesellschafter-Geschäftsführers mit seiner GmbH sei kein Fall des Stimmverbots, weil letztlich ein Element des Sozialakts der Organbestellung.<sup>28</sup> Die hM geht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1910 zurück, in welcher die Bestellung in das Organamt und die Bestimmung der Konditionen des Anstellungsvertrages erstmals durcheinandergebracht wurden:

„... bilden die Bestellung zum Geschäftsführer und der die Gehaltsregelung enthaltende Dienstvertrag einen einheitlichen, untrennbaren Akt, weil Anstellung und Dienstvertrag sich gegenseitig zueinander verhalten wie die Bestandteile eines einzigen Vertrags.“<sup>29</sup>

Gewiss hängt die Bereitschaft zur Übernahme des Geschäftsführeramtes von der Höhe des Gehalts ab, und eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung darüber wird in der Regel in einem Zuge erfolgen. Und doch unterscheidet das Gesetz sehr genau zwischen dem Sozialakt der Bestellung zum Geschäftsführer, an welcher teilzunehmen sein Mitgliedschaftsrecht ist, und dem Austauschvertrag, der dem Kandidaten ein Gehalt vermittelt und deshalb nicht zu seiner Disposition stehen soll (§ 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG).

Das generalklauselartig verwendete Schlagwort vom Verbot, „Richter in eigener Sache“ zu sein,<sup>30</sup> hilft kaum weiter: Wenn sich der Gesellschafter-Geschäftsführer selbst eine Tantieme i.H.v. 2 % des Jahresumsatzes zusprechen kann<sup>31</sup> oder anderweitige Vergünstigungen wie etwa Pensionszulagen<sup>32</sup>, ist er unzweifelhaft „Richter in eigener Sache“, und doch soll er nach hM

<sup>25</sup> Dazu zuletzt *Altmeyen* GmbHHR 2018, 225 ff. mwN.

<sup>26</sup> S. Mot. II S. 606 = *Mugdan* II S. 339: „... selbstverständlich mit Ausschluss des Gesellschafters, um dessen Abberufung es sich handelt.“

<sup>27</sup> Vgl. *Wilhelm* Rechtsform, o. Fn. 7, S. 90: „... aus der Natur der Sache.“

<sup>28</sup> Statt aller *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 46 Rn. 75: „Bestandteil der inneren Organisation der Gesellschaft.“

<sup>29</sup> RGZ 74, 276, 280.

<sup>30</sup> Dazu o. Fn. 1.

<sup>31</sup> BGH DB 1977, 85.

<sup>32</sup> BGHZ 18, 205.

nicht dem Stimmverbot unterliegen, weil der Dienstvertrag „Bestandteil der inneren Organisation der Gesellschaft“ sei.<sup>33</sup>

Dabei wird verkannt, dass der historische Gesetzgeber nur ein einziges formales Abgrenzungskriterium kennt, von dem die Stimmverbote abhängen. Unzweifelhaft ist zwar der „Interessenwiderstreit“ Grundgedanke aller Stimmverbote. Dieser eher redundante Befund ist aber kein taugliches Abgrenzungskriterium. Der Gesetzgeber des BGB hat in den Gesetzesmaterialien zu § 34 BGB treffend hervorgehoben, dass die Stimmverbote des Gesellschaftsrechts ein auf die Entscheidung der Mitgliederversammlung abgewandeltes Verbot des Insichgeschäfts (§ 181 BGB) sind.<sup>34</sup>

Die Annahme, es gehe vor allem auch um das Verbot, „Richter in eigener Sache“ zu sein, ist nichts als ein Unteraspect des Rechtsgedankens, den das Selbstkontrahierungsverbot enthält: Man darf nicht in der Weise „Richter in eigener Sache“ sein, dass man auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht! Denn dann ist man per se nicht tauglicher procurator seines Geschäftsherrn. Darauf, ob er seine Vertretungsmacht missbrauchen wird, kommt es nicht an, weil schon der formale Ausschluss von der Vertretung dies verhindert.<sup>35</sup> Übertragen auf das Stimmverbot des Gesellschafters ist das allein entscheidende Kriterium, ob der Gesellschafter nicht nur auf Seiten der Gesellschaft, sondern auch auf der anderen Seite des maßgebenden Rechtsakts beteiligt ist: Dann ist seine Stimmabgabe im Willensbildungsorgan der Gesellschaft generell unwirksam, nicht nur bei missbräuchlicher Stimmrechtsausübung.

Bei Abschluss eines Dienstvertrages der GmbH mit einem Gesellschafter ist dieser auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts beteiligt ist. Deshalb trifft ihn das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 GmbHG.<sup>36</sup> Die herrschende Meinung muss demgegenüber Abhilfe bei der Rechtsfigur des Stimmrechtsmissbrauchs oder der verdeckten Gewinnausschüttung suchen, was zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führt.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Statt aller Scholz/Karsten Schmidt, o. Fn. 7, § 46 Rn. 75.

<sup>34</sup> S. dazu Prot. *Mugdan* I S. 617; *Wilhelm* JZ 1976, 674 ff.; *ders.* Rechtsform, o. Fn. 7, S. 68 f.; *Flume* BGB AT I/1, 1977, S. 246 ff.; *ders.*, BGB I/2, 1983, S. 220 ff. Nicht zutr. erfasst von *Zöllner* Schranken, o. Fn. 2, S. 263 ff., 269 f. und *Schilling* in FS Ballerstedt, 1975, S. 257, 270 f.: Das Verbot in § 181 BGB sei kein „allgemeines Prinzip“ zum Stimmrechtsausschluss. In Wirklichkeit ist es mit dem Stimmverbot identisch.

<sup>35</sup> Vgl. zur Abgrenzung des § 181 BGB vom evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht *Flume* BGB AT II, 4. Aufl. 1992, S. 819 f.

<sup>36</sup> S. zum Parallelfall des § 34 BGB Mot. II, S. 107 = *Mugdan* II, S. 411: Stimmverbot bei Anstellungsvertrag mit Vereinsvorstand.

<sup>37</sup> Im Fall BGH DB 1977, 85 hatte der BGH erwartungsgemäß die größte Mühe, einen Stimmrechtsmissbrauch unter dem Aspekt der Sachwidrigkeit oder Unzumutbarkeit einer Erfolgsvergütung in Gestalt einer Tantieme von 2 % des Jahresumsatzes festzustellen. Den Ausschlag sollte geben, dass die Zubilligung einer Umsatzprovision sich „... immerhin noch im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren“ gehalten habe (BGH DB 1977, 85 f.). Welches Gehalt des Geschäftsführers als „wirtschaftlich vertretbar“ anzusehen ist, soll nach § 47

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass der Dienstvertrag mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer mit dem Sozialakt der Bestellung ins Organamt nicht zu vergleichen ist, soweit es um das Stimmverbot geht. Sozialakte sind nämlich überhaupt nicht vom Stimmverbot erfasst, wohl aber Rechtsgeschäfte mit dem Gesellschafter, wenn dieser auf beiden Seiten des Geschäfts steht. Der Dienstvertrag mit dem Gesellschafter ist ein Schulbeispiel dafür.<sup>38</sup>

### III. Beteiligung „Dritter“

#### 1. Problematik

Im direkten Fall der Stimmverbote geht es darum, dass der Gesellschafter selbst kein Stimmrecht haben soll, weil er von dem Rechtsakt betroffen ist. Von mittelbarer Betroffenheit spricht man, wenn zwar eine andere Person beteiligt, aber ein vergleichbarer Interessenkonflikt anzunehmen ist. Geregelt ist zwar noch, dass der Gesellschafter nicht stimmrechtsbevollmächtigt sein kann, wenn ihn selbst das Stimmverbot trifft (§ 47 Abs. 4 S. 1: „... darf ein solches auch nicht für andere ausüben.“). Keine Regelung erfahren hat jedoch der Fall, dass der Gesellschafter einen Stimmrechtsvertreter in der Gesellschafterversammlung für sich auftreten lässt. Die hM erkennt darin eine „Umgehung“ des Stimmverbots, der Vertreter habe analog § 47 Abs. 4 GmbHG kein Stimmrecht.<sup>39</sup> Erkennt man den einzig tragenden Grund der Stimmverbote im Gesellschaftsrecht, ist dieser Fall selbstverständlich erfasst. Denn im Grundfall des Selbstkontrahierungsverbots kann der Vertreter keine andere Person als Stellvertreter bestellen und anschließend mit ihr das Rechtsgeschäft abschließen, gleich, ob die andere Person weisungsgebunden ist, ob sie Vertreter des Geschäftsherrn oder Vertreter des Vertreters i.S.d. § 181 BGB werden soll: In allen Fällen steht der vom Selbstkontrahierungsverbot Betroffene bei dem Rechtsgeschäft mit dem von ihm bestellten Vertreter auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts, und das ist der entscheidende Gedanke des § 181 BGB, der das Vertretergeschäft unabhängig davon für ungültig erklärt, ob ein Missbrauch der Vertretungsmacht stattfinden wird.<sup>40</sup>

Abs. 4 S. 2 GmbHG aber nicht dieser, sondern in der mehrgliedrigen GmbH die Gesellschafterversammlung ohne seine Mitwirkung entscheiden.

<sup>38</sup> Zutr. *Flume* BGB AT I/1, S. 250; *ders.* BGB AT I/2, S. 231; *Wilhelm* Rechtsform, o. Fn. 7, S. 89, 124; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer*, o. Fn. 19, § 47 Rn. 90; *Michalski/Römermann*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 249.

<sup>39</sup> *MüKoGmbHG/Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn 192; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, o. Fn. 14, § 47 Rn. 38 jew. unter Hinweis auf § 136 Abs. 1 S. 2 AktG; krit. *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 157: Umgehungsgedanke trage nur bei Weisungsgebundenheit des Vertreters.

<sup>40</sup> Statt aller *Flume* BGB AT II, o. Fn. 35, S. 818 f.

Übertragen auf das Stimmverbot gilt, dass der Gesellschafter auf beiden Seiten des Geschäfts steht, wenn er in der Gesellschafterversammlung der GmbH bei der Stimmabgabe vertreten wird, die ein Rechtsgeschäft der GmbH mit dem Gesellschafter betrifft, unabhängig davon, ob der Vertreter weisungsgebunden ist, ob die Vertretungsmacht eine rechtsgeschäftliche oder eine gesetzliche ist.<sup>41</sup>

## 2. Bürgschaft, Vertrag zu Gunsten Dritter, Kommission

Der Vertrag der GmbH mit einem Dritten kann für den Gesellschafter günstig sein, er insbesondere entscheidendes Interesse daran haben, ohne aber der Vertragspartner zu sein. Ist der Gesellschafter etwa der Hauptschuldner im Rahmen einer Bürgschaft, der Begünstigte eines Vertrages zu Gunsten Dritter oder der Kommittent bei dem Ausführungsgeschäft der GmbH mit dem Kommissionär, ist der Meinungsstand zum Stimmverbot des Gesellschafters eher verworren. Für den Fall der Bürgschaft wird das Stimmverbot überwiegend verneint,<sup>42</sup> beim Kommissionsvertrag demgegenüber bejaht, wenn der Gesellschafter Kommittent ist,<sup>43</sup> ebenso beim Vertrag zu Gunsten Dritter, wenn der Gesellschafter Begünstigter ist.<sup>44</sup> Unzweifelhaft ist der Gesellschafter „Richter in eigener Sache“, wenn er in der Gesellschafterversammlung für Verträge mit einem Dritten abstimmt, deren Nutznießer letztlich allein der Gesellschafter ist.

Einmal mehr zeigt sich aber, dass durch die „Generalklausel“, der Gesellschafter dürfe nicht „Richter in eigener Sache“ sein, die in der Dogmatik klare gesetzgeberische Wertung der Stimmverbote eher verwischt wird. Im Parallellfall des § 181 BGB wird sehr zu Recht von niemandem angenommen, der Vertreter könne seinen Geschäftsherrn bei dem Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger nicht vertreten.<sup>45</sup> Hier hilft nur die Rechtsfigur des evidenten Missbrauchs der Vertretungsmacht, wenn der Vertreter bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages die Interessen seines Geschäftsherrn offenkundig verletzt. Übertragen auf das Stimmverbot ist die Stimmabgabe rechtsmissbräuchlich und nichtig, wenn der Gesellschafter für den Vertrag mit einem Dritten votiert, weil er einen ungerechtfertigten Sondervorteil erstrebt.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Insofern richtig Scholz/*Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 157.

<sup>42</sup> Vgl. *Immenga GmbH* 1977, 221; aA Roth/*Altmeppen/Roth*, o. Fn. 16, § 47 Rn. 76.

<sup>43</sup> Scholz/*Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 151; Roth/*Altmeppen/Roth*, o. Fn. 16, § 47 Rn. 76.

<sup>44</sup> Scholz/*Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 151.

<sup>45</sup> Statt aller MüKoBGB/*Schubert*, 7. Aufl., 2015, § 181 Rn. 42.

<sup>46</sup> Zu den Grenzen der Privatautonomie bei der Stimmabgabe eingehend BGH NJW 2016, 2739 Tz. 19 „Media/Saturn“; UHL/*Hüffer/Schürnbrand*, o. Fn. 9, § 47 Rn. 204; Scholz/*Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 26 ff. mwN.

### 3. *Nahestehende Personen*

Paradigmatisch für die Gefahr, das dogmatisch allein maßgebende Abgrenzungskriterium zu verfehlen, ist die Argumentation im Zusammenhang mit nahestehenden Personen. Es sei „offensichtlich unbefriedigend“, dass beispielsweise die Anteile der Ehefrau oder der Kinder bei Interessenkollisionen in der Person des Mannes und Vaters nicht mit dem Stimmrecht ausgeschlossen seien.<sup>47</sup> Die hM argumentiert, der materielle Interessenkonflikt müsse bei Angehörigen nicht generell vorhanden sein, die Abgrenzung führe zudem zu Rechtsunklarheiten.<sup>48</sup>

In der Tat können auch nahe Angehörige nicht mit dem Gesellschafter gleichgesetzt werden, ebenso wenig wie es bei Rechtsgeschäften des Vertreters mit dem Angehörigen um Insichgeschäften (§ 181 BGB) geht. Die Kritiker übersehen, dass der generelle Ausschluss vom Stimmrecht – ebenso wie die generelle Einschränkung der Vertretungsmacht bei Insichgeschäften – an das entscheidende und klare Kriterium der Beteiligung auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts anknüpft, während etwa die Betroffenheit eines Angehörigen im Einzelfall daraufhin zu prüfen ist, ob der Vertreter (§ 181 BGB) oder der Gesellschafter (§ 47 Abs. 4 GmbHG) sein im Interesse des Angehörigen erfolgtes Vertretergeschäft oder seine so motivierte Stimmabgabe rechtsmissbräuchlich vorgenommen hat.

### 4. *Unternehmensverbindungen und gemeinschaftliche Beteiligungen*

Wenn eine Handelsgesellschaft oder ein anderweitiger Verband den Geschäftsanteil innehat, stellt sich die Frage, ob die Betroffenheit eines seiner Mitglieder auf den gesamten Verband „abfärbt“.<sup>49</sup> Dies wurde früher vielfach angenommen,<sup>50</sup> während man heute darauf abstellt, ob das befangene Mitglied auf die Willensbildung seines Verbandes beherrschenden Einfluss nehmen kann.<sup>51</sup> Eine Minderheitsbeteiligung soll nicht genügen, auch dann nicht, wenn der Betroffene zugleich organschaftlicher Vertreter des Verbandes ist.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Roth/Altmeyen/Roth, o. Fn. 16, § 47 Rn. 81; U.H. Schneider ZHR 150 (1986), 609.

<sup>48</sup> BGHZ 80, 69, 71 = NJW 1981, 1512; MüKoGmbHG/Drescher, o. Fn. 10, § 47 Rn. 203; Scholz/Karsten Schmidt, o. Fn. 7, § 47 Rn. 154 jew. mwN.

<sup>49</sup> Wiedemann GmbHR 1969, 251.

<sup>50</sup> Nachw. bei Scholz/Karsten Schmidt, o. Fn. 7, § 47 Rn. 159.

<sup>51</sup> Statt aller BGHZ 153, 285, 291 = NJW 2003, 2314; MüKoGmbHG/Drescher, o. Fn. 10, § 47 Rn. 196 f.; Scholz/Karsten Schmidt, o. Fn. 7, § 47 Rn. 159.

<sup>52</sup> BGH ZIP 2009, 2194 Tz. 7; MüKoGmbHG/Drescher, o. Fn. 10, § 47 Rn. 197 mwN; tendenziell anders Scholz/Karsten Schmidt, o. Fn. 7, § 47 Rn. 160, wenn der Betroffene organschaftlicher Vertreter ist.

Bei genauer Betrachtung hilft abermals allein das dogmatisch maßgebende Abgrenzungskriterium der Beteiligung auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden.

Ist nicht der Verband, sondern nur sein Mitglied betroffen, kommt es entscheidend darauf an, dass dieses Mitglied nicht für den an sich unbefangenen Verband das Stimmrecht ausübt. Entgegen hM ist dies aber auch dann der Fall, wenn der Betroffene den Verband gar nicht beherrscht, aber bei seiner Stimmabgabe vertritt, mag der Betroffene der einzige oder einer von mehreren Vertretern sein. Genauer: Dieser Vertreter hat dann kein Stimmrecht für den Verband, weil er betroffen ist und auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts steht, mag er den Verband als Inhaber des Geschäftsanteils beherrschen oder nicht.<sup>53</sup> Ist der Betroffene nicht der Vertreter des Verbandes, trifft die hM aber das Richtige, wenn sie auf beherrschenden Einfluss des Betroffenen auf den Verband abstellt: Dann ist er so zu behandeln wie der Vertreter des Verbandes bei der Stimmrechtsausübung, weil er darüber bestimmen kann und im Zweifel auch bestimmen wird, wie der Vertreter des Verbandes dessen Stimme in der Gesellschafterversammlung ausübt (§§ 18 Abs. 1 S. 3, 17 Abs. 2, 16 AktG analog). Der Verband unterliegt dann einem Stimmverbot (§ 47 Abs. 4 GmbHG), gleich, wer ihn in der Versammlung vertritt.

In der zweiten Fallkonstellation hält der betroffene Verband keinen Geschäftsanteil an der GmbH, deren Gesellschafter ist aber an dem Verband beteiligt. Beispiele: Die GmbH will einen Kaufvertrag mit einer anderen Handelsgesellschaft („Drittgesellschaft“) abschließen, an welcher ein Gesellschafter der GmbH beteiligt ist. Abwandlung: Die GmbH will den Mietvertrag mit dieser Drittgesellschaft kündigen.

Die hM argumentiert, es komme entscheidend darauf an, ob der Gesellschafter der GmbH bei deren Abstimmung über das Rechtsgeschäft mit der Drittgesellschaft deren Interessen den Vorrang einräume oder dies zu erwarten sei.<sup>54</sup> Teilweise wird danach differenziert, ob die Drittgesellschaft eine Kapital- oder eine Personengesellschaft sei. In letzterem Fall greife das Stimmverbot immer, weil der Gesellschafter einer Personengesellschaft als deren Teilhaber generell vom Stimmverbot miterfasst werde.<sup>55</sup> Weitere Differenzierungen lauten, das Stimmverbot verlange ein unternehmerisches Interesse des Gesellschafters in der Drittgesellschaft.<sup>56</sup>

Auch hier hilft nur das dogmatisch treffende Abgrenzungskriterium: Wer beherrschenden Einfluss auf die Entscheidung bei der Drittgesellschaft hat

<sup>53</sup> Treffend *Wilhelm* Rechtsform, o. Fn. 7, S. 131 ff., 137.

<sup>54</sup> MüKoGmbHG/*Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn. 198; *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 163; *UHL/Hüffer/Schümbrand*, o. Fn. 9, § 47 Rn. 145.

<sup>55</sup> So *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, o. Fn. 11, § 47 Rn. 97; aA die hM, statt aller MüKoGmbHG/*Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn. 199.

<sup>56</sup> *Scholz/Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 164 mwN; zu Recht ablehnend MüKoGmbHG/*Drescher*, § 47 Rn. 199: „Kein geeignetes Abgrenzungskriterium“.

und zugleich im Organ der GmbH bei der Entscheidung über das Rechtsgeschäft mit ihr mitwirkt, handelt auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts. Dies führt zum Stimmverbot (§ 47 Abs. 4 GmbHG).

Das gilt auch für einseitige Rechtsgeschäfte, Paradigma: Kündigung des Mietvertrages der GmbH mit der Drittgesellschaft. Ist er deren Alleingesellschafter, liegt das Stimmverbot des Gesellschafters der GmbH bei deren Entscheidung über das einseitige Rechtsgeschäft gegenüber der Drittgesellschaft auf der Hand.<sup>57</sup> Doch es genügt schon die Beherrschung der Drittgesellschaft.<sup>58</sup> Wenn und weil der Gesellschafter der Herrscher über die Drittgesellschaft ist, besteht die Gefahr, dass er seine Entscheidung über die Kündigung, die er als Organmitglied in der Gesellschafterversammlung für die GmbH zu treffen hat, aus der Perspektive der Kündigungsgegnerin treffen wird, deren Herrscher er ist. Die Empfängerin der Kündigungserklärung wirkt an dem einseitigen Rechtsgeschäft zwar nicht direkt mit, insofern besteht ein relevanter Unterschied zu zweiseitigen Rechtsgeschäften mit einer Drittgesellschaft. Eine Beteiligung auf beiden Seiten des einseitigen Rechtsgeschäfts liegt aber vor, wenn die Kündigung, über die der Gesellschafter abstimmt, ihn selbst betrifft. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn er Erklärungsgegner oder Einmann-Gesellschafter der Erklärungsgegnerin ist. Im Zweifel genügt die Beherrschung, weil sie die Entscheidung des Gesellschafters über die Kündigung in seiner Doppelrolle als Mitglied im Entscheidungsgremium und zugleich als Herrscher der Kündigungsempfängerin aus dem Gesichtspunkt der eigenen Betroffenheit von der Kündigung zu bestimmen geeignet ist, sei es, dass die Drittgesellschaft die Kündigung befürwortet oder fürchtet.

Für gemeinschaftliche Beteiligungen (Erbengemeinschaft, Bruchteilsgemeinschaft, Gütergemeinschaft) gelten die dargelegten Grundsätze entsprechend. Der Vertreter der Gemeinschaft, der für sie das Stimmrecht ausüben will, kann dies nicht, wenn er zugleich der Betroffene ist, dem gegenüber das Rechtsgeschäft erfolgen soll: Dann steht er auf beiden Seiten. Dasselbe gilt aber auch, wenn der Betroffene die Stimmabgabe der Erbengemeinschaft maßgeblich bestimmen kann.<sup>59</sup> Gilt in der Gemeinschaft das Einstimmigkeitsprinzip, kann der Betroffene richtiger Ansicht nach die Stimmabgabe der Gemeinschaft immer maßgeblich mitbestimmen.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Statt aller MüKoGmbHG/Drescher, o. Fn. 10, § 47 Rn. 199.

<sup>58</sup> Zweifelnd MüKoGmbHG/Drescher, o. Fn. 10, § 47 Rn. 199, weil nicht sicher zu beurteilen sei, in welcher der Gesellschaften der Gesellschafter seine Interessen mehr verfolgen.

<sup>59</sup> Vgl. dazu BGHZ 116, 353, 358.

<sup>60</sup> Scholz/Karsten Schmidt, o. Fn. 7, § 47 Rn. 161; Wiedemann GmbHR 1969, 252.

## IV. Disponibilität der Stimmverbote

### 1. Meinungsstand

Erkennt man, dass die Stimmverbote im Gesellschaftsrecht nur den Rechtsgedanken des Selbstkontrahierungsverbots auf Organentscheidungen der Gesellschafterversammlung übertragen, wenn ein Betroffener auf beiden Seiten des Rechtsakts steht, liegt die Disponibilität des Stimmverbots nahe. Denn der Geschäftsherr kann seinen Vertreter gerade vom Selbstkontrahierungsverbot befreien (§ 181 BGB). So nimmt nicht Wunder, dass diese Auffassung von *Hachenburg* noch dezidiert vertreten wurde:

„Das Stimmverbot des Abs. 4 (sc. § 47 GmbHG) ist auch kein logisch zwingendes. Es folgt nicht aus dem Wesen der Abstimmung mit absoluter Notwendigkeit. Es kann einem Vertreter das Kontrahieren mit sich selbst gestattet werden (BGB. § 181). ... Das Stimmverbot ist in dem Interesse der Gesellschaft begründet. Ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfalle ein Missbrauch des Stimmrechts zu eigenem Vorteil oder zum Schaden der Gesellschaft vorliegt, ist es für die in Abs. 4 erwähnten Fälle ausgesprochen. Auf diese Schutzmaßregel kann die Gesellschaft wieder verzichten.“<sup>61</sup>

Der BGH zieht die Grenze dort, wo die Befreiung vom Stimmverbot gegen § 138 BGB verstoße, indem sich „... die anderen Gesellschafter in die Hand dessen begeben, der die Gesellschaft möglicherweise geschädigt hat, was insbesondere eine Rolle spielt, wenn es um die Geltendmachung von Ersatzansprüchen wegen Pflichtverletzung des Betroffenen oder um dessen Entlastung geht.“<sup>62</sup>

Die heute hM im Schrifttum differenziert danach, ob es um das „nicht disponible“ Verbot gehe, „Richter in eigener Sache“ zu sein oder um gewöhnliche Rechtsgeschäfte, bei denen eher der Rechtsgedanke des § 181 BGB hervortrete.<sup>63</sup>

### 2. Stellungnahme

Die Differenzierung der heute hM<sup>64</sup> ist un schlüssig. Es trifft nicht zu, dass etwa eine Selbstentlastung wegen des Verbots, Richter in eigener Sache sein, generell nicht zugelassen werden könne. Dies bestätigt die zutreffende Ansicht, nach welcher sich der Alleingesellschafter selbst entlasten darf.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> *Hachenburg*, GmbHG, 5. Aufl. 1927, § 47 Anm. 26; ebenso RGZ 89, 367, 383; RGZ 122, 159, 162.

<sup>62</sup> BGH WM 1980, 649, 650; BGHZ 108, 21, 26 f.

<sup>63</sup> MüKoGmbHG/*Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn. 209 ff.; Scholz/*Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 173; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, o. Fn. 14, § 47 Rn. 37; aA Michalski/*Römermann*, o. Fn. 7, § 47 Rn. 342: stets unabdingbar.

<sup>64</sup> Siehe die Nachw. o. Fn. 63.

<sup>65</sup> Zutreffend MüKoGmbHG/*Drescher*, o. Fn. 10, § 47 Rn. 187; UHL/*Hüffer/Schürnbrand*, o. Fn. 9, § 47 Rn. 136; aA *Zöllner* Schranken, o. Fn. 2, S.184; Scholz/*Karsten Schmidt*, o. Fn. 7, § 47 Rn 105.

Allerdings wird bei der Diskussion übersehen, dass die Zweite Kommission im Zusammenhang mit der Schwesterbestimmung in § 34 BGB die Disponibilität verneint, sie nämlich bewusst aus dem Katalog dispositiver Vorschriften (§ 40 BGB) gestrichen hat. In den Protokollen heißt es dazu:

„Die Mehrheit erklärte sich damit einverstanden, dass der § 31 Abs. 3 (= § 34 BGB) nicht zitiert werden sollte, weil die in ihm gegebene Vorschrift ihrer Natur nach zwingendes Recht enthalte.“<sup>66</sup>

Mit Recht hat *Flume* daraus geschlossen, man dürfe im Rahmen des § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG nicht anders entscheiden, weil es um dieselbe Problematik gehe.<sup>67</sup> Der elementare Unterschied zu § 181 BGB besteht bei den Stimmverboten darin, dass der Geschäftsherr seinem Stellvertreter die Befugnis zum Selbstkontrahieren jederzeit wieder nehmen kann, während die statutarische Ermächtigung, in Fällen des gesetzlichen Stimmverbots mitstimmen zu dürfen, auf eine unwiderrufliche und unbegrenzte Ermächtigung hinausläuft, die § 181 BGB jedenfalls nicht kennt.<sup>68</sup> Bejaht man sie unter Hinweis auf die Disponibilität des § 181 BGB,<sup>69</sup> hilft nur noch die Einzelfallprüfung, ob der vom Stimmverbot Befreite missbräuchlich abgestimmt hat.<sup>70</sup>

Die besseren Argumente sprechen für die Erwägungen der Zweiten Kommission, dass die Stimmverbote im Gesellschaftsrecht generell nicht disponibel sind.

## V. Ergebnisse

1. Die Stimmverbote des § 47 Abs. 4 GmbHG beruhen auf dem Rechtsgedanken des § 181 BGB, es soll verhindert werden, dass der Betroffene in formalrechtlicher Hinsicht auf beiden Seiten des Rechtsakts steht, mag es sich um ein Rechtsgeschäft oder eine rechtsgeschäftsähnliche Maßnahme handeln. Dafür genügt es nicht, dass der Gesellschafter besondere Individualinteressen daran haben mag.

2. Sozialakte sind, dies ergibt die historische Auslegung, von vornherein nicht vom Stimmverbot erfasst, auch dann nicht, wenn sie Rechtsgeschäfte betreffen. Der Sozialakt der Entziehung einer Rechtsstellung aus wichtigem Grund wiederum hat mit dem Stimmverbot gar nichts zu tun, weil darüber immer nur die anderen Gesellschafter entscheiden (arg. § 712 BGB).

<sup>66</sup> Prot. VI S. 115.

<sup>67</sup> *Flume* BGB AT I/2, o. Fn. 34, S. 225 f.

<sup>68</sup> Treffend *Flume*, o. Fn. 67.

<sup>69</sup> So konsequent *Hachenburg*, o. Fn. 21, § 47 Anm. 26.

<sup>70</sup> *Hachenburg*, o. Fn. 21, § 47 Anm. 26.

3. Der Aspekt des „Interessenkonflikts“ oder des „Richtens in eigener Sache“ hilft gerade in Grenzfällen nicht weiter, sondern verwischt die präzise Entscheidung für oder gegen das Stimmverbot. Der Gesetzgeber des § 34 BGB hat treffend erkannt, dass es dabei nur um die Übertragung des in § 181 BGB niedergelegten Gedankens in die Entscheidung der Gesellschafterversammlung geht, wenn ein Gesellschafter auf beiden Seiten des Rechtsakts betroffen ist. Mit Recht hat der Gesetzgeber des § 34 BGB auch entschieden, dass das Stimmverbot nicht zur Disposition stehen sollte, anders als das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB).



# Der Bergmann-Senat

Revisionsrechtsprechung im Gesellschaftsrecht  
am Anfang des 21. Jahrhunderts

GREGOR BACHMANN

## I. Einführung

Von Ende 2010 bis Anfang 2017 stand *Alfred Bergmann* an der Spitze des II., für das Gesellschaftsrecht zuständigen Zivilsenats des BGH. Damit trat er kein einfaches Erbe an. Der Senat ist bekannt für selbstbewusste, bisweilen kühne Rechtsfortbildung, die wiederholt Kontroversen und Kehrtwenden auslöste.<sup>1</sup> Ihm standen durchweg Persönlichkeiten vor, die der Senatsrechtsprechung in unterschiedlicher Weise ihren Stempel aufgeprägt hatten. Neben nachgerade legendären Figuren wie *Robert Fischer* und *Walter Stimpel* galt dies auch für *Bergmanns* unmittelbare Vorgänger, *Volker Röhrich* und *Wulf Goette*.<sup>2</sup>

Ziel dieses Beitrages ist es nicht, den Jubilar als Person zu würdigen – dies ist bereits im Vorwort dieser Festschrift geschehen –, sondern das für die Rechtsprechung des *Bergmann*-Senats Prägende herauszustellen. Dabei geht es nicht darum, in Detektivarbeit den individuellen Einfluss des Vorsitzenden (oder anderer Senatsmitglieder) auf konkrete Urteile zu ermitteln.<sup>3</sup> Ein solcher Ansatz stieße auf beachtliche Hürden, weil das Beratungsgeheimnis keinen Blick hinter den Schleier zulässt und Individualpublikationen, aus denen sich auf einen möglichen Einfluss einzelner Senatsmitglieder rückschließen ließe,<sup>4</sup> hier nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen.

Anliegen des Beitrags ist es ebenfalls nicht, die Senatsrechtsprechung in der fraglichen Periode im Detail nachzuzeichnen. Noch weniger geht es darum, Anekdotisches über den Senat oder seine Mitglieder zum Besten zu

<sup>1</sup> Umfassend zur Rechtsfortbildung des Senats und ihren Ursachen *Mülbart* AcP 214 (2014), 188–300.

<sup>2</sup> Zum Einfluss der jeweiligen Senatsvorsitzenden *Ch. Weiß* Der Richter hinter dem Recht – Kontinuität und Brüche in der Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht mit Blick auf die Besetzung des II. Zivilsenats, 2014, S. 486–507.

<sup>3</sup> Diesen Versuch unternimmt die Dissertation von *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 345 ff.

<sup>4</sup> So das methodische Vorgehen bei *Ch. Weiß* (Fn. 2); *ders.* Jb JZivRWiss. 2014, S. 239–273.

geben.<sup>5</sup> Die Fragestellung lautet vielmehr, ob man der Rechtsprechung des *Bergmann*-Senats eine *methodologische* oder, im weiteren Sinne, „politische“ Grundlinie zuschreiben kann, die sich über die Einzelheiten der jeweils entschiedenen Fälle hinaus als Bogen über die Ära spannt und die sich als Charakteristikum des *Bergmann*-Senats bezeichnen lässt.

Als Ausgangspunkt und zugleich als Arbeitshypothese soll dabei die von einem Beobachter geäußerte Einschätzung dienen, dass sich der II. Zivilsenat unter dem Vorsitz *Bergmanns* „mehr judicial self-restraint“ als unter seinen Vorgängern auferlegt habe.<sup>6</sup> Ausführlicher und stärker auf die Person bezogen liest sich das andernorts so:

„Bergmann [wirkt] zurückhaltend, wohl überlegend und abwägend. Dementsprechend sucht er nicht die Rechtsfortbildung, wo diese seiner Meinung nach nicht unbedingt erforderlich ist, sondern orientiert die Rechtsprechung sehr nahe am Gesetzeswortlaut und den Äußerungen in den Gesetzesmaterialien. Dies erklärt die [...] Rechtsprechung unter Bergmann sehr treffend [...]“<sup>7</sup>

Diese Einschätzung, die von Kennern der Szene geteilt wird<sup>8</sup> und die auch dem Selbstverständnis des Jubilars entsprechen dürfte,<sup>9</sup> soll im Folgenden durch den Abgleich markanter Urteile der *Bergmann*-Ära erhärtet werden. Zuvor sind einige Worte zum Senat, seiner Aufgabe und seinem Vorsitzenden am Platz.

## II. Der Senat und sein Vorsitzender

### 1. Das Personal des *Bergmann*-Senats

Als *Bergmann* am 17.11.2010 den Senatsvorsitz übernahm, fand er dort mit *Lutz Strohn* und *Gabriele Caliebe* einen Kollegen und eine Kollegin vor, die noch unter seinem Vor-Vorgänger *Röhrich* in den Senat gelangt waren. Zu diesen hatten sich während des Vorsitzes seines Vorgängers *Goette* (ab 1.6.2005) die Bundesrichterin *Angelika Reichart* (ab 2005) sowie die Bundesrichter *Ingo Drescher* (2007) und *Manfred Born* (2010) gesellt, zu denen – praktisch zeitgleich mit *Bergmann* – dann noch *Thomas Sunder* (2010)

<sup>5</sup> Zum wissenschaftlich anspruchsvolleren Unterfangen, die vom Senat entschiedenen Fälle in einen narrativen Kontext einzubinden s. *Fleischer NZG* 2018, 241.

<sup>6</sup> *U. Seibert AG* 2015, 593, 594.

<sup>7</sup> *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 507.

<sup>8</sup> Vgl. *Hommelhoff* (zitiert nach *B. Schneider VGR* 19 (2014), S. 17, 21 (Diskussionsbericht)); nuancierter *Thiessen Rg* 25 (2017), 46, 65, mit dem Hinweis, dass auch der *Bergmann*-Senat rechtsfortbildend aktiv geworden sei, „wobei hier wenigstens teilweise die Handschrift von Bergmanns Nachfolger Ingo Drescher zu spüren sein dürfte“.

<sup>9</sup> Vgl. die Äußerung *Bergmanns* auf der VGR-Tagung 2013: Der Senat respektiere in seinen Entscheidungen die Zuständigkeiten des Gesetzgebers und sehe sich nicht dazu legitimiert, Legislativaufgaben zu übernehmen (zitiert nach *B. Schneider* (Fn. 8), S. 17, 21).

stieß.<sup>10</sup> Dieses Sechsergespann bildete, zusammen mit seinem Vorsitzenden, das Personal des *Bergmann*-Senats.<sup>11</sup> Unter ihnen waren es vor allem *Strohn* und *Drescher*, die sich – als Berichterstatter und publizistisch – dem Kapitalgesellschaftsrecht widmeten.

## 2. Die Aufgabe des Revisionsrichters

Über die Rolle des Revisionsgerichts im Allgemeinen und diejenige des Bundesgerichtshofs im Besonderen ist viel geschrieben worden. Für die Tradition des II. Zivilsenats bedeutsam sind die Ausführungen, die der ehemalige Senatsvorsitzende und spätere BGH-Präsident *Robert Fischer* dazu gemacht hat. Nach *Fischer* muss die Rechtsprechung des BGH einen „konservativen Grundzug“ aufweisen und sich davor hüten, durch einfallsreiche Originalität zu glänzen.<sup>12</sup> Gefordert seien Praktikabilität sowie „Behutsamkeit und Zurückhaltung“, indem sich das Gericht „auf den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt beschränkt und davon absieht, durch rechtstheoretische Ausführungen über den so gesteckten Rahmen hinauszugreifen“.<sup>13</sup> *Fischer* begründet dieses Mäßigungsgebot mit den begrenzten Erkenntnismöglichkeiten des Revisionsrichters, in denen er zugleich den wesentlichen Strukturunterschied zum Gesetzgeber sieht.<sup>14</sup> Insbesondere wenn es rechtliches Neuland betrete, tue das Revisionsgericht gut daran, sich auf die Entscheidung des Einzelfalls zu begrenzen und von systematisierenden Ausführungen Abstand zu nehmen.<sup>15</sup> Ließen sich Folgen und Tragweite der Rechtsprechung irgendwann verlässlich abschätzen, sei der Revisionsrichter allerdings gehalten, die schrittweise Entwicklung zu einem Abschluss zu bringen.<sup>16</sup> Der Blick auf den Einzelfall dürfe ihm dann nicht den Mut zur gebotenen Rechtsfortbildung nehmen.<sup>17</sup> Dass der Schritt über das Gesetz hinaus stets

<sup>10</sup> Die zeitweilig ebenfalls dem Senat angehörenden Richter *Löffler* und *Bender* waren noch vor dem Amtsantritt *Bergmanns* ausgeschieden. Bundesrichter *Nedden-Boeger* gehörte dem Senat wenige Wochen unter dem Vorsitz von *Bergmann* an (31.1.–6.3.2011). Er war für die temporär in den III. Senat versetzte Richterin *Caliebe* eingesprungen.

<sup>11</sup> Erst unter *Bergmann* und nachdem dieser den Vorsitz praktisch schon aufgegeben hatte wechselten in den Senat die Richter *Wöstmann* (2016) und *Bernau* (2017) und die Richterin *Grüneberg* (ab 2017). Nach *Bergmanns* Ausscheiden trat dann noch Bundesrichter *Sander* hinzu; *Strohn*, *Caliebe* und *Reichart* verließen den Senat, *Drescher* übernahm den Vorsitz.

<sup>12</sup> *R. Fischer* Gesammelte Schriften (Hrsg. Lutter u.a.), 1985, S. 3.

<sup>13</sup> *R. Fischer* (Fn. 12), S. 3; s. auch S. 32 und S. 85: Zurückhaltung statt „glanzvoller Darbietung wissenschaftlicher Lehrmeinungen“ und S. 4: „Der Revisionsrichter ist kein Wissenschaftler“.

<sup>14</sup> Vgl. *R. Fischer* (Fn. 12), S. 60 ff., 67 f.

<sup>15</sup> *R. Fischer* (Fn. 12), S. 25, 35.

<sup>16</sup> *R. Fischer* (Fn. 12), S. 25, 36.

<sup>17</sup> *R. Fischer* (Fn. 12), S. 68.

mit einem Wagnis verbunden ist, betont *Fischer* ausdrücklich.<sup>18</sup> Dass der Weg zwischen strenger Gesetzesbindung und mutiger Rechtsfortbildung bisweilen einer Gratwanderung gleichkommt, haben später andere hervorgehoben.<sup>19</sup> Den Kurs dafür muss jeder Senat neu für sich bestimmen.

### 3. Die Stellung des Vorsitzenden

Fragt man (ehemalige) Senatsvorsitzende nach ihrer Rolle, erhält man in der Regel die bescheidene Antwort, dass sie lediglich „primus inter pares“ (gewesen) seien. In der Tat verfügt der Senatsvorsitzende, wie jedes andere Senatsmitglied, nur über eine Stimme, die er zudem erst dann abgeben darf, wenn alle anderen votiert haben (vgl. § 197 Satz 4 GVG). Auch die Besetzung der sog. Sitzgruppen innerhalb des Senats erfolgt nicht (mehr) durch den Vorsitzenden, sondern durch Senatsbeschluss (§ 21g GVG).<sup>20</sup> Zwar bestimmt der Vorsitzende die jeweiligen Berichterstatter, doch entscheidet auf Widerspruch eines Mitglieds auch hierüber das Gremium gemeinsam.<sup>21</sup>

Ungeachtet dieses Kollegialitätsprinzips gilt, dass der Senatsvorsitzende – nicht unähnlich dem Vorstandsvorsitzenden einer AG – innerhalb des Gremiums eine herausragende Stellung einnimmt, die ihn, je nach Führungsstil und persönlicher Autorität, dazu befähigt, die Richtung des Senats zu steuern.<sup>22</sup> Dazu trägt der Umstand bei, dass er allen Sitzgruppen angehört und neben dem Berichterstatter derjenige ist, der mit den Akten am besten vertraut ist. Der Vorsitzende leitet nicht nur die mündliche Verhandlung, sondern auch die senatsinternen Beratungen, verfügt i.d.R. über mehr Erfahrung als die Kollegen und genießt als Repräsentant des Senats ein besonderes Prestige nach außen. Dass er es ist, der faktisch die anderen Senatsmitglieder beurteilt, dürfte seiner Rolle ebenfalls nicht abträglich sein.

### 4. Die Vorgänger: Der Röhricht-Senat und der Goette-Senat

Wie stark der Vorsitzende den Senat tatsächlich beeinflusst, hängt maßgeblich von seiner Persönlichkeit (und derjenigen der Beisitzer) ab. Während *Robert Fischer* eine nahezu erdrückende Autorität zugeschrieben

<sup>18</sup> *R. Fischer* (Fn. 12), S. 35 f.

<sup>19</sup> *S. Goette* in Müller-Graff/H. Roth (Hrsg.), *Die Praxis des Richterberufs*, 2000, S. 17, 28.

<sup>20</sup> Ausführlich zur Arbeitsweise der BGH-Zivilsenate (insbesondere des II. Zivilsenats) *Goette* (Fn. 19), S. 22 ff.

<sup>21</sup> *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 251 unter Hinweis auf die „senatsinternen Mitwirkungsgrundsätze“.

<sup>22</sup> *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 248 f.; s. auch *Goette* (Fn. 19), S. 28.

wurde,<sup>23</sup> lag es unter seinen Nachfolgern differenzierter. Lassen wir eine eingangs zitierte Stimme noch einmal sprechen, so sehen wir dem „vorsichtigen“ *Karlheinz Boujong* (1988–1996) den „pragmatischen“ *Volker Röbriecht* (1996–2005) und diesem den „eigensinnigen“ *Wulf Goette* (2005–2010) folgen.<sup>24</sup> Ob diese Kurzcharakterisierungen immer das Wesentliche treffen, soll hier nicht bewertet werden. Doch lohnt es sich, einen genaueren Blick auf die dem *Bergmann*-Senat vorausgehenden Senate und deren Vorsitzende zu werfen. Aus Raumgründen muss dieser Blick auf die unmittelbaren Vorgängersenate begrenzt bleiben, was sich auch dadurch rechtfertigt, dass sich aus diesen ein maßgeblicher Teil des Bergmann-Senats rekrutierte (s.o.).

#### a) Der *Röbriecht*-Senat

Mit *Volker Röbriecht* trat 1996 eine fachlich bewanderte, liberal gesinnte und international aufgeschlossene Persönlichkeit an die Senatsspitze.<sup>25</sup> Wie diese sich die „Leitlinien revisionsrichterlichen Judizierens“ vorstellte,<sup>26</sup> skizzierte sie in einer Rede anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde in Hamburg. Grundsätzlich für die Notwendigkeiten richterlicher Rechtsfortbildung empfänglich, betonte *Röbriecht* darin deren Vorzüge gegenüber dem „sehr viel langsameren und schwerfälligen Gesetzgebungsverfahren“.<sup>27</sup> Er warnte aber zugleich vor ihren Gefahren, weil der Revisionsrichter „nicht über die Möglichkeiten verfügt, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen, der sich durch rechtstatsächliche Erhebungen die Sachkenntnisse zu verschaffen vermag, die erforderlich sind, um einen einigermaßen verlässlichen Überblick über die denkbaren Folgen seines Handelns zu gewinnen“.<sup>28</sup> In bewusster Anlehnung an die *Maximen R. Fischers* hielt *Röbriecht* den Revisionsrichter daher zu „größter Zurückhaltung“ an, warb für knappe, streng auf den zu entscheidenden Fall konzentrierte Urteile sowie dafür, Freiräume privatautonomer Gestaltung nicht vorschnell „dichtzumachen“.<sup>29</sup> Im Übrigen gelte: „Höchstrichterliche Rechtsprechung spricht durch ihre Entscheidungen und sonst gar nicht“.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> Vgl. nur *Stimpel* ZHR 147 (1983), 277: „Er hatte eigentlich immer Recht“; s. auch *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 249 f.

<sup>24</sup> *U. Seibert* AG 2015, 593, 594.

<sup>25</sup> Zur näheren Charakterisierung s. das Vorwort von *Crezelius, Hirte* und *Vieweg* in FS *Röbriecht*, 2005, S. V. ff.

<sup>26</sup> So die Zwischenüberschrift bei *Röbriecht* ZGR 1999, 445, 453.

<sup>27</sup> *Röbriecht* ZGR 1999, 445, 455; auch schon *R. Fischer* (Fn. 12), S. 65 f., 69 f.

<sup>28</sup> *Röbriecht* ZGR 1999, 445, 457; auch schon *R. Fischer* (Fn. 12), S. 60 ff., 67 f.

<sup>29</sup> *Röbriecht* ZGR 1999, 445, 452, 456, 458.

<sup>30</sup> *Röbriecht* ZGR 1999, 445, 471.

Während sich *Röhrichts* freiheitlicher Ansatz in Urteilen seines Senats klar ausmachen lässt,<sup>31</sup> bewusst betriebene Deregulierung gar als Markenzeichen des (frühen) Senats gelten kann,<sup>32</sup> sieht es mit der Zurückhaltung bei der Rechtsfortbildung etwas anders aus. Zwar hat der Senat unter *Röhrichts* Führung „überkomplizierte“ Begründungsansätze aus Vorgängerzeiten zurückgeschnitten,<sup>33</sup> gleichzeitig aber eigene, mitunter gewagte Schritte zu neuem Richterrecht unternommen. Hervorstechend sind die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR (nebst Übernahme des OHG-Haftungsmodells),<sup>34</sup> die Ausformung ungeschriebener HV-Zuständigkeiten durch „offene“ Rechtsfortbildung<sup>35</sup> oder die Einführung eines „Pflichtangebots“ beim Delisting.<sup>36</sup> Insofern wird dem Senat ein „latenter Widerspruch“ zur methodologischen Grundposition seines Vorsitzenden attestiert.<sup>37</sup> In der ihm gewidmeten Festschrift heißt es prägnant, *Röhricht* verkörpere „mehr den deutlich einflussreicheren Richter des *common law* mit der ihm inhärenten Befugnis zur ‚Rechtsfortbildung‘ als den klassischen ‚Normanwender‘ kontinentaleuropäischer Prägung“.<sup>38</sup>

#### b) Der *Goette*-Senat

Diese Charakterisierung trifft auf *Wulf Goette* nicht zu. Mit ihm erhielt der Senat 2005 einen Vorsitzenden, der ihm bereits seit fast 15 Jahren angehörte und eine dementsprechende Erfahrung vorweisen konnte. Nicht weniger selbstbewusst als sein Vorgänger, hob auch er hervor, dass das

<sup>31</sup> Vgl. insbesondere die Zulassung der GmbH & Co. KGaA (BGH v. 24.2.1997 – II ZB 11/96 = BGHZ 134, 392) und die Liberalisierung des Bezugsrechtsausschlusses (BGH v. 23.6.1997 – II ZR 132/93 = BGHZ 136, 133), ferner die ausdrückliche Anerkennung unternehmerischen Ermessens im Aktienrecht (BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244).

<sup>32</sup> Betont *Röhricht* ZGR 1999, 445, 477 („Rodungsarbeiten im Regelungsdschungel“; „Rückbildung von Überregulierungen“).

<sup>33</sup> *Röhricht* ZGR 1999, 445, 477. Dies gilt vor allem für die Ersetzung des „qualifizierten faktischen Konzerns“ durch eine Durchgriffshaftung, s. BGH v. 24.6.2002 – II ZR 300/00 = BGHZ 151, 181 – KBV.

<sup>34</sup> BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 = BGHZ 146, 341 – Weißes Roß.

<sup>35</sup> BGH v. 26.4.2004 – II ZR 154/02 u. II ZR 155/02 = BGHZ 159, 30 – Gelatine I. Dazu *Mülbert* AcP 214 (2014), 188, 285: „Umschreibung für die Tätigkeit als Ersatzgesetzgeber“.

<sup>36</sup> BGH v. 25.11.2002 – II ZR 133/01 = BGHZ 153, 47 – Macrotron.

<sup>37</sup> So *Mülbert* AcP 214 (2014), 188, 286 m. Fn. 551. Der Widerspruch relativiert sich dadurch, dass *Röhricht* in dem erwähnten Grundsatzbeitrag (Fn. 26) nicht das Richterrecht an sich, sondern den richterrechtlichen Import wissenschaftlicher Modelle tadelt; s. auch dazu schon *R. Fischer* (Fn. 12).

<sup>38</sup> *Crezelius, Hirte und Vieweg* in FS *Röhricht*, 2005, S. VI: „Der Wille zum großen Wurf – und nicht formales Denken – hat sein Berufsverständnis geprägt, denn *Röhricht* hat sich immer auch als „Gestalter“ und nicht als reiner „Streit-Entscheider“ begriffen“. Bestätigend auf Grundlage einer Analyse der Rechtsprechung des *Röhricht*-Senats *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 500 ff.

Revisionsgericht „in erster Linie einen Einzelfall zu entscheiden hat“.<sup>39</sup> Im Unterschied zum durchaus anglophilen *Röbricht* zeigte sich *Goette* von den Vorzügen britischen oder amerikanischen Rechts und Richtertums allerdings weniger beeindruckt,<sup>40</sup> betonte vielmehr die Tugenden kontinentalen (Gesellschafts-)Rechtsdenkens – einschließlich des „bewährten Kapitalerhaltungssystems“<sup>41</sup> – ebenso wie den Gehorsam des Richters gegenüber dem Gesetz (auch gegenüber dem für korrekturbedürftig gehaltenen).<sup>42</sup> In alledem dürfte sich (auch) die unterschiedliche akademische Herkunft der beiden Richterpersönlichkeiten spiegeln.<sup>43</sup> Bei *Goette* erkennt man zudem ein starkes Hingezogensein zu Hörsaal<sup>44</sup> und Wissenschaft<sup>45</sup> und – mit diesem verbunden – eine Betonung des Systemgedankens, d.h. der Notwendigkeit, für das vom (Revisions-)Richter gefundene Ergebnis eine „in die Gesamtrechtsordnung sich möglichst bruchlos einfügende Begründung“ zu geben.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> *Goette* RabelsZ 77 (2013), 309, 311 m. Fn. 5, mit der berechtigten Mahnung, abstrakte Aussagen in Urteilen nicht „wie Gesetzestexte, sondern immer vor dem Hintergrund des konkreten Falls“ zu lesen.

<sup>40</sup> Wie sich an verschiedenen Bemerkungen zeigt, s. z.B. *Goette* in Schröder (Hrsg.), Die Reform des GmbH-Rechts, 2009, S. 11, 13; *ders.* DStR 2005, 561; *ders.* in Handwerkskammer Düsseldorf (Hrsg.), Das Unternehmerbild in der sozialen Marktwirtschaft und die Managerhaftung (Röpke-Symposium), 2009, S. 177: „Vieles, was aus Amerika kommt, ist nicht so gut, wie es uns verkauft wird“ (betr. D&O-Versicherung und Stock Options).

<sup>41</sup> Siehe *Goette* RabelsZ 77 (2013), 309, 318 (und öfter). Prägende Grundsatzurteile des *Goette*-Senats betreffen denn auch die Kapitalaufbringung und -erhaltung, vgl. z.B. nur BGH v. 18.2.2008 – II ZR 132/06 = BGHZ 175, 265 (Rheinmöve); BGHZ 180, 38 (Qivive); BGHZ 184, 158 (Eurobike); nähere Analyse bei *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 503 ff.

<sup>42</sup> Vgl. *Goette* ZHR 162 (1998), 223, 229; *ders.* in Schröder (Fn. 39), S. 11, 17, 21, 23 (zum MoMiG). S. aber auch *Goette* ZGR 2008, 436, 448: Senat werde sich durch fehlerhaftes „wording“ einer Norm (hier: § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) nicht „in die Irre führen“ lassen. Zur dahinter liegenden Kontroverse um das „richtige“ Verständnis der Business Judgment Rule s. *Goette* RabelsZ 77 (2013), 309, 313 m. Fn. 9.

<sup>43</sup> *Röbricht* hatte seine Lehrjahre bei *Würdinger*, *Goette* die seinen bei *Flume* verbracht. Ein Kontrast der Schulen wäre reizvoll, sprengte aber den Rahmen dieses Beitrags, weshalb es bei der Andeutung bewenden muss.

<sup>44</sup> Dazu *Goette* RabelsZ 77 (2013), 309, 312 m. Fn. 8: „Die am Montag der Woche beratenen und verhandelten Sachen waren jeweils Gegenstand des Kolloquiums [scil. der Univ. Heidelberg] am darauffolgenden Mittwoch“. „Alles das, was ich in diesem Dialog [scil. in den Kolloquien der Univ. Heidelberg] gelernt und erfahren habe, ist regelmäßig noch bei der Absetzung der meist bereits im Tenor verkündeten Entscheidungen berücksichtigt worden.“

<sup>45</sup> Vgl. *Goette* RabelsZ 77 (2013), 309, 313: „Ich habe immer wieder [...] zum Telefonhörer gegriffen und mit befreundeten [...] Hochschullehrern Rechtsfragen sehr offen und vertrauensvoll diskutieren können“. Notorisch ist *Goettes* „schier unglaublich umfangreiche publizistische Tätigkeit“ (*Ch. Weiß* (Fn.2), S. 249).

<sup>46</sup> *Goette* RabelsZ 77 (2013), 309, 312, 320 (unter betonter Bezugnahme auf *Savigny*); s. auch *ders.* (Fn. 19), S. 29: „Einordnung [...] in die vorgegebene Ordnung, Vermeidung von Wertungswidersprüchen, Systembildung“ als „Eckpunkte höchstrichterlicher Rechtsprechung“; daneben aber auch: „Weiterentwicklung bei neuen Fragen und Korrektur bei Irrtümern“.

Systembindung und das Bemühen um dogmatische Stimmigkeit sind denn auch die Kennzeichen der Senatsrechtsprechung unter *Goette*. Wie die Vorgängersenate ist auch sein Senat rechtsfortbildend tätig geworden, allerdings mit weniger gestalterischem Impetus als dies teilweise unter den Vorgängern der Fall war. Echte richterrechtliche Paukenschläge finden sich in der *Goette*-Zeit nicht, der Senat ist vielmehr selbst dort, wo er Neuland betritt, um die Einpassung in das Vorgegebene bemüht. Keine Ausnahme bildet die wohl spektakulärste Entscheidung der Ära, das Trihotel-Urteil,<sup>47</sup> mit dem der Senat eine Kehrtwende in der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff vollzog. Das bisherige Modell einer eher frei geschaffenen richterrechtlichen Durchgriffshaftung wird verworfen, ohne dass der Senat zum komplexen Muster der Konzernanalogie („Autokran“ & Co.) zurückkehrt.<sup>48</sup> Vielmehr sucht er einen Weg, der einerseits die Verankerung im positiven Recht vorweisen kann (§ 826 BGB), sich andererseits in das Kapitalschutzmodell des GmbHG einfügt, indem er dieses um einen außerbilanziellen Vermögensschutz ergänzt.

### 5. *Bergmann als Senatsvorsitzender*

Von seinen Amtsvorgängern unterscheidet sich *Bergmann* biografisch dadurch, dass er kein Eigengewächs der Justiz ist, sondern erst nach Anwalts-tätigkeit auf der Richterbank Platz nahm. *Bergmann* kannte beim Amtsantritt also auch die „andere“ Seite. Vom Naturell zurückhaltender als seine Vorgänger,<sup>49</sup> hat er sich publizistisch – ganz im Sinne des *Röbricht*'schen Petitions – weniger exponiert als diese. Das macht es schwer, eine Verbindungslinie zwischen seinen Rechtsauffassungen und den Entscheidungen des Senats zu ziehen, was indes auch nicht das Anliegen dieses Beitrags ist. Sichtbar zu machen ist der methodologische Grundtenor der Rechtsprechung seines Senats, was nunmehr anhand ausgewählter Urteile geschehen soll.

## III. Zentrale Entscheidungen

### 1. *Die Auswahl*

Allein die in der amtlichen Sammlung (BGHZ) veröffentlichten Judikate, die im Zeitraum des *Bergmann*-Vorsitzes (17.11.2010 – 28.2.2017) ergangen sind, summieren sich auf die beachtliche Zahl von 50. Sie alle zu analysieren, würde eine monografische Ausarbeitung erfordern. Betrachtet werden kön-

<sup>47</sup> BGH v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 = BGHZ 173, 246.

<sup>48</sup> Zu den verschiedenen Durchgriffsmodellen näher *Bachmann* in GroßKomm-AktG, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 90, 102.

<sup>49</sup> Bestätigend *U. Seibert* AG 2015, 593, 594.

nen daher nur solche Entscheidungen, die zum Kapitalgesellschaftsrecht (im weiteren Sinne) ergangen sind, und die neben der Aufnahme in die amtliche Sammlung dadurch herausgehoben sind, dass sie von *Bergmann* selbst für die Vorstellung der Senatsrechtsprechung auf der alljährlichen VGR-Tagung ausgewählt wurden. Zieht man zudem eine gewisse Einarbeitungszeit ab und vernachlässigt die Zeit am Ende, während derer der Senat vom stellvertretenden Vorsitzenden geführt wurde, rechtfertigt sich eine Eingrenzung der Perspektive auf die Kernzeit des *Bergmann*-Vorsitzes von Ende 2011 bis Anfang 2016.

Aus der Fülle der danach immer noch verbleibenden Entscheidungen habe ich sechs herausgegriffen, die dadurch hervorstechen, dass der zugrundeliegende Sachverhalt in der ein oder anderen Weise rechtsfortbildendes Potenzial bot – sei es, dass der Senat zu neuer Rechtsfortbildung herausgefordert wurde, sei es, dass er sich mit der Frage der Fortschreibung oder Preisgabe überkommener Rechtsfortbildung konfrontiert sah. Wie zu sehen sein wird, ist der Senat dabei keiner mechanischen Maxime gefolgt, etwa dergestalt, dass Rechtsfortbildung tunlichst zu unterlassen oder hinter das Vorhandene nicht zurückzugehen sei. In ihrer Gesamtbetrachtung bestätigen die Entscheidungen gleichwohl die Arbeitshypothese eines zurückhaltend und bedächtig agierenden Spruchkörpers.

## 2. Ausgewählte Urteile

### a) Vergleich über Differenzhaftungsansprüche – BGHZ 191, 364 (2011)

Die erste hier herauszugreifende Entscheidung, das sog. Babcock-Urteil, demonstriert das pragmatische Bemühen um eine sach- und praxisgerechte Lösung bei gleichzeitiger Nahführung am Gesetz.<sup>50</sup> In dem Fall ging es u.a. um die Frage, ob sich Gesellschaft und Gesellschafter über Einlageansprüche – hier in Gestalt eines sog. Differenzhaftungsanspruchs – vergleichen können. Der Wortlaut der einschlägigen Norm (§ 66 AktG) verbietet die *Befreiung* von Einlageverpflichtungen, nicht jedoch den Vergleich darüber. Wie allgemein bekannt, können sich Vergleich und Befreiung in ihren Wirkungen jedoch entsprechen. Verschiedene Haftungstatbestände im AktG behandeln beide Tatbestände daher gleich, indem sie sowohl den Vergleich als auch den Verzicht nur unter erschwerten Bedingungen zulassen (vgl. §§ 50 Abs. 1, 93 Abs. 4 Satz 3, 117 Abs. 4 AktG). Der Senat war damit vor die Frage gestellt, diese (oder ähnliche) Schranken auch beim Vergleich über Einlageansprüche zur Anwendung zu bringen.

<sup>50</sup> BGH v. 6.12.2011 – II ZR 149/10 = BGHZ 191, 364; dazu u.a. *Verse* ZGR 2012, 875, 886: „pragmatische Haltung“; *Priester* AG 2012, 525; *Wieneke* NZG 2012, 136 ff.

Der Senat geht diesen rechtsfortbildenden Weg nicht, sondern bleibt bei einem wortgetreuen Verständnis, lässt dem Vorstand beim Vergleichsabschluss also weitgehend freie Hand. Er begründet dies u.a. mit der praktischen Überlegung, der Vorstand solle nicht gezwungen werden, trotz zweifelhafter Erfolgsaussichten unsichere Einlageleistungen einzuklagen.<sup>51</sup> Der Senat lehnt es auch ab, den Vergleichsabschluss an die Zustimmung der Hauptversammlung zu koppeln. Eine Analogie zu geschriebenen HV-Zuständigkeiten komme mangels Erfüllung der Analogievoraussetzungen nicht in Betracht,<sup>52</sup> und eine (neue) „ungeschriebene“ Hauptversammlungskompetenz, wie sie frühere Senate verschiedentlich postuliert hatten, will der *Bergmann*-Senat nicht begründen.<sup>53</sup> Die dem Vorstand mit dieser Begründung bescherte Freiheit überzeugt zwar nicht alle Kommentatoren,<sup>54</sup> doch stößt das Ergebnis weithin auf Zustimmung, wobei man notiert, dass es auch „von dem praktischen Gesichtspunkt geleitet gewesen sein dürfte, die umständliche, zeitraubende und missbrauchsanfällige Einbeziehung der Hauptversammlung zu vermeiden“.<sup>55</sup>

b) Gesellschafterausschluss und Abfindung – BGHZ 192, 236 (2012)

Rechtsfortbildenden Charakter trägt dagegen die Entscheidung des Senats zum Wirksamwerden der Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils aus wichtigem Grund. Die Frage lautete, ob die Einziehung schon mit dem Einziehungsbeschluss wirksam wird, oder ob sie unter der aufschiebenden Bedingung der erfolgten Abfindungsleistung steht (sog. Bedingungslösung). In früherer Rechtsprechung hatte sich der Senat zum Parallelfall der Ausschließung aus wichtigem Grund für die Bedingungslösung ausgesprochen.<sup>56</sup> Für den hier zu beurteilenden Fall der satzungsmäßig vorgesehenen Ausschließung wendet sich der Senat nunmehr davon ab und erklärt den Einziehungsbeschluss für sofort wirksam.<sup>57</sup> Zur Sicherung des Abfindungsanspruchs des ausgeschlossenen Gesellschafters statuiert er eine anteilige Haftung der verbleibenden Gesellschafter.<sup>58</sup>

<sup>51</sup> BGHZ 191, 364, 374.

<sup>52</sup> BGHZ 191, 364, 375.

<sup>53</sup> Vgl. BGHZ 191, 364, 376 (unter Hinweis auf BGHZ 159, 30, 44 – Gelatine I).

<sup>54</sup> Kritisch etwa *Fleischer AG* 2015, 133, 142: „nicht unproblematisch“, weil „zu einer oberflächlichen Vergleichsvorbereitung [...] zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger“ einland; *Cahn* in Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 66 Rn. 16.

<sup>55</sup> *Fleischer AG* 2015, 133, 142; s. auch *Weng* DStR 2012, 862, 864.

<sup>56</sup> Grundsätzlich BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/ 52 = BGHZ 9, 157, 168. Zu Hintergrund und Vorgeschichte dieses Falls s. *Thiessen* in *Fleischer/Kalss/Vogt* (Hrsg.), *Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschafts- und Kapitalmarktsrechts-Geschichten*, 2016, S. 203, 206 ff.; zur nachfolgenden Rechtsprechung *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 232 ff.

<sup>57</sup> BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11 = BGHZ 192, 236, 240 und Leitsatz 1.

<sup>58</sup> BGHZ 192, 236, 243 mit Leitsatz 2.

Ob die vom Senat gewählte Lösung in der Sache überzeugt, soll hier nicht diskutiert werden. Entscheidend ist, dass der über das Gesetz hinausgehende und die Leitlinie älterer Rechtsprechung umkehrende Schritt weniger spektakulär ist, als es den Anschein haben mag. Zum einen kam der Senat in der zu entscheidenden Frage um eine Rechtsfortbildung gar nicht herum. Denn auch die im Schrifttum mannigfach angebotenen Alternativlösungen, mit denen sich die Entscheidung auseinanderzusetzen hatte, mussten angesichts der lückenhaften Regelung in § 34 GmbHG zwangsläufig über das Gesetz hinausgehen. Zum anderen war der neue Weg nicht aus dem Nichts geboren, sondern bereits seit Jahren von Senatsmitgliedern vorgeprägt worden.<sup>59</sup> So hatte schon *R. Fischer* Zweifel an der Praktikabilität der Bedingungslösung geäußert<sup>60</sup> und *Röbricht* später einen Meinungsumschwung im Senat angedeutet,<sup>61</sup> der dann von *Goette* und *Strohn* literarisch vorbereitet wurde.<sup>62</sup>

Wie schon das Babcock-Urteil zeichnet sich auch dieses Urteil zudem durch eine pragmatische Note aus. Denn die Abkehr von der Bedingungslösung war vor allem dadurch motiviert, dass diese den Ausschluss des (im neuen Urteil ausdrücklich so genannten) „Störenfrieds“ erheblich erschwerte.<sup>63</sup> Und die als Preis dafür zu zahlende persönliche Gesellschafterhaftung entfernt sich nicht allzu weit vom Gesetz, trifft den (Mit-)Gesellschafter doch auch sonst bisweilen eine (Ausfall-)Haftung (vgl. nur §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG). Bemerkenswert ist schließlich, dass der Senat es in der Entscheidung bei der Lösung des konkreten Problems belässt und bewusst darauf verzichtet, ein darüber hinausreichendes System zu errichten, wie es etwa noch in BGHZ 9, 157 versucht worden war.<sup>64</sup> Folgefragen stellte man sich erst, als diese tatsächlich auftraten und dem Senat das zur sachgerechten Entscheidung nötige Anschauungsmaterial lieferten.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Eingehend *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 442 ff.

<sup>60</sup> Vgl. *R. Fischer* in FS W. Schmidt, 1959, S. 117, 127, 130 f., der allerdings noch eine Lösung durch den Gesetzgeber für erforderlich hielt.

<sup>61</sup> Vgl. *Röbricht* in Röhricht/Priester/Schmidt (Hrsg.), JbFStR 1997/98, S. 239, 272.

<sup>62</sup> Vgl. *Goette* in FS Lutter, 2000, S. 399, 400 ff. (und öfter); *Strohn* in MüKo-GmbHG, 1. Aufl. 2009, § 34 Rn. 72 ff.; s. auch *Strohn* DB 2012, 1193, 1197.

<sup>63</sup> Vgl. BGHZ 192, 236, 243.

<sup>64</sup> Kritisch und zugleich rechtfertigend *R. Fischer* (Fn. 12), S. 87.

<sup>65</sup> Vgl. aus der nachfolgenden Senatsrechtsprechung BGH v. 29.4.2014 – II ZR 216/13 = BGHZ 201, 65 (zum vertraglichen Abfindungsausschluss); BGH v. 2.12.2014 – II ZR 322/13 = BGHZ 203, 303 (zu den Auswirkungen der Einziehung auf das Nennkapital); BGH v. 10.5.2016 – II ZR 342/14 = BGHZ 210, 186 (zur Treuepflicht der Abfindungspflichtigen).

## c) Wirtschaftliche Neugründung – BGHZ 192, 341 (2012)

Schwieriges Terrain musste der Senat bei der Frage der Haftungsfolgen einer unterbliebenen Offenlegung der „wirtschaftlichen Neugründung“ betreten.<sup>66</sup> Die Rechtsfigur der „wirtschaftlichen Neugründung“, wonach die Aktivierung eines leeren GmbH-Mantels wie die Gründung einer neuen Gesellschaft zu behandeln ist, war von den Vorgängersenenaten rechtsfortbildend entwickelt worden und gehörte seither zum festen Repertoire der Senatsrechtsprechung. Formuliert vom *Boujong*-Senat,<sup>67</sup> war sie unter *Röbriht* ausgebaut<sup>68</sup> und bei *Goette* feingeschliffen worden.<sup>69</sup> Zum *Bergmann*-Senat gelangte die Frage, ob das Unterlassen der nach den Rechtsprechungsgrundsätzen analog § 8 Abs. 2 GmbHG erforderlichen Versicherung über die Unversehrtheit des Stammkapitals eine unbegrenzte Unterbilanzhaftung zur Folge hat. Nach der Logik der Gründungsanalogie wäre diese Frage zu bejahen gewesen.<sup>70</sup> Im Schrifttum wurde das Ergebnis aber als unverhältnismäßig empfunden und dem Senat daher eine zeitliche Haftungsbegrenzung anempfohlen, ohne dass recht klar wurde, wie diese dogmatisch zu begründen sei.<sup>71</sup> Allerdings hatten sich auch grundsätzliche Stimmen gemeldet, welche den Fall zum Anlass nahmen, die immer schon vorhandene Fundamentalkritik an der Rechtsfigur zu beleben, und die vom *Bergmann*-Senat nun eine Preisgabe der „wirtschaftlichen Neugründung“ forderten.<sup>72</sup>

In dieser Situation entschied sich der Senat, den pragmatischen Mittelweg zu beschreiten. Weder warf er die von den Vorgängersenenaten entwickelte Rechtsfigur über Bord, noch beschloss er, sie kompromisslos durchzuführen. Stattdessen kupierte er – wie es von der Praxis gefordert worden war – ihre Rechtsfolgen, indem er die Unterbilanzhaftung auf den Zeitpunkt begrenzte, in dem die wirtschaftliche Neugründung „erstmalig nach außen in Erscheinung tritt“.<sup>73</sup> In den Leitsätzen als „Klarstellung“ ausgeflaggt, wurde in den

<sup>66</sup> BGH v. 6.3.2012 – II ZR 56/10 = BGHZ 192, 341 mit Bspr. *Bachmann* NZG 2012, 579; offenlassend zuvor noch BGH ZIP 2011, 1761.

<sup>67</sup> BGH v. 16.3.1992 – II ZB 17/91 = BGHZ 117, 323, 330 ff.

<sup>68</sup> Vgl. BGH v. 9.12.2002 – II ZB 12/02 = BGHZ 153, 158 und BGH v. 7.7.2003 – II ZB 4/02 = BGHZ 155, 318 („Fortführung von BGHZ 153, 158“).

<sup>69</sup> Vgl. insbes. BGH v. 18.1.2010 – II ZR 61/09 = BGH DStR 2010, 763 (Sprachschule) m. Anm. *Goette*.

<sup>70</sup> Eingehend *Bachmann* NZG 2011, 441 ff. (unter Prüfung aller Einwände und mit Auswertung des umfangreichen Dissertationsschrifttums); ferner *Bayer* in FS *Goette* 2011, S. 15 ff.; *Krolop* ZIP 2011, 305 ff., *Hüffer* NJW 2011, 1772 ff.

<sup>71</sup> Vgl. etwa *Peetz* GmbH 2011, 178 ff.; *Kuleisa* DB 2011, 575 ff.; ferner DNNotI-Report 2011, 1, 5; die Parallele zur verdeckten Sacheinlage suchend *Habersack* AG 2010, 845 ff.

<sup>72</sup> Insbes. *K. Schmidt* ZIP 2010, 857 ff.; weitere Nachweise bei *Bachmann* NZG 2011, 441, 445 (m. Fn. 82); ablehnend auch *Mülbert* AcP 214 (2014), 188, 257: „ohne Rechtsnot erfolgte besonders freie Rechtschöpfung“.

<sup>73</sup> BGHZ 192, 341 (Leitsatz a).

Gründen eingeräumt, dass damit an der streng am Gründungsrecht orientierten Linie der vorangegangenen Entscheidungen „nicht festgehalten“ werde.<sup>74</sup>

Dogmatisch lässt das Urteil ein Fragezeichen stehen. Zu der ausdrücklich beibehaltenen Analogie zu den Gründungsvorschriften passt es m.E. nicht, wenn gleichzeitig betont wird, dass die wirtschaftliche Neugründung mit der rechtlichen Gründung *nicht* gleichgesetzt werden kann.<sup>75</sup> Denn: Fehlt es an der Vergleichbarkeit (wofür sich durchaus manches vortragen lässt<sup>76</sup>), muss die Analogie insgesamt scheitern; sind die Fälle aber doch vergleichbar, hat man ihre Rechtsfolgen zu akzeptieren.<sup>77</sup> Mit seinem Modell einer Teilanalogie mit begrenzten Rechtsfolgen hat der Senat die „wirtschaftliche Neugründung“ von der hergebrachten Begründung gelöst und sie zu einem besonderen Kapitalschutzmodell für die Mantelbelebung umgeformt.<sup>78</sup> Ins Bild des *Bergmann*-Senats passt das Urteil gleichwohl, denn es stößt weder um, noch erfindet es neu, sondern führt ein im Kern als gesetzeskonform angesehenes Modell einer sachgerechten Lösung im Einzelfall zu. Als Fortentwicklung, nicht als Änderung der Rechtsprechung ist das Urteil denn auch von den Senatsmitgliedern verstanden worden.<sup>79</sup>

#### d) Insolvenzauslösende Zahlung (§ 64 S. 3 GmbHG) – BGHZ 195, 42 (2012)

Auf den ersten Blick eine schlichte Auslegungsfrage zu beantworten galt es in der Entscheidung zu § 64 Satz 3 GmbHG.<sup>80</sup> Nach der Norm haftet der Geschäftsführer für insolvenzauslösende Zahlungen, die er an Gesellschafter geleistet hat. Bei genauem Hinsehen barg indes auch dieser Fall rechtsfortbildendes Potenzial. Der mit dem MoMiG eingeführte Haftungstatbestand soll das traditionelle bilanzielle Schutzkonzept der §§ 30 ff. GmbH durch Elemente eines Solvenztests ergänzen.<sup>81</sup> Allerdings war schon bald nach Verabschiedung der Norm klar geworden, dass sie den ihr zgedachten Zweck kaum erfüllen konnte, denn bezieht man Gesellschafterforderungen in die Liquiditätsbilanz ein, bleibt ihr Anwendungsbereich verschwindend gering; klammert man sie dagegen aus, droht ein Wiederaufleben der alten Recht-

<sup>74</sup> BGHZ 192, 341, 349.

<sup>75</sup> BGHZ 192, 341, 350; fehlgehend insofern die den „Fundamentalunterschied“ zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Neugründung betonenden Stimmen im Schrifttum, s. *Herresthal/Servatius* ZIP 2012, 197 ff.; *Adolff* VGR 17 (2012), S. 49, 84 ff.

<sup>76</sup> Eingehend und mit umf. Nachw. *Bachmann* NZG 2011, 441, 443 f.

<sup>77</sup> Vgl. *Bachmann* NZG 2011, 441, 445: „teleologisch folgerichtig, ja zwingend“.

<sup>78</sup> Vgl. *Bachmann* NZG 2012, 579, 580 f.; s. auch *Ulmer* ZIP 2012, 1265, 1268, 1272, der dem Ergebnis „bei wertender Betrachtung und unter Berücksichtigung weiterreichender außerordentlicher Haftungsgründe des GmbH-Rechts“ folgen will.

<sup>79</sup> *Cb. Weiß* (Fn. 2), S. 371 (m. Fn. 2939), unter Hinweis auf persönliche Gespräche mit Senatsmitgliedern.

<sup>80</sup> BGH v. 9.10.2012 – II ZR 298/11 = BGHZ 195, 42.

<sup>81</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 46 und dazu nur *Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2013, § 64 Rn. 85.

sprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz, die der Gesetzgeber des MoMiG gerade beseitigen wollte.<sup>82</sup> Der Senat stand damit vor der schwierigen Frage, ob er den Motiven des Gesetzgebers gegen den Wortlaut der Norm und unter Inkaufnahme von Systembrüchen zum Durchbruch verhelfen sollte. Dazu hätte er auf im Schrifttum angebotene Umdeutungen zurückgreifen können, die freilich einen richterrechtlichen Kraftakt erfordert hätten.

Der Senat ging diesen Weg nicht, sondern beließ es bei der wort- und systemkonformen (engen) Interpretation.<sup>83</sup> Dem naheliegenden Einwand, dass die Vorschrift bei dieser Auslegung zur Bedeutungslosigkeit verdammt sei, begegnete er mit dem Bemühen, zumindest begrenzte Anwendungsfälle ausfindig zu machen.<sup>84</sup> Weitergehende Schützenhilfe, die der Norm eine echte Liquiditätsschutzfunktion beschert hätte, versagte er dem Gesetzgeber. Darin kommt ein Verständnis der Gewaltenteilung zum Ausdruck, dass sich in gleicher Weise im viel diskutierten Frosta-Beschluss manifestierte (dazu unten, IV.). Im vorliegenden Fall dürfte dieses Vorgehen jedenfalls dadurch mit-motiviert gewesen sein, dass derselbe Gesetzgeber, der für § 64 Satz 3 GmbHG verantwortlich zeichnete, dem Senat durch einen – von *Bergmanns* Amtsvorgänger nicht für möglich gehaltenen<sup>85</sup> – „Nichtanwendungsbefehl“ (§ 31 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) die Schranken richterlicher Gestaltungsmacht aufgezeigt hatte.

#### e) Organhaftung in der GmbH & Co. KG – BGHZ 197, 304 (2013)

Gelegenheit, das Recht der GmbH & Co. KG fortzuschreiben, bot sich dem Senat in einem 2013 zu entscheidenden Fall.<sup>86</sup> Ein altbekanntes Problem dieser Rechtsform besteht darin, dass zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der KG kein rechtliches Band besteht, weshalb dieser für Pflichtverletzungen eigentlich nur der GmbH, nicht aber der KG gegenüber verantwortlich ist. Rechtsprechung und h.L. überbrücken die Lücke seit langem, indem sie dem Anstellungsvertrag zwischen Geschäftsführer und GmbH Schutzwirkung zugunsten der KG zusprechen.<sup>87</sup> Im vorliegenden Fall wurde diese Konstruktion auf die Probe gestellt, denn zwischen GmbH und Geschäftsführer bestand (vermeintlich) kein Dienstvertrag. Der

<sup>82</sup> Vernichtende Kritik daher bei *Altmeyden* ZIP 2013, 801, 807: Norm sei „absurd“ und „perplex“.

<sup>83</sup> BGHZ 195, 42 Rn. 12 a.E.

<sup>84</sup> Vgl. BGHZ 195, 42, 47. Ob diese Fälle praktische Relevanz entfalten, ist allerdings zweifelhaft, verneinend *Altmeyden* ZIP 2013, 801, 809, 810.

<sup>85</sup> S. *Goette* ZHR 162 (1998), 223, 229: Der Gesetzgeber könne schlecht einen ‚Nichtanwendungserlass‘ verabschieden.

<sup>86</sup> BGH v. 18.6.2013 – II ZR 86/11 = BGHZ 197, 304 mit Bspr. *Bachmann* NZG 2013, 1121.

<sup>87</sup> Vgl. nur BGH v. 12.11.1979 – II ZR 174/77 = BGHZ 75, 321 = NJW 1980, 589; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, Anh. § 177a Rn. 28.

*Bergmann*-Senat überwand diese Hürde mit der Überlegung, dass auch die Organstellung als solche in der Lage sei, drittschützende Wirkung zu entfalten.<sup>88</sup> Das überzeugt, weil das Organverhältnis zwar ein gesetzlich ausgestaltetes, aber rechtsgeschäftlich begründetes Band darstellt.

Der Senat ging noch einen Schritt weiter, indem er für die Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch die KG auf einen Gesellschafterbeschluss auf GmbH-Ebene, wie ihn § 46 Nr. 8 GmbHG eigentlich verlangt, verzichtete.<sup>89</sup> Zudem könne der Geschäftsführer nicht nur durch einen Beschluss der GmbH-Gesellschafter, sondern auch durch einen solchen der Kommanditisten von der Haftung befreit werden.<sup>90</sup> Mit diesen klar rechtsfortbildenden Sätzen vervollständigte der Senat das Mosaik der GmbH & Co. KG zu dem einer einheitlichen Rechtsform, bei der es auf die unmittelbaren Beziehungen der Beteiligten zu „ihrer“ Gesellschaft nicht mehr ankommt.<sup>91</sup> Gleichwohl bleibt der Senat auch in diesem Urteil auf eingefahrenen Gleisen, indem er die Figur des drittschützenden Vertrages nicht vollständig verabschiedet. Erneut zeigt sich der Respekt sowohl vor überkommenen Rechtsfiguren als auch vor dem zu weitergehenden Schritten berufenen Gesetzgeber. Dessen Sache wäre es, die aus der Praxis geborene Notlösung der GmbH & Co. KG durch eine Einheitsform nach dem Vorbild der LLC zu ersetzen und weitere Rechtsfortbildung damit überflüssig zu machen.<sup>92</sup>

#### f) Bußgelderstattung – BGHZ 202, 26 (2015)

Dass praxisnahe Rechtsprechung nicht mit Großkanzleifreundlichkeit gleichgesetzt werden darf, illustrierte der Senat mit einem Urteil, dem von industrienaher Seite z.T. mit Unverständnis begegnet wurde. In der Entscheidung befanden die Richter, dass die Erstattung von Geldstrafen an ein Vorstandsmitglied grundsätzlich nur mit Zustimmung der Hauptversammlung zulässig sei.<sup>93</sup> Der Senat berief sich dazu auf die Wertung von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, wonach ein Verzicht der AG auf Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder der Billigung durch die Aktionäre bedarf, im Übrigen erst nach drei Jahren erfolgen kann.

<sup>88</sup> BGHZ 197, 304, 308, 309.

<sup>89</sup> BGHZ 197, 304, 310.

<sup>90</sup> BGHZ 197, 304, 315.

<sup>91</sup> Einen (nicht überzeugenden) Rückschritt stellt insofern die spätere Entscheidung des *Drescher*-Senats dar, wonach Kommanditisten den Direktanspruch gegen den Komplementärgeschäftsführer nicht direkt sollen einklagen dürfen, s. BGH v. 19.12.2017 – II ZR 255/16 = BGH ZIP 2018, 276.

<sup>92</sup> Für eine Personengesellschaft mit beschränkter Haftung *Henssler* in Verhandlungen des 71. DJT, 2016, Bd. II/1, O 55; zustimmend *Bachmann* in Verhandlungen des 71. DJT, 2016, Bd. II/2, O 161.

<sup>93</sup> BGH v. 8.7.2014 – II ZR 174/13 = BGHZ 202, 26; dazu und zum Folgenden *Bachmann* BB 2015, 771, 774 f.

Der *Bergmann*-Senat hat es sich mit der Entscheidung nicht leicht gemacht, wie die eingehende Begründung verdeutlicht.<sup>94</sup> Gleichwohl vermochte er nicht alle Leser zu überzeugen. Kritiker monierten, dass die Entscheidung die Erstattung von Geldauflagen erheblich erschwere, obwohl diese dem Unternehmenswohl dienlich sei. Die Gesellschaft habe regelmäßig ein Interesse daran, Ermittlungsverfahren schnell und geräuschlos zu beenden, wofür die Erstattungszusage förderlich und ein Hauptversammlungs-vorbehalt hinderlich sei.<sup>95</sup> Das alles wird vom Senat nicht in Abrede gestellt, der sich nicht generell gegen die Erstattungsfähigkeit von Geldbußen ausgesprochen hat (was denkbar gewesen wäre), sondern sich lediglich weigerte, die in § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG getroffene Wertentscheidung zu korrigieren. Erneut kommt darin ein Verständnis von Gewaltenteilung zum Ausdruck, das rechtspolitische Kritik – in diesem Fall an der Wertung von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG<sup>96</sup> – nicht überhört, aber an die dafür zuständige Instanz verweist.

Das Urteil steht auch nicht in Widerspruch zum oben geschilderten *Babcock*-Urteil, in dem die Analogie zu § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG abgelehnt worden war.<sup>97</sup> Denn im Unterschied zum dort behandelten Verhältnis zwischen Einleger und AG ist die Wertung des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG (= Vermeidung wechselseitiger Verschonung) bei der Erstattung von Geldauflagen zugunsten von Organmitgliedern unmittelbar einschlägig. Wenn der Senat im selben Urteil noch die zu diesem Zeitpunkt bereits umstrittene ARAG-Doktrin zitiert, wonach die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder die Regel sein soll,<sup>98</sup> sollte das nicht überbewertet werden, weil das Zitat lediglich einen Teil des argumentativen Unterbaus bildet. Dennoch zeigt das Urteil, dass der Senat die Grundfesten der überkommenen Senatsrechtsprechung wenn nicht bekräftigen, so doch jedenfalls auch nicht aufgeben will.

#### g) Zwischenfazit und weitere Entscheidungen

In der Gesamtsicht zeichnet sich damit eine Entscheidungslinie ab, die sich eng am Gesetz orientiert und nicht ohne Not zu neuer Rechtsfortbildung schreitet, dabei pragmatische Lösungen sucht, ohne Überkommenes von Bord zu werfen. Diese Linie ließe sich an weiteren Entscheidungen exemplifizieren, die hier nicht vertieft werden können, etwa dem *Fresenius*-Urteil,

<sup>94</sup> Lediglich die Parallele zu den „Herausforderungsfällen“ (BGHZ 202, 26, 31) überzeugt nicht.

<sup>95</sup> Eingehend *Maier-Reimer* EWiR 2014, 609 f.; ferner *Frombolzer* Börsen-Zeitung v. 20.9.2014, S. 13; *Ch. Krebs* FAZ v. 10.9.2014, S. 16; *Krieger* VGR 20 (2015), S. 13 (Diskussionsbeitrag).

<sup>96</sup> Zu möglichen Reformansätzen s. *Bachmann* Gutachten E zum 70. DJT, 2014, E 48 ff.

<sup>97</sup> S.o., III.2.a.

<sup>98</sup> BGHZ 202, 26, 32 unter Zitat von BGHZ 135, 244 – ARAG/Garmenbeck.

in dem die (praxisübliche) nachfolgende Genehmigung von Beraterverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern akzeptiert, vorzeitige Zahlungen aber – den Wertungen von § 113 f. AktG Gehör verschaffend – für pflichtwidrig erklärt wurden,<sup>99</sup> ferner das Urteil zur Zulässigkeit der (ebenfalls praxisüblichen) vorzeitigen Wiederbestellung von Vorstandsmitgliedern,<sup>100</sup> das Ision-Urteil, in dem strenge, aber gut nachvollziehbare Kriterien für den beachtlichen Rechtsirrtum formuliert werden,<sup>101</sup> und schließlich das Geltl-Urteil, in dem der Senat die Vorgaben des EuGH zum Insiderrecht getreulich ins deutsche Recht überträgt.<sup>102</sup>

#### IV. Insbesondere: Der Frosta-Beschluss (2013)

Eine abschließende Bewertung des *Bergmann*-Senats kann nicht erfolgen, ohne eine Entscheidung zu würdigen, die wie keine andere des Senats für Aufruhr gesorgt hat: Der Frosta-Beschluss zum sog. Delisting.<sup>103</sup> Obwohl nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen, wurde keine Entscheidung des *Bergmann*-Senats so intensiv diskutiert, keine so stark kritisiert, wie dieser Beschluss zu den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an den Börsenrückzug. Trotz des Aufruhrs, den sie erzeugte, wird die genauere Analyse der Entscheidung zeigen, dass sie keinen Ausreißer darstellt, sondern in besondere und wie ich meine überzeugender Weise eine Senatsphilosophie bestätigt, die die Aufgabenteilung zwischen Legislative und Judikative strenger versteht, als das bei manchem Vorgängersenat der Fall war.

##### 1. Der Beschluss und seine Schelte

In seinem Beschluss vom 8.10.2013 befand der Senat, dass der Widerruf der Zulassung von Aktien zum Handel im regulierten Markt weder eines Hauptversammlungsbeschlusses noch eines Pflichtangebots bedarf.<sup>104</sup> Damit wurde eine Doktrin aufgegeben, die der Senat selbst elf Jahre zuvor (unter dem Vor-

<sup>99</sup> BGH v. 10.7.2012 – II ZR 48/11 = BGHZ 194, 14.

<sup>100</sup> BGH v. 17.7.2012 – II ZR 55/11 = BGH NZG 2012, 1027.

<sup>101</sup> BGH v. 20.9.2011 – II ZR 234/09 = BGH ZIP 2011, 2097. Irritationen der Praxis rührten aus einer zu sehr den Buchstaben verhafteten Lektüre der Urteilsgründe, s. *Bachmann* WM 2015, 105, 109; klarstellend dann BGH v. 28.4.2015 – II ZR 63/14 = BGH NZG 2015, 792, 794 f.

<sup>102</sup> BGH v. 23.4.2013 – II ZB 7/09 = BGH NJW 2013, 2114. Korrekturen der EuGH-Aussagen hätten sich u.U. damit rechtfertigen lassen, dass diese (möglicherweise) auf Missverständnissen fußen, die allerdings nur im Zusammenhang mit dem Vorlageverfahren erkennbar werden und der herrschenden Lesart daher verborgen bleiben, s. dazu *Bachmann* DB 2012, 2206 ff.

<sup>103</sup> BGH v. 8.10.2013 – II ZB 26/12 = BGH NJW 2014, 146.

<sup>104</sup> BGH v. 8.10.2013 – II ZB 26/12 = BGH NJW 2014, 146, 147.

sitz von *Röbricht*) aus der Taufe gehoben hatte.<sup>105</sup> Während die Beratungspraxis die mit dem Beschluss gewonnene Entscheidungsfreiheit begrüßte, stieß er in der Rechtswissenschaft auf z.T. scharfe Kritik, die in dem Verdikt gipfelte, die Entscheidung sei ein „Unglück“.<sup>106</sup>

Die verbale Ohrfeige, die Jahre zuvor (in anderem Zusammenhang) den damaligen Senatsvorsitzenden *Röbricht* getroffen hatte,<sup>107</sup> wird *Bergmann* nicht unberührt gelassen haben. Sie wird allein deshalb fortgewirkt haben, weil sich der Vorwurf der Kritiker nicht darin erschöpfte, dass der Fall in der Sache falsch entschieden worden sei (mit solcher Art von Kritik müssen Revisionsrichter leben), sondern weitergehend lautete, dass die Richter ohne Not mit der rechtsfortbildenden Tradition des zweiten Zivilsenats gebrochen hätten.<sup>108</sup> Die spätere „Korrektur“ durch den Gesetzgeber, mit dem dieser den vor „Frosta“ bestehenden Rechtszustand (partiell) wiederherstellte, scheint diese Kritik zu bestätigen. Handelt es sich bei „Frosta“ also um einen krassen Fall missglückter „Rechtsrückbildung“,<sup>109</sup> der zugleich die These vom bedächtig vorgehenden *Bergmann*-Senat in Frage stellt?

Die Antwort lautet: In „Frosta“ geht es nur am Rande um aktienrechtliche Fragen, eigentlich behandelt der Beschluss ein *Methodenproblem*.<sup>110</sup> Der Senat hatte nicht darüber zu befinden, ob die Zustimmung der Hauptversammlung und ein Abfindungsangebot beim Delisting rechtsethisch geboten oder rechtspolitisch sinnvoll sind, sondern ob es für beides eine *hinreichende Grundlage im geltenden Recht* gibt. Diese Frage hat er verneint und den Ball damit dorthin gespielt, wo er hingehört und wo er dann auch prompt aufgegriffen wurde: in das Feld des Gesetzgebers.

## 2. „Frosta“ als (überzeugende) Methodenentscheidung

### a) Anlegerschutz: ja, aber wie?

Es ist unbestritten, dass (Klein-)Anleger jedenfalls beim völligen Rückzug der Gesellschaft von der Börse schutzbedürftig sind. Diese Einsicht hat der

<sup>105</sup> Vgl. BGHZ 153, 47 – Macrotron.

<sup>106</sup> *Habersack* JZ 2014, 147, 148 (unter Zitat von *Lutter* JZ 2000, 50); beipflichtend *Bayer* ZIP 2015, 853, 856, der die Entscheidung selbst „betrübtlich“ nennt (*Bayer* ZfPW 2015, 163, 225); zustimmend dagegen *Thomale* DStR 2013, 2529; *Bachmann* in *Großkomm-AktG* (Fn. 47), § 3 Rn. 50; wohlwollend auch *Mülbert* AcP 214 (2014), 188, 217 („präzise Argumentation“); „konsequent“ findet *K. Schmidt* JuS 2014, 174, 176 die Entscheidung.

<sup>107</sup> Vgl. *Lutter* JZ 2000, 50 und dazu *Röbricht* ZGR 1999, 445, 471: „So sollten wir nicht miteinander umgehen“.

<sup>108</sup> Vgl. *Bayer* ZfPW 2015, 163, 208.

<sup>109</sup> Vokabel nach *H.-P. Westermann*, der zwischen geglückter und missglückter Rechtsrückbildung unterscheidet, s. *Westermann* NJW 1997, 1 ff.; *ders.* in *FS Zöllner*, 1998, S. 607 ff.; vertiefend *Frank Weber* Anlässe und Methoden der Rechtsrückbildung im Gesellschaftsrecht, 2003.

<sup>110</sup> So auch schon *Auer* JZ 2015, 71.

Senat in „Frosta“ nicht in Abrede gestellt. Er hat vielmehr gesehen, dass der Gesetzgeber das Problem in § 39 BörsG a.F. ausdrücklich adressierte, indem er den Börsenrückzug gerade nicht voraussetzungslos zuließ, sondern unter die ausdrückliche Bedingung stellte, dass der Widerruf der Zulassung nicht dem Schutz der Anleger widerspricht. Die Ausgestaltung dieses Schutzes blieb den Börsenordnungen überlassen, denen nach ökonomischer Logik nicht unterstellt werden kann, ausschließlich den Interessen von Großaktionären verpflichtet zu sein.<sup>111</sup>

Die sach- und ortsnahen Börsenaufsichtsbehörden besaßen zudem die Möglichkeit, die Auslegung von § 39 Abs. 2 BörsG a.F. durch Verwaltungserrlässe u.ä. zu konkretisieren. Wer sich als Anleger dadurch nicht hinreichend geschützt sah, konnte den Verwaltungsrechtsweg beschreiten, der nach Aussage des dazu befragten 8. Senats des BVerwG effektiven Rechtsschutz verbürgte.<sup>112</sup> Anlass, offen an den Aussagen der Leipziger Kollegen zu zweifeln, hatte der II. Zivilsenat nicht, wobei nicht übersehen werden darf, dass die Okkupation öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten durch Zivilgerichte im Verwaltungsrecht argwöhnisch bäugt wird.<sup>113</sup> Der Revisionsrichter ist daher gut beraten, von lauter Kritik an anderen Senaten Abstand zu nehmen.<sup>114</sup> „Frosta“ darf so gesehen auch als Respekt vor dem Verwaltungsrecht gelesen werden.

Einen Grund, über den gesetzlichen Rahmen hinauszugehen, hätte es für den BGH gegeben, wenn der durch Börsen, BaFin und Verwaltungsgerichte gewährte Delisting-Schutz *offensichtlich* nicht ausreichend war. Aber das ließ sich, wie der Senat vorsichtig bemerkte, „nicht feststellen“.<sup>115</sup> Dazu bezog er sich auf die einzige damals greifbare Studie, die keine zwangsläufigen Kursverluste festgestellt hatte. Diese Studie war, wie später erkannt wurde, methodisch angreifbar.<sup>116</sup> Hätte der Senat sich deshalb über sie hinwegsetzen, sie gar durch eigene empirische Studien ersetzen müssen?

Man mag diese Frage bejahen. Doch selbst dann blieb der Senat mit einer kaum überwindbaren, von seinen Kritikern übersehenen oder doch jedenfalls stark unterschätzten Hürde konfrontiert: Wie soll der „richtige“ Anlegerschutz beim Delisting aussehen? Dass sich über diese Frage trefflich streiten lässt, wurde alsbald nach dem Frosta-Beschluss deutlich, als in Wissen-

<sup>111</sup> Dass die Börsen dabei Interessenkonflikten unterliegen können, die eine staatliche Regulierung erforderlich machen, versteht sich. Immerhin hatte die Börse Düsseldorf die Frosta-Entscheidung zum Anlass genommen, ihre Börsenordnung um eine Abfindungsobliegenheit zu ergänzen; zu Stimmen, die die Delegation des Anlegerschutzes an die Börsen als positiv bewertet haben s. *Krolop* Der Rückzug vom organisierten Kapitalmarkt (Delisting), 2005, S. 125 ff, 208 ff.

<sup>112</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 146, 149; eingehend dazu bereits *Krolop* (Fn. 110), S. 282 ff.

<sup>113</sup> Monografisch dazu *Kabl* Droht die Entmachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Zivilgerichte?, 2016.

<sup>114</sup> Vgl. R. Fischer (Fn. 12), S. 101.

<sup>115</sup> BGH NJW 2014, 146, 149.

<sup>116</sup> Vgl. Bayer ZfPW 2015, 163, 196.

schaft und Politik eine kontroverse Debatte darüber einsetzte, wie die durch „Frosta“ gerissene Lücke am besten zu schließen sei.

#### b) Rechtsfortbildung à la carte?

Ein Ausweg hätte sich dem Senat geboten, wenn dem Gesetz an anderer Stelle ein ausformuliertes Schutzmodell zu entnehmen gewesen wäre, das sich problemlos auf den Fall des Delisting hätte übertragen lassen. Das war aber nicht der Fall. Der Senat ist dieser Frage nicht ausgewichen, sondern allen im Schrifttum aufgestellten Hinweisschildern nachgegangen. Doch nach den bekannten Regeln der Methodenlehre führte eben keiner der eingeschlagenen Pfade zum Ziel.<sup>117</sup> Recht eindeutig war das für den Vorschlag, Abfindungsangebot und Hauptversammlungszuständigkeit mit einer Analogie zum Formwechsel (§§ 190 ff. UmwG) zu begründen, denn die börsennotierte AG ist keine eigene Rechtsform und kommt dieser auch nicht gleich.<sup>118</sup> Konstruiert wirkte der Versuch, die gewünschten Rechtsfolgen aus dem AktG mit der Begründung herauszulesen, der Großaktionär verschaffe sich mit dem Delisting einen „Sondervorteil“ i.S.v. § 243 Abs. 2 AktG.<sup>119</sup>

Gangbarer erschien eine Analogie zu § 29 Abs. 1 UmwG, wonach widersprechenden Aktionären bei der Verschmelzung einer börsennotierten AG auf eine nicht börsennotierte AG eine Abfindung anzubieten ist.<sup>120</sup> Wenn beim „kalten“ Delisting eine Abfindung geschuldet ist, muss dann selbiges nicht auch und erst recht beim regulären Delisting gelten? Der Blick in die Entstehungsgeschichte zeigt aber, dass die Schaffung von § 29 Abs. 1 UmwG durch die Überlegung motiviert war, den vom BGH in „Macrotron“ „erfundenen“, scheinbar durch Art. 14 GG erzwungenen Anlegerschutz umgehungsfest zu machen. Nicht hingegen war eine abschließende Billigung des Macrotron-Modells intendiert, wie u.a. an der Weigerung des Gesetzgebers erkennbar wurde, die Aufzählung der Spruchverfahren im SpruchG um das Delisting zu erweitern.<sup>121</sup> Mit anderen Worten: Ohne „Macrotron“ hätte es § 29 Abs. 1 S. 1 UmwG gar nicht gegeben. Die Analogie zu § 29 Abs. 1 UmwG wäre deshalb darauf hinausgelaufen, „Macrotron“ mit „Macrotron“ zu begründen – kein überzeugendes Ergebnis.<sup>122</sup>

Führt die Einzelanalogie nicht zum Ziel, durfte sich der Senat auch nicht – wie es das Schrifttum z.T. verlangt hatte<sup>123</sup> – in eine Gesamtanalogie flüch-

<sup>117</sup> So auch *Auer* JZ 2015, 71, 73 ff.; zuvor – vom Senat mehrfach zitiert – *Kiefner/Gillessen* AG 2012, 645 ff.

<sup>118</sup> *Bachmann* in GroßKomm-AktG (Fn. 47), § 3 Rn. 9. Mit eingehender Begründung BGH NJW 2014, 146, 147 und schon *Krolop* (Fn. 110), S. 100 ff.

<sup>119</sup> So *Wackerbarth* WM 2012, 2977, 2079 f.; ablehnend *Wieneke* NZG 2014, 22, 23.

<sup>120</sup> Dafür *Habersack* ZHR 176 (2012), 463, 464 f.; *Klöhn* NZG 2012, 1041, 1045.

<sup>121</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 146, 148.

<sup>122</sup> *Auer* JZ 2015, 71, 75; *Kiefner/Gillessen* AG 2012, 645, 657 („Zirkelschluss“).

<sup>123</sup> Etwa *Bayer* ZfPW 2015, 163, 210 f. („unproblematisch“).

ten.<sup>124</sup> Denn über den Umstand, dass die Einzelregeln des AktG und UmwG einen – hier nun einmal nicht gegebenen – Eingriff in die Verbandsstruktur voraussetzen, kommt man nicht dadurch hinweg, dass man sämtliche Einzelregeln zusammen wirft. Man hätte den Bogen vielmehr (noch) weiter spannen und kapitalmarktrechtliche Regeln in die Wertung mit einbeziehen müssen. Diese sehen bisweilen (aber eben nicht immer) eine Abfindungspflicht, doch niemals eine Hauptversammlungskompetenz vor. Der kleinste gemeinsame Nenner lautet lediglich, dass Anleger bei sie wirtschaftlich stark berührenden Transaktionen irgendwie schutzbedürftig sind. Ein *konkretes* Schutzmodell à la „Macrotron“ kann auf diese Weise nicht begründet werden.

### c) Das BVerfG als Schulmeister

Scheitert die gesetzessimmanente Rechtsfortbildung, bleibt dem BGH das Instrument der Rechtsfortbildung *extra legem*. Eine solche ist zulässig, wenn – wie es in „Macrotron“ angenommen worden war – verfassungsrechtliche Wertungen dazu nötigen. Das war nach dem klaren Votum des BVerfG im Fall MVS/Lindner<sup>125</sup> nicht (mehr) der Fall.

Das BVerfG hatte es dem BGH allerdings nicht verwehrt, das Macrotron-Modell auf einfachrechtlichem Wege zu begründen. In der Literatur war das als „carte blanche“ begriffen worden, von der der *Bergmann*-Senat hätte Gebrauch machen müssen.<sup>126</sup> Doch entbindet ein verfassungsgerichtliches Plazet nicht von den Regeln der allgemeinen Methodenlehre. Wenn der Senat sich strikt an diese hielt, mag das auch an der schulmeisterlichen Art gelegen haben, mit der er zuvor von den Karlsruher Kollegen behandelt worden war. Musste sich der BGH in „DAT/Altana“ noch anhören, Art. 14 GG verkannt zu haben,<sup>127</sup> und war er diesem Fingerzeig in „Macrotron“ brav gefolgt, so durfte er nunmehr erfahren, Art. 14 GG schon wieder missverstanden zu haben, diesmal in umgekehrter Richtung. Daher war es nachvollziehbar, wenn der Senat keine Neigung verspürte, weiter Lückenbüßer für einen entschlusslosen Gesetzgeber zu spielen.

### d) Der BGH ist kein Gesetzgeber!

Ein letzter Ausweg wäre geblieben: Rechtsfortbildung *extra legem* kommt auch jenseits verfassungsrechtlicher Zwänge in Betracht, wenn es gilt, unabweisbaren Bedürfnissen der Praxis oder rechtsethischen Geboten Rechnung

<sup>124</sup> Vgl. *Auer* JZ 2015, 71, 73; *Kiefner/Gillessen* AG 2012, 645, 657.

<sup>125</sup> Vgl. BVerfG v. 11.07.2012 – 1 BvR 3142/07, 1569/08 = BVerfGE 132, 99. Eingehend schon *Krolop* (Fn. 110), S. 88 ff. mit dem Fazit: „Nicht jeder aus institutionell-gesamtwirtschaftlicher Sicht oder wegen Billigkeitsgesichtspunkten wünschenswerte Vermögensschutz [muss] zum Schutzgegenstand von Art 14 GG gemacht werden“ (ebd., S. 120).

<sup>126</sup> Vgl. *Habersack* JZ 2014, 147, 148; *Bayer* ZfPW 2015, 163, 214.

<sup>127</sup> BVerfG v. 27.04.1999 – 1 BvR 1613/94 = BVerfGE 100, 289.

zu tragen.<sup>128</sup> Weil die Rechtsprechung damit Gesetzgebungsbefugnisse usurpiert, ist hier jedoch höchste Zurückhaltung geboten.<sup>129</sup> Eine Grenze ist dort erreicht, „wo eine detaillierte Regelung erforderlich wäre, die nur der Gesetzgeber treffen kann, da er allein über die dafür notwendigen Informationen und über die Legitimation zur Schaffung einer solchen Regelung verfügt“.<sup>130</sup>

Diese Grenze, die auch das BVerfG achtet, hätte der BGH mit einem selbst gebastelten Schutzmodell überschritten. Denn es ist eines, die Schutzbedürftigkeit der Anleger beim Delisting zu erkennen, ein anderes, dem Schutz in einer praktisch handhabbaren, gegenläufige Interessen einbeziehenden Weise Rechnung zu tragen. Die dabei zu beantwortenden Fragen sind mannigfaltig: Reicht ein Abfindungsangebot, oder ist zusätzlich ein Hauptversammlungsbeschluss (und wenn ja: mit welchen Mehrheiten?) vorzusehen? Bejahendenfalls: Sollte der HV-Beschluss einer materiellen Inhaltskontrolle unterworfen, muss er anfechtbar sein, braucht es Stimmverbote? Wer hat das Abfindungsangebot zu machen, wer darf es (wie) überprüfen, und – vor allem – wie ist die Höhe der Abfindung zu bemessen? All diese Fragen, über die post Frost a heftig gestritten wurde, zeigen, dass ein Gericht mit ihrer Beantwortung überfordert ist.

### 3. Bruch mit der Senatstradition?

Obwohl der Senat seine Entscheidung methodengerecht begründet hatte, musste er sich den Vorwurf gefallen lassen, mit der eigenen Tradition zu brechen, denn „seit der Errichtung des BGH im Jahre 1950 entsprach es dem Selbstverständnis des II. Zivilsenats des BGH, erkannte Schutzlücken im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung zu schließen“.<sup>131</sup> Dies, so die Kritik, hätte er nicht nur in „Frosta“ tun müssen, vielmehr sei er auch in Zukunft (wieder) aufgerufen, „unzulängliche Leistungen des Gesetzgebers mit gesellschaftsrechtlichen Instrumentarien rechtsfortbildend zu schließen“.<sup>132</sup> Denn so, wie sich die *besseren* richterrechtlichen Regeln zum Gesellschafterdarlehen gegenüber den *schlechteren* Regeln des Gesetzgebers durchgesetzt hätten, sollte sich der II. Zivilsenat bei unzulänglicher Gesetzgebung keineswegs „aus falsch verstandener Loyalität gegenüber dem demokratischen Gesetzgeber“ davon abhalten lassen, das nach seiner Überzeugung sachgerechte Ergebnis durch Urteilsspruch herbeizuführen.<sup>133</sup>

<sup>128</sup> Vgl. nur *Larenz Methodenlehre*, 6. Aufl. 1991, S. 413 ff.

<sup>129</sup> Aus verfassungsrichterlicher Sicht jüngst *E. Haas* in FS Landwehr, 2016, S. 423, 427 ff.

<sup>130</sup> *Larenz* (Fn. 127), S. 427 f. (unter Hinweis auf *Picker* JZ 1988, 71); gleichsinnig *R. Fischer* (Fn. 12), S. 70.

<sup>131</sup> *Bayer ZIPW* 2015, 163, 208 f.

<sup>132</sup> *Bayer ZIPW* 2015, 163, 224.

<sup>133</sup> *Bayer ZIPW* 2015, 163, 224 (Hervorhebungen im Original).

Diesen Ausführungen kann so nicht zugestimmt werden. Sieht man einmal davon ab, dass der *Bergmann*-Senat mit seiner strengen Bindung an das Gesetz nur das praktizierte, was frühere, prominente Senatsvorsitzende gepredigt hatten,<sup>134</sup> darf nicht übersehen werden, dass ältere Senatsmannschaften gerade da, wo sie mit kühner Rechtsfortbildung als Quasi-Gesetzgeber agierten, die Gesellschaftsrechtspraxis in schweres, manchmal kaum passierbares Fahrwasser brachten, was zu Kurskorrekturen, bisweilen auch zum Eingreifen des Gesetzgebers nötigte. Erinnerung sei an die mäandernde Rechtsprechung zur GmbH-Gesellschafterhaftung („qualifizierter faktischer Konzern“),<sup>135</sup> die bunte Blüten treibenden Figuren von „verdeckter Sacheinlage“<sup>136</sup> und „wirtschaftlicher Neugründung“<sup>137</sup>, die das Grundbuch überfordernde Gewährung von Rechtsfähigkeit an die Außen-GbR<sup>138</sup> und die das gesetzlich vorgesehene genehmigte Kapital zum Erliegen bringende „materielle Beschlusskontrolle“.<sup>139</sup> Auch das als Musterbeispiel angeführte Richterrecht der Gesellschafterdarlehen verdient ein Fragezeichen, war dieses am Schluss doch so ausgeartet, dass ein scharfer Schnitt des Gesetzgebers nötig wurde, um es für die Praxis überhaupt noch handhabbar zu halten.<sup>140</sup>

Auch und gerade was den Delisting-Schutz angeht, sollte nicht übersehen werden, dass das durch „Frosta“ beseitigte Rechtsfortbildungsmodell keinesfalls ideal und daher von Anfang an erheblicher Kritik ausgesetzt gewesen war.<sup>141</sup> Die Kritik gipfelte in der rhetorischen Frage, ob der BGH glaube, mit seinem Delisting-Konzept „der bessere Gesetzgeber“ zu sein.<sup>142</sup> Der so Fragende gab dem Senat zu bedenken, dass es „mutiger und im Interesse einer geordneten Rechtsentwicklung vorzugswürdiger sein kann, mit der Formulierung von Rechtssätzen, die nicht im Gesetz stehen, und die sich

<sup>134</sup> S.o., II.2. (*R. Fischer*) und II.4. a) (*Röbricht*).

<sup>135</sup> Zur Kritik nur *Röbricht* ZGR 1999, 445, 464 ff., 467: „... zeigt exemplarisch, welche geradezu katastrophalen Folgen eine übereilte [...] richterrechtliche Regelbildung für die Praxis, die Rechtsprechung und ihre Zusammenarbeit mit der Wissenschaft zeitigen kann“.

<sup>136</sup> Zur Kritik insbes. *Wilhelm* Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 293 ff.

<sup>137</sup> S.o., III.2.c.

<sup>138</sup> Die Grundbuchprobleme versuchte der Gesetzgeber später zu reparieren (vgl. § 899a BGB), die zu weitschießend formulierte Gesellschafterhaftung nahm der Senat selbst partiell zurück (vgl. BGHZ 150, 1). Erlösung verheißt jetzt (hoffentlich) die vom Gesetzgeber der 17. Legislaturperiode eingeleitete Neuregelung des Rechts der BGB-Gesellschaft.

<sup>139</sup> Partiiell korrigiert durch den Gesetzgeber (vgl. § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG), im Übrigen revidiert durch BGH v. 23.6.2997 – II ZR 132/93 = BGHZ 136, 133 – Siemens/Nold, aufschlussreich dazu *Röbricht* ZGR 1999, 445, 469 ff.

<sup>140</sup> Verteidigend aber *Goette* (Fn. 39), S. 19: „Dass wir ein Chaos veranstaltet hätten, in dem sich die Rechtssuchenden nicht mehr hätten zurecht finden können, das bestreite ich energisch“.

<sup>141</sup> Umfangreiche Nachweise bei *Auer* JZ 2015, 71, 72.

<sup>142</sup> So der Titelzusatz des Beitrags von *Ekkenga* ZGR 2003, 878; gegen das „Macrotron“-Modell auch *Krolop* (Fn. 110), S. 89 ff.; zuvor *Mülbert* ZHR 165 (2001), 104, 117, 122, 124, 126.

auch nicht mittelbar aus dem Gesetz ableiten lassen, etwas zurückhaltender umzugehen“. <sup>143</sup> Diesen Mut hat der Senat in „Frosta“ bewiesen und den Gesetzgeber damit zu einem Handeln bewogen, welches *nicht* in der Wiederherstellung des Macrotron-Modells, sondern in der Schaffung eines neuen, kapitalmarktrechtlichen Anlegerschutzmodells endete. Wenn der Senat sich nach alledem etwas vorhalten lassen muss, dann dass er für Altfälle keinen Vertrauensschutz gewährt hat. <sup>144</sup> Ob ein Revisionsgericht Übergangsfristen setzen kann, ist jedoch fraglich. <sup>145</sup>

## V. Fazit

Versucht man, nach allem eine methodische Summe der Rechtsprechung des *Bergmann*-Senats zu ziehen, so lassen sich, thesenartig und pointiert, folgende Aussagen treffen (Hinweise auf die hier erörterten Fälle jeweils in Klammern):

(1) Der *Bergmann*-Senat entscheidet den *Einzelfall*. Auf weitergreifende Systementwürfe wird verzichtet, Folgefragen werden beantwortet, wenn sie sich stellen und das nötige Anschauungsmaterial vorliegt (Abfindung und Gesellschafterausschluss; wirtschaftliche Neugründung).

(2) Der *Bergmann*-Senat ist *kein Ersatz-Gesetzgeber*. Rechtsfortbildung wird praktiziert, wenn sie unvermeidlich ist und das Recht Fingerzeige für die Ausgestaltung gibt (Abfindung und Gesellschafterausschluss; Organhaftung bei der GmbH & Co.); ansonsten wird Zurückhaltung geübt (Vergleich über Differenzhaftung). Der Senat nimmt etwaige Unvollkommenheiten in Kauf, wenn es viele Arten gibt, sie zu beseitigen und die Entscheidung darüber eine politische ist (Insolvenzverursachungshaftung des Geschäftsführers; Erstattung von Geldbußen; Anlegerschutz beim Delisting).

(3) Der *Bergmann*-Senat ist *konservativ*. Überkommene, von früheren Senaten entwickelte Doktrinen oder Rechtsfiguren werden fortgeführt (Organhaftung in der GmbH & Co.; Erstattung von Geldbußen), aber im Zweifel restriktiv gehandhabt (ungeschriebene HV-Zuständigkeit) und bei Bedarf auf ein praxistaugliches Maß zurückgeschnitten (wirtschaftliche Neu-

<sup>143</sup> *Ekkenga* ZGR 2003, 878, 910.

<sup>144</sup> *Bayer* ZIPW 2015, 163, 198. Den Vertrauensschutz betonend auch *R. Fischer* (Fn. 12), S. 25: „Die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ist [...] an die Ergebnisse ihrer eigenen Rechtsprechung gebunden; sie darf also nach Möglichkeit die Erwartungen einer von ihr selbst eingeleiteten Entwicklung nicht enttäuschen“.

<sup>145</sup> Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen bejahend *R. Fischer* (Fn. 12), S. 97 ff.; kritisch mit guten Gründen *Ch. Weiß* (Fn. 2), S. 539 ff.

gründung). Bei Wegfall der die Rechtsfortbildung tragenden Gründe wird der Ball an den Gesetzgeber zurückgespielt (Anlegerschutz beim Delisting).

(4) Der *Bergmann-Senat* ist *pragmatisch*. Er sucht die dogmatisch tragfähige Antwort, behält aber immer den Anwendungsbezug im Auge und gibt der praxisverträglichen Lösung im Zweifel den Vorzug (Vergleich über Differenzhaftungsansprüche; Abfindung bei Gesellschafterausschluss; wirtschaftliche Neugründung). Die Praxistauglichkeit findet Grenzen, wo eine klare Wertentscheidung des Gesetzes vorliegt, die aufzugeben oder zu überschreiten dem Gesetzgeber obliegt (Erstattung von Geldbußen; Organhaftung bei der GmbH & Co. KG).

Fazit: Mögen andere Senatsbesetzungen zum Teil andere Akzente gesetzt haben, so fügt sich die Rechtsprechung des Bergmann-Senats am Ende gut in die lange Senatstradition ein. Mit Neugier wird zu beobachten sein, wie jüngere Senatsmannschaften diese Tradition fortsetzen.



# Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen: Streifzug durch die Rechtsprechung des II. Zivilsenates des BGH

WALTER BAYER

## I. Aktuelle BGH-Entscheidungen zur Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen

Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen und der Ausschließung von GmbH-Gesellschaftern sind sehr prozessträchtig.<sup>1</sup> Beredtes Beispiel sind einige ausgewählte BGH-Entscheidungen aus jüngerer Zeit:

### 1. Wirksamkeit der Einziehung und Abfindungsleistung

Mit dem Grundsatzurteil<sup>2</sup> BGHZ 192, 236<sup>3</sup> hat der II. Zivilsenat des BGH die bislang vorherrschende „Bedingungslehre“ in die Rechtsgeschichte verabschiedet.<sup>4</sup> Durch BGHZ 210, 186<sup>5</sup> hat der Senat die dogmatische Begründung seiner Richtungsentscheidung fortentwickelt und konkretisiert.<sup>6</sup> Mit dieser Neuorientierung der Rechtsprechung und ihren Auswirkungen wollen wir uns näher unter II. auseinandersetzen.

<sup>1</sup> So der stv. Vorsitzende des II. Zivilsenats des BGH *Strohn* VGR (Hrsg.) Bd. 22, 2017, S. 1, 10.

<sup>2</sup> So auch *Ulmer* in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1261, 1262.

<sup>3</sup> BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 = GmbHR 2012, 387 m. zust. Komm. *Münich*.

<sup>4</sup> In diesem Sinne auch *Altmeyen* in Roth/Altmeyen GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 34 Rn. 20; vgl. bereits *Altmeyen* ZIP 2012, 1685, 1686 („Makulatur“).

<sup>5</sup> BGH v. 10.5.2016 – II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 = GmbHR 2016, 754.

<sup>6</sup> Beide Begriffe („fortentwickelt“ und „konkretisiert“) finden sich bei *Strohn* (Fn. 1) S. 12 bzw. S. 10.

## 2. Einziehung und Konvergenzgebot

Zwischenzeitlich musste BGHZ 203, 303<sup>7</sup> im Interesse der Rechtssicherheit Verwirrungen beseitigen, die im Kontext des durch das MoMiG<sup>8</sup> neu gefassten § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG („Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen“) entstanden waren und im Schrifttum sowie bei manchen Instanzgerichten zu geradezu abenteuerlichen Auffassungen geführt hatten. So findet sich in den Gesetzesmaterialien die „offenkundig nicht durchdachte“<sup>9</sup> Formulierung, dass sich die Neuregelung „nicht nur auf das Gründungsstadium, sondern auch auf den weiteren Verlauf der Gesellschaft (bezieht)“, so dass ein „Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und des Nennbetrags des Stammkapitals“ – wie im Falle der Einziehung – „künftig im Gegensatz zum geltenden Recht unzulässig“ sei und den Gesellschaftern im Falle einer Einziehung somit nur die Möglichkeit bleibe, „die Einziehung mit einer Kapitalherabsetzung zu verbinden, die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile durch eine nominelle Aufstockung an das Stammkapital anzupassen oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden“.<sup>10</sup> In „gehorsamer Anwendung der Gesetzesbegründung“<sup>11</sup> haben sich dann in der Folgezeit einzelne Instanzgerichte<sup>12</sup> und Teile des Schrifttums<sup>13</sup> für den Fall einer nicht sofort beseitigten Divergenz für die *Nichtigkeit* des Einziehungsbeschlusses ausgesprochen, wiederum andere befürworteten dessen Anfechtbarkeit.<sup>14</sup> Erst ein nachdrücklicher Appell<sup>15</sup> von *Ulmer* („Ein Gespenst geht um“), die Gesetzesbegründung nicht zu ernst zu nehmen („Moral von der Geschichte: trau unbesehen keiner Begründung nicht“),<sup>16</sup> da „es sich dabei [...] um eine wenig interessengerechte, systematisch und teleologisch fernliegende Wort-

<sup>7</sup> BGH v. 2.12.2014 – II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 = GmbHR 2014, 416 m. zust. Komm. *Blunk/Rabe*.

<sup>8</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (BGBl. I S. 2026).

<sup>9</sup> So *Altmeyen* (Fn. 4), § 34 Rn. 79.

<sup>10</sup> So Begr.RegE. BT-Drs. 16/6140, S. 31.

<sup>11</sup> So *Priester* ZIP 2016, 1065.

<sup>12</sup> LG Essen NZG 2010, 867 ff. [dazu *Haberstroh* NZG 2010, 1094 ff.]; LG Neubrandenburg ZIP 2011, 1214; OLG München v. 15.11.2011 – 7 U 2413/11, DNotI-Report 2012, 30 (LS).

<sup>13</sup> *Görner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 34 Rn. 26; *Römermann* DB 2010, 209 ff.; *Heckschen* NZG 2010, 521, 524.

<sup>14</sup> *Sosnitza* in Michalski GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 34 Rn. 122; *Clevinghaus* RNotZ 2011, 449, 461; *Wanner-Laufer* NJW 2010, 1499, 1502.

<sup>15</sup> Siehe aber auch *Lutter* GmbHR 2010, 1177 ff.

<sup>16</sup> *Ulmer* DB 2010, 321 ff.

lautinterpretation [...] handelt“,<sup>17</sup> hat einen Meinungsumschwung herbeigeführt.<sup>18</sup>

Der II. Zivilsenat des BGH hat sich unter dem Vorsitz des *Jubilar*s in BGHZ 203, 303<sup>19</sup> der *hM* angeschlossen<sup>20</sup> und in schulmäßiger Exegese unter Heranziehung des (insoweit unergiebig) Wortlauts, der Gesetzesmaterialien sowie insbesondere der Gesetzessystematik und des Normzwecks<sup>21</sup> eine „überzeugende Klarstellung“<sup>22</sup> vorgenommen, welche die aufgeschreckte Praxis beruhigt hat; vereinzelte Gegenstimmen<sup>23</sup> haben heute keine Bedeutung mehr.<sup>24</sup> Und in der Tat gibt es – wie der BGH ausführt – „gute Gründe dafür, die Entscheidung wie (nach der beschlossenen Einziehung) weiter verfahren werden soll, den Gesellschaftern zu überlassen“, etwa „den Ausgang eines Anfechtungsprozesses gegen den Einziehungsbeschluss oder eines Rechtsstreits über die Höhe der Abfindung abzuwarten“.<sup>25</sup>

Abgelehnt hat der BGH auch die Auffassung, dass der eingezogene Geschäftsanteil automatisch von der GmbH erworben werde<sup>26</sup> oder die übrigen Geschäftsanteile automatisch aufgestockt<sup>27</sup> werden.<sup>28</sup> Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH allein die Frage, ob die Einziehung des Geschäfts-

<sup>17</sup> So *Ulmer* DB 2010, 321, 322.

<sup>18</sup> Siehe nur *Altmeyen* in Roth/*Altmeyen* GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 34 Rn. 83 ff.; *Bayer* in Lutter/*Hommelhoff* GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 5 Rn. 6; *Ulmer/Casper* in *Ulmer/Habersack/Löbbe* GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 24; *Ulmer/Habersack* in *Ulmer/Habersack/Löbbe* GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 34 Rn. 65a; *Strohm* in MünchKommGmbHG, 1. Aufl. 2010, § 34 Rn. 65; *Schäfer* in Henssler/*Strohn* GesR, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 7; *Fastrich* in Baumbach/*Hueck* GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 34 Rn. 17b; *Wicke* in *Wicke* GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 3; vgl. weiter *B. Braun* GmbHR 2010, 82 ff.; OLG Rostock GmbHR 2013, 752, 753 ff.; vgl. in diese Richtung obiter auch OLG Saarbrücken GmbHR 2012, 209, 211 f. m. zust. Komm. *Blunk/Rabe*.

<sup>19</sup> BGH v. 2.12.2014, BGHZ 203, 303 = GmbHR 2015, 416 m. zust. Anm. *Blunk/Rabe*; zust. auch *J. Schmidt* WuB 2015, 271.

<sup>20</sup> BGHZ 203, 303 Rn. 22.

<sup>21</sup> BGHZ 203, 303 Rn. 23 ff. Im Übrigen hat der BGH bekräftigt, dass nur voll eingezahlte Geschäftsanteile eingezogen werden dürfen: BGHZ 203, 303 Rn. 31 unter Verweis auf BGHZ 9, 157, 168 f. Siehe dazu auch *Lutter/Kleindiek* in Lutter/*Hommelhoff* GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 34 Rn. 22 mwN. (unstreitig).

<sup>22</sup> So *Kleindiek* NZG 2015, 489 ff.; zustimmend auch *Wachter* BB 2015, 785.

<sup>23</sup> Kritisch immer noch *Römermann* EWiR 2015, 169, 170 („dogmatisch mehr als fragwürdige Lösung“); zweifelnd auch *D. Schmidt/J. Stürmer* ZIP 2015, 1521 ff. (teleologische Reduktion notwendig).

<sup>24</sup> Siehe aus dem aktuellen Schrifttum nur *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 5; ausf. *Altmeyen* (Fn. 4), § 34 Rn. 78 ff.; vgl. weiter *Priester* ZIP 2016, 1065 ff.; *Markowsky* Die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, 2013, S. 258 ff.

<sup>25</sup> So BGHZ 203, 303 Rn. 28. Siehe auch *Bergmann* VGR (Hrsg.) Bd. 21, 2016, S. 1, 7.

<sup>26</sup> So etwa *A. Meyer* NZG 2009, 1201 ff.; *Stebmann* GmbHR 2013, 574 ff.

<sup>27</sup> So insbesondere *Lutter* (in Lutter/*Hommelhoff* GmbHG, 18. Aufl. 2012), § 34 Rn. 3 ff.; *Altmeyen* (Fn. 18), § 34 Rn. 84 f.

<sup>28</sup> BGHZ 203, 303 Rn. 29 („kein Bedürfnis“). Zustimmend *Kleindiek* NZG 2015, 489, 491 mwN.

anteils in der neu einzureichenden Gesellschafterliste (vgl. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG)<sup>29</sup> – ausnahmsweise – zu vermerken ist.<sup>30</sup> Dies wird vom Schrifttum zutreffend<sup>31</sup> angenommen<sup>32</sup> und sollte auch vom II. Zivilsenat bei nächster Gelegenheit bekräftigt werden. Die weitere – ebenfalls in BGHZ 203, 303 unentschiedene – Frage, „ob das Registergericht anlässlich eines späteren Eintragungsantrags darauf bestehen kann, dass die Divergenz zwischen der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und dem Stammkapital beseitigt wird“,<sup>33</sup> wird etwa von *Lutter/Kleindiek* ausdrücklich verneint: Wenn es keine Pflicht gebe, die Divergenz innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zu beseitigen,<sup>34</sup> so dürfe auch das Registergericht „den Vollzug eines späteren Eintragungsantrags nicht davon abhängig machen, dass zunächst eine noch bestehende Divergenz [...] beseitigt wird“. <sup>35</sup> Dies überzeugt.

### 3. Einziehung oder Ausschließung aus wichtigem Grund

Persönlich geprägte Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern personalistisch strukturierter GmbHs spielen heute genauso wie in der Vergangenheit in der Praxis eine große Rolle. Dies gilt insbesondere auch in der Konstellation, dass eine eheliche oder nicht-eheliche Lebensgemeinschaft gescheitert ist – so im Sachverhalt des Urteils vom 24. September 2013,<sup>36</sup> in dem der BGH eine langjährige Senatsrechtsprechung zur Konkretisierung eines zur Einziehung berechtigenden „wichtigen Grundes“ bekräftigt hat:

Der Kläger hatte gemeinsam mit drei weiteren Gesellschaftern die bekl. GmbH gegründet, die ein Kino betreibt. Nachdem seine nicht-eheliche Lebensgemeinschaft mit der Mitgeschafterin L. gescheitert war, kam es zu zahlreichen Pflichtverletzungen und zu einem tiefgreifenden Zerwürfnis, so dass ein sinnvolles Zusammenwirken der Gesellschafter nicht mehr zu erwarten war. Die gegen den von allen Mitgeschaftern gefassten Einziehungs-

<sup>29</sup> Zur Pflicht, die Gesellschafterliste nach Wirksamkeit der Einziehung zu korrigieren, nur *Strohn* in MünchKommGmbHG, 2. Aufl. 2015, § 34 Rn. 66 mwN.

<sup>30</sup> Siehe BGHZ 203, 303 Rn. 26.

<sup>31</sup> So auch *J. Schmidt* WuB 2015, 271, 274; *Wachter* BB 2015, 785.

<sup>32</sup> Siehe nur *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff GmbHG*, 19. Aufl. 2016, § 40 Rn. 20; *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 5a; *Heidinger* in MünchKommGmbHG, 2. Aufl. 2016, § 40 Rn. 27; *Noack* in *Baumbach/Hueck GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 40 Rn. 14; *Wicke* in *Wicke GmbHG*, 3. Aufl. 2016, § 40 Rn. 5.

<sup>33</sup> So BGHZ 203, 303 Rn. 26.

<sup>34</sup> Abw. wohl *Bergmann*: Möglicherweise gebe es eine gesetzliche Pflicht zur Anpassung der Nennbeträge, doch sehe das Gesetz eine Sanktion im Falle des Verstoßes nicht vor, „so dass ein fortdauerndes Auseinanderfallen demnach sanktionslos bliebe“ (vgl. den Diskussionsbericht bei *Wentzell VGR* (Hrsg.) Bd. 21, 2016, S. 17, 20).

<sup>35</sup> So *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 5 aE.; ebenso *Wachter* BB 2015, 785; *J. Schmidt* WuB 2015, 271, 274.

<sup>36</sup> BGH GmbHR 2013, 1315 m. Komm. *Werner*.

beschluss erhobene Anfechtungsklage hatte indes vor dem OLG Koblenz Erfolg, da zwar den Mitgesellchaftern ihrerseits kein „ihren eigenen Ausschluss rechtfertigendes Verhalten vorzuwerfen“, es aber auch nicht erwiesen sei, „dass das Zerwürfnis innerhalb der Gesellschaft zumindest überwiegend von dem Kl(äger) verursacht worden sei“.<sup>37</sup>

Der II. Zivilsenat korrigierte das OLG, wohl wissend, dass es „in erster Linie Aufgabe des Tatrichters (ist) zu beurteilen, ob im konkreten Fall ein wichtiger Grund vorliegt“. Allein der Tatrichter habe „die dafür maßgebenden Umstände festzustellen, zu würdigen und abzuwägen“.<sup>38</sup> Allerdings bewertete der II. Zivilsenat die vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen dahin, dass „das Zerwürfnis [...] überwiegend vom Kl(äger) verursacht“ worden war.<sup>39</sup> Denn die Unklarheiten, die im Hinblick darauf bestehen, wer das Scheitern der nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft zu vertreten habe, seien nur insoweit von Bedeutung, „wie der daraus resultierende Konflikt von den Beteiligten in die Gesellschaft hineingetragen wurde“; ein solches Verhalten hatte das OLG indes allein im Hinblick auf den Kläger festgestellt.<sup>40</sup>

Aufgrund der nochmals bekräftigten Prämisse, dass „ein wichtiger Grund zum Ausschluss eines Gesellchafter“ dann besteht, wenn ein tiefgreifendes Zerwürfnis vorliegt, das von „dem betroffenen Gesellchafter zumindest überwiegend verursacht worden ist und in der Person des oder der die Ausschließung betreibenden Gesellchafter keine Umstände vorliegen, die deren Ausschließung oder die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen“,<sup>41</sup> war der Rechtsstreit zur Entscheidung reif und der Senat hat die Klage gem. § 563 Abs. 3 ZPO abgewiesen.

Das Urteil bestätigt die Linie der bisherigen – auch im Schrifttum allgemein gebilligten<sup>42</sup> – Rechtsprechung<sup>43</sup> und bringt daher nur insoweit eine gewisse neue Erkenntnis (die wohl auch nur der Grund für die Zulassung der Revision [vgl. § 543 Abs. 2 ZPO] sein kann), dass Konflikte in der privaten Lebensgemeinschaft von Gesellchaftern nur dann einen wichtigen Grund zur Einziehung/Ausschließung darstellen, wenn sie in die GmbH „hineingetragen“ werden und daraus ein innergesellschaftliches Zerwürfnis resultiert.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> So referierend BGH GmbHR 2013, 1315 Rn. 10.

<sup>38</sup> So BGH GmbHR 2013, 1315 Rn. 14 unter Bezugnahme auf BGH GmbHR 1991, 362 und BGH GmbHR 2003, 583.

<sup>39</sup> BGH GmbHR 2013, 1315 Rn. 18.

<sup>40</sup> BGH GmbHR 2013, 1315 Rn. 19.

<sup>41</sup> So BGH GmbHR 2013, 1315 Rn. 17 mit Verweis auf BGHZ 32, 17, 31 (dazu unten bei Fn. 43) sowie BGH GmbHR 1991, 362, 363 und BGH GmbHR 2003, 583.

<sup>42</sup> *Sosnitza* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 40; *Strohn* in MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 34 Rn. 47; *T. Fleischer* in Henssler/Strohn GesR, 3. Aufl. 2016, § 34 Rn. 6.

<sup>43</sup> Siehe bereits grundlegend BGHZ 32, 17 = GmbHR 1960, 85 m. Anm. *Pleyer*; vgl. weiter BGHZ 80, 346, 352; BGH ZIP 2003, 759, 761 m. Anm. *Kiem* EWiR 2004, 65.

<sup>44</sup> In diese Richtung auch zutreffend *Nikoleyczik/Gubitz* EWiR 2013, 173.

#### 4. Nichtigkeitsregelung und Heilung

Im Urteil vom 27. September 2011<sup>45</sup> korrigiert der II. Zivilsenat die Auslegung einer Abfindungsklausel<sup>46</sup> und bekräftigt in diesem Kontext seine Rechtsprechung, wonach im Falle einer gem. § 138 BGB oder § 241 Nr. 4 AktG analog sittenwidrigen und damit nichtigen Satzungsregelung keine geltungserhaltende Reduktion stattfindet, sondern der ausscheidende Gesellschafter grundsätzlich zum vollen Verkehrswert abzufinden ist.<sup>47</sup> Allerdings könne die Nichtigkeit der Abfindungsregelung analog § 242 Abs. 2 S. 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden, sofern die sittenwidrige Satzungsbestimmung in das Handelsregister eingetragen worden ist und seitdem drei Jahre verstrichen sind.<sup>48</sup> Der II. Zivilsenat verweist hierbei auf seine grundlegende Entscheidung BGHZ 144, 365,<sup>49</sup> in der nicht rechtsfortbildend festgestellt worden war, dass nicht nur nichtige Beschlüsse – einschließlich satzungsändernder Beschlüsse,<sup>50</sup> sondern auch nichtige Regelungen in der ursprünglichen Satzung im Sinne der Rechtssicherheit analog § 242 Abs. 2 S. 1 AktG geheilt werden können.<sup>51</sup> Die nach ganz hM materiell-rechtliche Heilungswirkung im Sinne einer „dauerhaften Bestandskraft“<sup>52</sup> ist allerdings speziell im Hinblick auf Abfindungsregelungen gravierenden Bedenken ausgesetzt:

So würde sich die GmbH im Falle einer anfänglich sittenwidrigen, dann aber durch „Heilung“ wirksam gewordenen Abfindungsbeschränkung besser stellen als im Falle einer anfänglich wirksamen Abfindungsbeschränkung, die dann aber im Zeitverlauf zu einer unangemessenen Abfindung führt und für den ausscheidenden Gesellschafter einen Anspruch auf Anpassung an die neuen Verhältnisse im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung begründet.<sup>53</sup> Der II. Zivilsenat hat diese „Ungleichbehandlung“ im Urteil vom 27. September 2011 aufgegriffen, sich dabei allerdings nicht von seiner früheren Rechtsprechung und der Dogmatik der materiell-rechtlichen Heilungswirkung distanziert, sondern vielmehr ausgeführt, dass „die am Gesellschaftsvertrag beteiligten Personen [...] etwas Vernünftiges gewollt (haben)“, nämlich „eine

<sup>45</sup> BGH GmbHR 2012, 92.

<sup>46</sup> Dazu auch A. Herff GmbHR 2012, 621 ff.

<sup>47</sup> BGH GmbHR 2012, 92 Rn. 12 unter Bezugnahme auf BGHZ 116, 359, 368 f. = GmbHR 1992, 257. Siehe hierzu auch Strohn (Fn. 42), § 34 Rn. 238.

<sup>48</sup> BGH GmbHR 2012, 92 Rn. 12.

<sup>49</sup> BGHZ 144, 365 = GmbHR 2000, 822 (zur Abfindungsbeschränkung bei Zwangseinziehung).

<sup>50</sup> So bereits (für AG) BGHZ 99, 211, 217.

<sup>51</sup> BGHZ 144, 365, 367 f.; zust. etwa Bayer (Fn. 32), Anh. § 47 Rn. 26 mwN. Siehe auch bereits BGH v. 16.9.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 368 ff. (betr. Einziehung) m. Anm. Kleindiek WuB II C. § 34 GmbHG 2.92.

<sup>52</sup> Siehe nur (zur AG) Hüffer/Koch AktG, 13. Aufl. 2018, § 242 Rn. 7 mwN.

<sup>53</sup> Siehe nur BGHZ 123, 281, 284 f.; BGHZ 144, 365, 369; Strohn (Fn. 29), § 34 Rn. 241 mwN.

auf Dauer wirksame und die Gesellschafter gleichbehandelnde Berechnung der Abfindung“.<sup>54</sup> Im Schrifttum wird denn auch der BGH heute so verstanden, dass trotz Heilung einer anfänglich nichtigen Satzungsregelung an den ausscheidenden Gesellschafter nicht die bei Hinwegdenken der Heilung sittenwidrig niedrige Abfindung zu leisten ist, sondern in gleicher Weise wie im Falle einer nachträglich unzulässig gewordenen Abfindungsregelung eine Abfindung in angemessener Höhe.<sup>55</sup>

Nach einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum soll eine Heilung gem. § 242 AktG (analog) allerdings von vornherein dann nicht in Betracht kommen, wenn Nichtigkeitsgründe betroffen sind, die den Gläubigerschutz betreffen.<sup>56</sup> Dieser Standpunkt überzeugt, da hier eine Heilung bereits deshalb unangemessen und sachlich nicht überzeugend ist, weil der Gläubiger – anders als ein betroffenen Gesellschafter – den Eintritt der Heilungswirkung durch Klageerhebung nicht verhindern kann.<sup>57</sup> Allein die zugunsten von Gesellschaftern eingreifende „Ausübungskontrolle“ erscheint hier nicht angemessen; vielmehr muss die Heilungswirkung des § 242 AktG (analog) im Hinblick auf nicht klageberechtigte Dritte teleologisch reduziert werden.

## II. Wirksamkeit der Einziehung und Leistung der Abfindung

Die „bahnbrechende Entscheidung“<sup>58</sup> BGHZ 192, 236 sowie die Folgeentscheidung BGHZ 210, 186 sind im Schrifttum nicht auf ungeteilte Zustimmung gestoßen. Auch sind manche Fragen noch unbeantwortet geblieben. Wir wollen uns daher die Problematik etwas näher betrachten.

### 1. BGHZ 192, 236

Zum Sachverhalt: Der Geschäftsanteil des Klägers war im April 2001 mit den Stimmen des einzigen Mitgesellschafters aus wichtigem Grund eingezogen worden. Die innerhalb von zwei Jahren zu leistende Abfindung hat der Kläger bis zum Zeitpunkt der BGH-Entscheidung noch nicht erhalten. In einer Gesellschafterversammlung vom Februar 2007 hatte der Kläger erfolg-

<sup>54</sup> So BGH GmbHR 2012, 92 Rn 14.

<sup>55</sup> Ausführlich *Winkler* GmbHR 2016, 519, 520 ff. („Erst-Recht-Überlegung“). Ebenso etwa *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 86; *Bayer* (Fn. 32), Anh. § 47 Rn. 26 mwN.; vgl. weiter *A. Herff* GmbHR 2012, 621, 623.

<sup>56</sup> Siehe nur *O. Lange* NZG 2001, 635, 640; *Bacher/Spieth* GmbHR 2003, 973, 978 f. mwN.; aktuell etwa auch *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 96; *Altmeyen* (Fn. 4) § 34 Rn. 58; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 34 Rn. 32; dagegen indes *Ulmer/Habersack* (Fn. 18), § 34 Rn. 108 mwN.

<sup>57</sup> So auch *Strohn* (Fn. 29), § 34 Rn 239.

<sup>58</sup> So zutreffend *Altmeyen* ZIP 2012, 1685, 1686.

los den Beschlussantrag gestellt, „den einzigen weiteren Gesellschafter R. auf Zahlung von 251.871,07 DM in Anspruch zu nehmen und den Kläger zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche zu ermächtigen“.<sup>59</sup>

Der BGH hat die Klage, die darauf abzielte, die ablehnenden Beschlüsse für nichtig zu erklären und festzustellen, dass die beantragten Beschlüsse gefasst wurden, abgewiesen,<sup>60</sup> da der Kläger „entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts in der Gesellschafterversammlung [...] kein Stimmrecht mehr (hatte)“.<sup>61</sup> Zu diesem Ergebnis gelangte der II. Zivilsenat, weil die Einziehung bereits „mit der Bekanntgabe des Beschlusses an den Kläger wirksam“ geworden sei.<sup>62</sup> Dies sei immer dann der Fall, wenn der Einziehungsbeschluss nicht analog § 241 Nr. 3 AktG nichtig sei, was insbesondere – in Übereinstimmung mit der bisherigen Senatsrechtsprechung – der Fall sei, „wenn bereits bei der Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann“.<sup>63</sup> Dies war hier indes nicht festgestellt und auch nicht behauptet worden.

Die bislang hM, wonach das Wirksamwerden der Einziehung bei Fehlen einer abweichenden Satzungsregelung<sup>64</sup> unter der *aufschiebenden Bedingung* einer Abfindungsleistung aus dem freiem Vermögen der GmbH steht,<sup>65</sup> wird vom BGH nunmehr<sup>66</sup> abgelehnt.<sup>67</sup> Denn die Schwebelage, die nach der Bedingungslösung entsteht, habe – so der BGH – „erhebliche Nachteile“ für die GmbH und biete darüber hinaus „dem Gesellschafter einen Anreiz, seinen Lästigkeitswert zu steigern und das Abfindungsverfahren [...] in die Länge zu ziehen“.<sup>68</sup> Die Bedingungslösung stelle im Übrigen „das Inter-

<sup>59</sup> So BGHZ 192, 236 Rn. 2.

<sup>60</sup> Das LG Dresden hatte der Klage in vollem Umfang, das OLG Dresden im Hinblick auf die beantragte Feststellung stattgegeben (vgl. BGHZ 192, 236 Rn. 3).

<sup>61</sup> So BGHZ 192, 236 Rn. 6.

<sup>62</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 4.

<sup>63</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 7 mit Verweis auf BGH v. 5.4.2011 – II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rn. 13; BGH v. 8.12.2008 – II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rn. 7; BGH v. 19.6.2000 – II ZR 73/99, BGHZ 144, 365, 369 f.

<sup>64</sup> Abw. Satzungsregelungen sind grundsätzlich zulässig: Siehe nur (für sofortige Wirksamkeit der Ausschließung) BGH GmbHR 2009, 313 Rn. 4 ff. sowie bereits (für freiwilligen Austritt) BGH GmbHR 2003, 1062.

<sup>65</sup> Siehe nur *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 34 Rn. 43; *Westermann* in Scholz GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 34 Rn. 60 mwN.; aus dem älteren Schrifttum etwa *Hohner* in Hachenburg GmbHG, 7. Aufl. 1977, § 34 Rn. 39 mwN.; ähnlich auch *Lutter* in Fischer GmbHG, 11. Aufl. 1985, § 34 Rn. 6; grundlegend RGZ 142, 286, 290 f. („Rechtsbedingung“); für die Ausschlussklage auch BGHZ 9, 157, 173. Weitere Nachw. (auch aus der umfangreichen Instanz-Rechtsprechung) in BGHZ 192, 236 Rn. 10.

<sup>66</sup> Ausdrücklich offen gelassen wird die Streitfrage noch in BGH v. 14.9.1998 – II ZR 172/97, BGHZ 139, 299, 301 f.; vgl. dazu nur *Rotb* ZGR 1999, 715 ff.

<sup>67</sup> Näher BGHZ 192, 236 Rn. 11 ff. mwN.

<sup>68</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 15.

esse des ausgeschiedenen Gesellschafters in den Vordergrund, obwohl er einer Einziehung aus wichtigem Grund im Gesellschaftsvertrag zugestimmt hat“ und wegen seiner antizipierten Zustimmung „weniger schutzwürdig“ ist, „als ein Gesellschafter, der ohne eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen wird“. Im Hinblick auf diese unterschiedliche Schutzwürdigkeit unterscheidet sich die Einziehung des Geschäftsanteils von der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage, bei der „nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Wirkung des Ausschließungsurteils von der Zahlung des Abfindungsentgelts abhängt“. <sup>69</sup>

Verworfen wird vom BGH<sup>70</sup> auch die von *Ulmer* entwickelte alternative Konstruktion einer sofortigen Wirksamkeit der Einziehung unter der auflösenden Bedingung der (zulässigen) Zahlung der Abfindung bei Fälligkeit<sup>71</sup> genauso wie die Idee, dem ausgeschiedenen Gesellschafter bei Nichtleistung der Abfindung das Recht zu geben, durch Auflösungsklage die Liquidation der GmbH herbeizuführen bzw. wieder in die GmbH aufgenommen zu werden.<sup>72</sup>

Zum Schutze des ausscheidenden Gesellschafters genüge es vielmehr, „die verbleibenden Gesellschafter selbst in die Haftung zu nehmen“<sup>73</sup>. <sup>74</sup> Interessant ist der neue dogmatische Ansatz für diese Lösung: Die verbleibenden Gesellschafter handelten treuwidrig, wenn sie anstelle einer Auflösung der GmbH diese fortsetzen und sich „den Wert des eingezogenen Geschäftsanteils auf Kosten des ausgeschiedenen Gesellschafters einverleiben, ihm aber eine Abfindung unter der berechtigten Berufung auf die Kapitalbindung der Gesellschaft verweigern“. <sup>75</sup> In dieser Konstellation sei es „nicht unbillig“, die verbleibenden Gesellschafter „zum Ausgleich für den Abfindungsanspruch persönlich haften zu lassen“. <sup>76</sup>

<sup>69</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 16 unter Bezugnahme auf BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 174.

<sup>70</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 18 ff.

<sup>71</sup> So grundlegend *Ulmer* in FS Rittner, 1991, S. 735, 748 ff.; vgl. weiter *Ulmer* in FS Priester, 2007, S. 771, 793 ff.; zustimmend *Lutter* in *Lutter/Hommelhoff GmbHG*, 17. Aufl. 2009, § 34 Rn. 48.

<sup>72</sup> Hierzu nur *Grunewald GmbHHR* 1991, 185, 186 mwN.

<sup>73</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 14.

<sup>74</sup> Näher BGHZ 192, 236 Rn. 21 ff. In diese Richtung im Anschluss an *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen GmbHG*, 3. Aufl. 1997, § 34 Rn. 22 bereits *Goette* in FS *Lutter*, 2000, S. 399, 410; zustimmend *Pentz* in FS *Ulmer*, 2003, S. 451, 469 ff.; *Heckschen GmbHHR* 2006, 1254, 1256; *Heidinger/Blath GmbHHR* 2007, 1184, 1187; vgl. weiter *Strohn* (Fn. 18), § 34 Rn. 76; de lege ferenda auch schon *R. Fischer* in FS *W. Schmidt*, 1959, S. 117, 130 f. Abl. indes bereits *Ulmer* (Fn. 71), S. 771, 780 ff.

<sup>75</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 21.

<sup>76</sup> BGHZ 192, 236 Rn. 22.

Der Fortbestand der Mitgliedschaft sei auch nicht deshalb erforderlich – so der II. Zivilsenat weiter –, damit der ausgeschlossene Gesellschafter seine (Klage-)Rechte gegen den Einziehungsbeschluss wahrnehmen könne; denn insoweit sei „von der weiteren Rechtsinhaberschaft auszugehen, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen“.<sup>77</sup>

Unser *Jubilar* hat diese Richtungsentscheidung in dem traditionellen Rechtsprechungsüberblick der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung erläutert.<sup>78</sup> Im Schrifttum ist BGHZ 192, 236 vielfach auf Ablehnung,<sup>79</sup> überwiegend jedoch – jedenfalls im Ergebnis – auf Zustimmung gestoßen.<sup>80</sup> Auf wenig Gegenliebe gestoßen ist allerdings bei vielen Autoren die dogmatische Herleitung der Haftung der verbliebenen Gesellschafter aus einer Treuepflichtverletzung.<sup>81</sup>

## 2. BGHZ 210, 186

Doch hat der BGH im Urteil vom 10. Mai 2016<sup>82</sup> gerade diesen treuepflichtbasierten Ansatz konsequent fortgeführt und im Rahmen der konkreten Fallentscheidung eine Haftung für noch offene Teilleistungen der Abfindung iHv 300.000 Euro gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter im Ergebnis (vorläufig) verneint. Denn anders als noch vom Berufungsgericht angenommen, begründe nicht bereits der Umstand, dass die letzte Rate infolge zwischenzeitlicher bilanzieller Überschuldung der GmbH nicht gezahlt werden könne, eine Haftung der verbliebenen Gesellschafter.<sup>83</sup> Auch

<sup>77</sup> So BGHZ 192, 236 Rn. 24 unter Bezugnahme auf die Senatsentscheidungen v. 22.11.2011 – II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 8 (zum squeeze out) und v. 19.9.1977 – II ZR 11/76, NJW 1977, 2316. Abw. noch (zum squeeze out): *Goette* in FS K. Schmidt, 2009, S. 469, 473 ff.; ebenso *Hüffer* in Hüffer AktG, 9. Aufl. 2010, § 245 Rn. 7. Wie der BGH indes bereits *Schwab* in K. Schmidt/Lutter AktG, 2. Aufl. 2010, § 245 Rn. 28.

<sup>78</sup> *Bergmann* VGR (Hrsg.) Bd. 18, 2012, S. 1, 6 f.

<sup>79</sup> Abl. *Ulmer/Habersack* (Fn. 18), § 34 Rn. 62 ff.; *Westermann* in Scholz GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 34 Rn. 56 ff.; *Wicke* (Fn. 32), § 34 Rn. 8 ff.; krit. auch *H. F. Müller* WuB II C. § 34 GmbHG 1.12.

<sup>80</sup> *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 7 ff., 49; *Fastrich* (Fn. 18), § 34 Rn. 44; *Strohn* (Fn. 18), § 34 Rn. 76 ff.; *Sosnitza* (Fn. 42), § 34 Rn. 83; ausf. *Altmeppen* (Fn. 4), § 34 Rn. 18 ff.; vgl. weiter *Blatb* GmbHHR 2012, 657, 662; *Grunewald* GmbHHR 2012, 769, 770; *Klökener* GmbHHR 2012, 1325, 1330; *Priester* ZIP 2012, 658 ff.; *Schockenhoff* NZG 2012, 449, 450; *J. Schmidt* GmbHHR 2013, 953, 954; *Schneider/Hoger* NJW 2013, 502, 504 ff.

<sup>81</sup> Strikt abl. insbesondere *Ulmer* (Fn. 2), S. 1261, 1266 f.; ebenso *Tröger* VGR (Hrsg.) Bd. 19, 2013, S. 38 ff.; vgl. weiter *J. Schmidt* GmbHHR 2013, 953, 955; dem Treupflichtwidrigkeitsansatz zustimmend indes *Priester* ZIP 2012, 658, 659; *Schockenhoff* NZG 2012, 449, 451.

<sup>82</sup> BGH v. 10.5.2016 – II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 = GmbHHR 2016, 754 m. zust. Komm. *Münnich*.

<sup>83</sup> BGH GmbHHR 2016, 754 Rn. 21.

die zwischenzeitliche Insolvenz der GmbH könne eine solche Haftung nicht ohne Weiteres begründen.<sup>84</sup> Eine Haftung der verbliebenen Gesellschafter werde vielmehr erst in dem Zeitpunkt begründet, in dem „die Fortsetzung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des ausgeschiedenen Gesellschafters als treuwidrig anzusehen“ sei.<sup>85</sup> Allein „eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage [...], die dazu führt, dass die Abfindung nicht mehr aus dem freien Vermögen geleistet werden kann“, begründe indes dann „keine persönliche Haftung der Gesellschafter, wenn sie die Gesellschaft auflösen und sich damit den Mehrwert nicht einverleiben“.<sup>86</sup> Da bislang ein treuwidriges Verhalten nicht festgestellt worden sei, hat der BGH den Rechtsstreit an das OLG zurückverwiesen.<sup>87</sup>

In Vertretung des *Jubilar*s führt *Strohn* im Rechtsprechungsüberblick der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung hierzu aus: „Im Rahmen der Liquidation wäre „der Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters [...] zu bedienen (gewesen), sofern ausreichendes Gesellschaftsvermögen [...] vorhanden ist“. Die Gesellschafter dürften in einem „gewissen Zeitfenster“ prüfen, welche Maßnahmen sie ergreifen. „Erst wenn (sie) völlig passiv bleiben oder gänzlich ungeeignete Maßnahmen einleiten, verstoßen sie gegen ihre Treupflicht“.<sup>88</sup>

Diese Fortführung der BGH-Rechtsprechung hat indes zu keiner Beruhigung geführt, sondern im Gegenteil die Kritik am dogmatischen Lösungsweg des II. Zivilsenats neu befeuert.<sup>89</sup> Insbesondere wird kritisiert, dass der Ausgeschiedene weiterhin das Geschäftsrisiko trage, obgleich er auf die Geschäftsführung keinen Einfluss mehr nehmen kann. Zur Verteidigung des BGH wird angeführt, dass sich der ausgeschiedene Gesellschafter darauf selbst eingelassen habe.<sup>90</sup>

Der II. Zivilsenat hat weiter ausgeführt, dass die Gesellschafter im Einziehungsbeschluss ein von der Satzung (sofortige Wirksamkeit) abweichendes Datum für das Wirksamwerden der Einziehung wählen können: Sollte hierin eine Satzungsdurchbrechung zu sehen sein, so wäre diese jedenfalls nur punktueller Natur und – da nicht gegen zwingendes Recht verstoßend – lediglich

<sup>84</sup> BGH GmbHR 2016, 754 Rn. 26.

<sup>85</sup> BGH GmbHR 2016, 754 Rn. 23.

<sup>86</sup> BGH GmbHR 2016, 754 Rn. 23.

<sup>87</sup> BGH GmbHR 2016, 754 Rn. 35.

<sup>88</sup> *Strohn* (Fn. 1), S. 12 f.

<sup>89</sup> Scharf abl. gegenüber BGHZ 210, 186: *Altmeyden* ZIP 2016, 1557 ff. („Konzeptlosigkeit“); kritisch auch *Wachter* NZG 2016, 961 ff.; *Fastrich* (Fn. 56), § 34 Rn. 48 ff.; nach wie vor kritisch *Westermann* in Scholz GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 34 Rn. 59; vgl. auch den kritischen Diskussionsbeitrag von *H. F. Müller* zum Referat von *Strohn* (Fn. 1) bei: *Hansen*, ebd., S. 21, 22.

<sup>90</sup> So *St. Schneider* ZIP 2016, 2141, 2144.

anfechtbar;<sup>91</sup> eine Anfechtung komme indes nicht in Betracht, sofern – wie hier – alle Gesellschafter zugestimmt haben.<sup>92</sup>

### 3. Einordnung der neuen BGH-Linie in die bisherige Senatsrechtsprechung

In der bereits erwähnten rechtsfortbildenden Entscheidung<sup>93</sup> vom 1. April 1953<sup>94</sup> gestattete der II. Zivilsenat des BGH im Anschluss an die jüngere Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>95</sup> und die grundlegende Schrift von *Franz Scholz*<sup>96</sup> eine *Ausschließung* des GmbH-Gesellschafters<sup>97</sup> *auch ohne satzungsmäßige Regelung* aus wichtigem Grund.<sup>98</sup> Verfahrensmäßig könne ein Ausschluss indes nicht durch bloßen Gesellschafterbeschluss, sondern – im Anschluss an *A. Hueck*<sup>99</sup> – analog § 140 HGB nur durch Gestaltungsurteil herbeigeführt werden,<sup>100</sup> nachdem die Gesellschafter mit satzungsändernder Mehrheit<sup>101</sup> (wobei der Betroffene kein Stimmrecht hat<sup>102</sup>) die Ausschließung beschlossen haben.<sup>103</sup>

Als Mittel der Ausschließung komme „vornehmlich die Einziehung des Geschäftsanteils in Betracht“, indes dann nicht, wenn der Geschäftsanteil „nicht voll eingezahlt ist und sich niemand findet, der die Volleinzahlung an

<sup>91</sup> Hierzu näher etwa *Bayer* (Fn. 32), § 53 Rn. 31 mwN.

<sup>92</sup> BGH GmbHR 2016, 754 Rn. 17 unter Bezugnahme auf BGH ZIP 2010, 1437 Rn. 37.

<sup>93</sup> *H. Schneider* GmbHR 1953, 74 spricht von einem „im besten Sinne rechtsschöpferischen Urteil“.

<sup>94</sup> BGHZ 9, 157 = GmbHR 1953, 72 m. Anm. *H. Schneider* und *F. Scholz* = LM § 34 GmbHG Nr. 1 (*R. Fischer*).

<sup>95</sup> Zitiert wird vorrangig RGZ 169, 330, 334; weiterhin wird verwiesen auf RG DR 1943, 812; RGZ 164, 257, 262; RGZ 128, 1, 15 ff.; RGZ 114, 212; RGZ 125, 114, 117 ff. Abl. allerdings *Masur* NJW 1949, 407 ff.

<sup>96</sup> *Scholz*, Ausschließung und Austritt aus der GmbH, 1942; im Zeitpunkt von BGHZ 9, 157 bereits in 3. Aufl. vorliegend.

<sup>97</sup> Zur Ausschließung zeitgenössisch auch *Ganssmüller* GmbHR 1956, 129 ff., 145 ff.

<sup>98</sup> Obiter wird nicht nur die Ausschließung aus wichtigem Grund gestattet, sondern – als Gegenstück – auch der *Austritt* des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund: BGHZ 9, 157, 162 f; zust. *Fischer* in *Scholz/Fischer GmbHG*, 6. Aufl. 1962, § 15 Anm. 8 (mit der Erwartung, dass „dieses unabdingbare Recht eines jeden Gesellschafters“ bei der GmbH-Reform gesetzlich geregelt wird).

<sup>99</sup> *A. Hueck* DB 1951, 108 und NJW 1951, 719.

<sup>100</sup> BGHZ 9, 157, 164 ff. Dazu auch *R. Fischer* (Fn. 74), S. 117, 126 ff.; vgl. aus dem späteren Schrifttum auch *Ulmer* in *Hachenburg GmbHG*, 7. Aufl. 1979, Anh. § 34 Rn. 15; *K. Schmidt* GesR, 1. Aufl. 1986, § 35 IV 2 c) [S. 800].

<sup>101</sup> BGHZ 9, 157, 177; so später auch die hM; vgl. nur *Ulmer* (Fn. 100), Anh. § 34 Rn. 17; *K. Schmidt* (Fn. 100), § 35 IV 2 c) [S. 800]; aA noch (einfache Mehrheit): *A. Hueck* DB 1953, 776, 777; *W. Schmidt* in *Hachenburg GmbHG*, 6. Aufl. 1956, § 34 Anm. 18a; *Scholz* in *Scholz GmbHG*, 4. Aufl. 1960, § 15 Anm. 65.

<sup>102</sup> BGHZ 9, 157, 178 (wird ausgeführt). Zustimmend *Fischer* in *Scholz/Fischer GmbHG*, 7. Aufl. 1970, § 38 Anm. 3 (zum Widerruf der Bestellung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund).

<sup>103</sup> Bestätigung in BGH WM 1964, 1188, 1190.

Stelle des Auszuschließenden vornimmt“.<sup>104</sup> Bei der Einziehung eines voll eingezahlten Geschäftsanteils sei „wieder § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten (§ 34 Abs. 3 GmbHG)“, so dass „das Entgelt [...] also nur aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Gesellschaftsvermögen geleistet werden (darf)“, wobei der Zeitpunkt der Erfüllung maßgeblich sei.<sup>105</sup> Da die Ausschließung gegen den Willen des Gesellschafters erfolgt, dürfe dieser unmöglich dem Risiko ausgesetzt werden, „den Gegenwert für seinen Geschäftsanteil nicht sofort zu erlangen“, und zwar „gleichviel, ob die Gesellschaft die Abtretung des Geschäftsanteils oder dessen Einziehung wünscht“.<sup>106</sup> Im Ergebnis stehe somit der „Einziehungsbeschluß [...] unter der gesetzlichen Bedingung, daß das Stammkapital erhalten bleibt“.<sup>107</sup> Zur Absicherung der Abfindungsleistung sei wegen der fehlenden Haftung der Mitgesellschafter<sup>108</sup> (!) die Wirksamkeit der Ausschließung – ebenso wie beim Einziehungsbeschluss gem. § 34 GmbHG<sup>109</sup> – an die Bedingung der Zahlung der festgesetzten Abfindung zu knüpfen.<sup>110</sup>

Das Urteil ist im zeitgenössischen Schrifttum vielfach kritisch besprochen worden, allerdings aus unterschiedlichen Gründen:<sup>111</sup>

So hat insbesondere *Wolfgang Schilling* dem BGH ursprünglich vorgeworfen, er wende „die Generalklausel vom wichtigen Grund [...] hier [...] contra legem“ an.<sup>112</sup> In die gleiche Richtung hatte zuvor schon *Masur* argumentiert,<sup>113</sup> insbesondere aber auch eindringlich davor gewarnt, die Entscheidung RGZ 169, 330 „als richtungsweisend“ anzuerkennen, da dieses Urteil „auf der Nazi-Gesetzgebung (beruht)“ und somit „eine Konsequenz und eine praktische Durchführung einer verbrecherischen Irrlehre bildet“. Und weiter: „Solche Urteile sollte man so rasch wie möglich vergessen und vergessen machen, aber nicht das wiedergesundende Recht auf ihnen aufbauen“.<sup>114</sup>

<sup>104</sup> BGHZ 9, 157, 168 f. Bestätigung durch BGH v. 2.12.2014 – II ZR 322/13, BGHZ 203, 303 Rn. 31 (unter Bezugnahme auf BGHZ 9, 157).

<sup>105</sup> BGHZ 9, 157, 169 (mit Bezugnahme auf RGZ 133, 395; RGZ 136, 264; RGZ 142, 290; RGZ 168, 301 ff.; RG JW 1938, 1176; BGH v. 14.1.1953 – I ZR 169/51).

<sup>106</sup> BGHZ 9, 157, 170.

<sup>107</sup> BGHZ 9, 157, 173 mwN.

<sup>108</sup> So ausdrücklich BGHZ 9, 157, 167.

<sup>109</sup> So obiter BGHZ 9, 157, 173 unter Verweis auf RGZ 142, 290 und RGZ 150, 28 sowie die hL; vgl. nur *Scholz* in *Scholz GmbHG*, 2. Aufl. 1950, § 34 Anm. 6 aE.; *Brodmann GmbHG*, 2. Aufl. 1930, § 34 Anm. 5a; *Hachenburg GmbHG*, 5. Aufl. 1926, § 34 Anm. 14; dezidiert aA noch RGZ 125, 114, 121 f.

<sup>110</sup> BGHZ 9, 157, 174 ff.

<sup>111</sup> Vgl. *Buchwald* BB 1953, 457 ff.; *Vogel* BB 1953, 460 f.; *Mangold/Mangold* BB 1953, 398 f.; zustimmend aber (mit Ausnahme von Einzelheiten zum Verfahren) *Scholz* (Fn. 109), § 15 Anm. 65 mwN. („siegte die Rechtsethik über den Gesetzesbuchstaben“).

<sup>112</sup> *Schilling* JZ 1953, 489, 491. Abl. auch *Schilling* in *Hachenburg GmbHG*, 6. Aufl. 1956, Allg. Einl. Rn. 25 aE.

<sup>113</sup> *Masur* NJW 1949, 407 ff.

<sup>114</sup> *Masur* NJW 1949, 407.

In der Tat handelt es bei der Zitierung des Urteils des II. Zivilsenats des *Reichsgerichts* vom 13. August 1942 um einen kritikwürdigen Missgriff:<sup>115</sup> Anders als die Vorinstanzen erachtete der Senat die Ausschließung eines „aus Deutschland ausgewanderte(n) Jude(n)“ durch Beschluss der Mitgesellschafter vom 27. August 1938 als wirksam, wobei formuliert wurde, dass „sich in der Zeit vom Dezember 1937 bis zum August 1938 die ablehnende Haltung des deutschen Volkes gegenüber dem Judentum erheblich verstärkt“ habe „und dies auch in der Gesetzgebung zum Ausdruck gekommen (sei)“.<sup>116</sup> Daher könne der abweichenden Auffassung der bisherigen Rechtsprechung,<sup>117</sup> wonach „in der Zugehörigkeit eines Gesellschafters zur jüdischen Rasse noch nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund für die Auflösung einer (OHG) oder für die Ausschließung eines jüdischen Gesellschafters liege“,<sup>118</sup> nach „Erlaß der verschärften Judengesetze“ nicht mehr gefolgt werden. Den Einwand des Klägers, dass für die Ausschließung allein „eine sittenwidrige Bereicherungsabsicht der übrigen Gesellschafter maßgeblich gewesen sei“, lässt der Senat nicht gelten, sondern erklärt: „Ist ein wichtiger Grund zur Ausschließung wegen der Rassezugehörigkeit [...] zu bejahen, so wird er nicht dadurch hinfällig, daß die Beklagten etwa bewußt die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücke in der Auseinandersetzungsbilanz zu niedrig angegeben haben“.<sup>119</sup> Im konkreten Fall sollte der ausgeschlossene Gesellschafter daher noch 173.832,35 RM in die GmbH einbezahlen.

*Schilling* hat seinen abweichenden Standpunkt später aufgegeben.<sup>120</sup> Auch das übrige Schrifttum hat die Position des II. Zivilsenats in der Folgezeit weitgehend übernommen,<sup>121</sup> insbesondere nachdem der BGH seine Rechtsprechung in BGHZ 16, 317<sup>122</sup> zwar bestätigt, zugleich aber – der heftigen Kritik an der „Bedingungslösung“<sup>123</sup> entgegenkommend<sup>124</sup> – ausgeführt hat, dass die Festsetzung des Werts der Abfindung im Ausschließungsurteil entbehrlich sei, wenn der Geschäftsanteil des auszuschließenden Gesellschafters

<sup>115</sup> So zutreffend *Schilling* JZ 1953, 489, 491 Fn. 40.

<sup>116</sup> RGZ 169, 330, 335.

<sup>117</sup> Bezugnahme auf RGZ 146, 169, 177 und RG JW 1938, 1825.

<sup>118</sup> Zitiert nach RGZ 169, 330, 336. Gegen RG JW 1938, 1825 allerdings schon *Gefstler* in Schlegelberger HGB, 1. Aufl. 1939, § 140 Anm. 2: „zu eng“

<sup>119</sup> RGZ 169, 330, 337.

<sup>120</sup> In seiner Anmerkung (JZ 1955, 331) zu der bestätigenden, aber auch einschränken- den Entscheidung BGHZ 16, 317, 322 ff. = GmbHR 1955, 127 m. Anm. *Vogel*.

<sup>121</sup> So im Anschluss an *Schilling* JZ 1955, 331 auch *W. Schmidt* (Fn. 101), § 34 Anm. 18.

<sup>122</sup> BGH v. 17.2.1955 – II ZR 316/53, BGHZ 16, 317 = GmbHR 1955, 127 m. Anm. *Vogel* = NJW 1955, 667 = LM § 61 GmbHG Nr. 2 (*R. Fischer*).

<sup>123</sup> Kritisch gegenüber einem bedingten rechtsgestaltenden Ausschließungsurteil: *Scholz* GmbHR 1953, 75; *Vogel* BB 1953, 460; *Mangold* BB 1953, 399; *A. Hueck* DB 1953, 776, 777; aA *H. Schneider* GmbHR 1953, 74.

<sup>124</sup> So auch die Wertung durch *W. Schmidt* (Fn. 101), § 34 Anm. 18a.

„keinen Wert hat“ oder dieser nicht „alles in seinen Kräften Stehende“ tut, „um die Ermittlung dieses Werts ohne nennenswerte Verzögerung der Ausschließung zu ermöglichen“.<sup>125</sup>

Eine rückblickende Bewertung muss zu dem Ergebnis kommen, dass der II. Zivilsenat des BGH mit der Anerkennung der Ausschließung aus wichtigem Grund auch ohne satzungsmäßige Vereinbarung den bereits in der jüngeren RG-Rechtsprechung angelegten Weg zur Problemlösung in angemessener Weise weiterbeschritten hat. Allerdings hätte er für diese sachgerechte Rechtsfortbildung nicht auf die anstößige, politisch motivierte Entscheidung RGZ 169, 330 rekurrieren müssen, da das Reichsgericht bereits in einer unverdächtigen Entscheidung vom 27. Juni 1940<sup>126</sup> diesen Lösungsweg vorgezeichnet hatte, wenngleich dort noch formuliert worden war, dass die Ausschließung *bislang* nur für die Fallgruppe der kartellwidrigen GmbH<sup>127</sup> oder der pflichtwidrigen Nichtleistung im Falle der Nebenleistungs-GmbH<sup>128</sup> Anerkennung gefunden habe.<sup>129</sup>

Die Bedingungslösung wurde in der Folgezeit insbesondere in der Rechtsprechung vorherrschend,<sup>130</sup> blieb indes im Schrifttum stets umstritten,<sup>131</sup> und war – wie BGHZ 192, 236 überzeugend ausgeführt hat – im Ergebnis wenig sachgerecht.<sup>132</sup> Insoweit ist die Rechtsprechungswende<sup>133</sup> daher zu begrüßen.

#### 4. Aktueller Meinungsstand im Schrifttum und offene Fragen

Als Alternative zum *treupflichtbasierten Ansatz* des BGH begründet insbesondere *Altmeyen* die Ausgleichspflicht in Parallele zu § 738 BGB als Folge der *Anwachsung* des Vermögenswertes des eingezogenen Geschäfts-

<sup>125</sup> So BGHZ 16, 317, 324 f.; bestätigt in BGH WM 1964, 1188, 1191.

<sup>126</sup> RGZ 164, 257 (wird auch in RGZ 169, 330, 333 zitiert).

<sup>127</sup> So RGZ 114, 216. Nur für diese Konstellation zustimmend *Brodmann GmbHG*, 2. Aufl. 1930, § 34 Anm. 5 b) aE.; im Übrigen könne die Rechtslage „nur durch das Gesetz geändert werden“. Gegen die Zulässigkeit einer Ausschließung aus wichtigem Grund ohne Satzungsgrundlage auch *Hachenburg* (Fn. 109), § 34 Anm. 18 („wäre Aufgabe des Gesetzgebers“), aber mit dem Vorschlag, die Mitgesellschafter sollten die Zustimmung des aus wichtigem Grund Auszuschließenden gerichtlich erzwingen.

<sup>128</sup> So RGZ 125, 114; bestätigt durch RGZ 128, 1, 15 ff., vgl. weiter RGZ 73, 429; RG JW 1925, 1638; RGZ 108, 20, 23 f. Zur Dogmatik der fehlerhaften Nebenleistungsgesellschaft auch *Ganssmüller GmbHR* 1955, 172 ff. mwN.

<sup>129</sup> RGZ 164, 257, 262.

<sup>130</sup> Umfassende Nachw. bei *Markowsky* (Fn. 24), S. 150 Fn. 808.

<sup>131</sup> Nachw. aus jüngerer Zeit bei *Markowsky* (Fn. 24), S. 153 Fn. 821.

<sup>132</sup> BGHZ 192, 236 Rn 14 ff.

<sup>133</sup> Siehe auch *Strohn* (Fn. 1), S. 10: „Der Senat hat insoweit seine Rechtsprechung durch Urteil vom 24.1.2012 – II ZR 109/11 geändert“.

anteils bei den verbleibenden Gesellschaftern.<sup>134</sup> Wiederum andere befürworten einen *Bereicherungsanspruch*<sup>135</sup> oder suchen eine *rechtsökonomische* Begründung.<sup>136</sup> Eine Jenaer Dissertation hat einen differenzierenden Ansatz verfolgt.<sup>137</sup> Gegen alle dogmatischen Lösungsansätze lassen sich Einwände geltend machen, jedoch sind sämtliche Vorschläge nicht unvertretbar. Daher wird die Haftung der verbleibenden Gesellschafter vielfach in einer offenen richterlichen Rechtsfortbildung<sup>138</sup> gesehen,<sup>139</sup> eine Antwort, die dogmatisch allerdings wenig befriedigt, so dass der Verfasser dieses Beitrags der Anwachsungslösung zuneigt, gegen die doch eher formale und in der Sache letztlich wenig überzeugende Argumente vorgebracht werden.<sup>140</sup>

Ungeachtet all dieser dogmatischen Unterschiede wird ganz überwiegend analog §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG beim Haftungsausfall eines Gesellschafters eine Erhöhung der Haftungsquote der Übrigen angenommen.<sup>141</sup> Nach wie vor offen bzw. umstritten sind folgende Fragen:

Im Zuge der Neuausrichtung der Rechtsprechung durch BGHZ 192, 236 haben zahlreiche Literaturstimmen den Standpunkt eingenommen, dass auch bei anfänglicher Unfähigkeit, die Abfindung aus dem freien Vermögen leisten zu können, das Bedürfnis für eine *Nichtigkeit* des Einziehungsbeschlusses entfallen sei, da doch die verbleibenden Gesellschafter in gleicher Weise wie bei nachträglicher Unfähigkeit persönlich haftbar gemacht werden könnten.<sup>142</sup> Der frühere stv. Senatsvorsitzende *Stroh*n hat indes seine Zweifel an dieser Auffassung mit dem Argument begründet, dass die Ausfallhaftung der verbleibenden Gesellschafter nur das Risiko der Nichtleistung einer von der GmbH geschuldeten Abfindung auffangen solle, dieses Risiko indes gar nicht

<sup>134</sup> Näher *Altmeyen* ZIP 2012, 1685, 1686 ff.; *Altmeyen* NJW 2013, 1025, 1026 ff. In diese Richtung bereits *Pentz* (Fn. 74), S. 451, 469 ff.

<sup>135</sup> In diese Richtung *Priester* ZIP 2012, 658, 659; *Trölitzsch* KSwZ 2013, 53, 58.

<sup>136</sup> So *Tröger* (Fn. 81), S. 23, 46 ff.

<sup>137</sup> *Markowsky* (Fn. 24), S. 178 ff., 185 ff.: Mischung aus Treupflichtverletzung und Bereicherungsanspruch.

<sup>138</sup> So bereits im Anschluss an BGHZ 192, 236: *Ulmer* (Fn. 2), S. 1261, 1268; *J. Schmidt* GmbHR 2013, 953, 956 f. Bereits vor BGHZ 192, 236 in diesem Sinne auch *Altmeyen* (Fn. 18), § 34 Rn. 32.

<sup>139</sup> So jüngst wieder *St. Schneider* ZIP 2016, 2141, 2143; vgl. auch *Görner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 34 Rn. 63; *Sosnitza* (Fn. 42), § 34 Rn. 83 mwN.

<sup>140</sup> Sehr kritisch insbesondere *Ulmer* (Fn. 2), S. 1261, 1272 ff.

<sup>141</sup> *Grunewald* GmbHR 2012, 769, 770; *Schneider/Hoger* NJW 2013, 502, 506; *Schockenhoff* NZG 2012, 449, 451; *J. Schmidt* GmbHR 2013, 953, 958; *Ulmer* (Fn. 2), S. 1261, 1269 f.

<sup>142</sup> Siehe nur *Altmeyen* ZIP 2012, 1685, 1691 („evident“); *Priester* ZIP 2012, 658, 659 f.; *Schockenhoff* NZG 2012, 449, 452; *Blath* GmbHR 2012, 657, 662; *Schneider/Hoger* NJW 2013, 502, 504; ebenso *Fastrich* (Fn. 18) § 34 Rn. 47; *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 49a; *Tröger* (Fn. 81), S. 69 ff.; ausf. *Markowsky* (Fn. 24), S. 209 ff.; *Fritz* Die Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen, 2015, S. 92 ff.; abw. allerdings *J. Schmidt* GmbHR 2013, 953, 961 f.; *Ulmer* (Fn. 2), S. 1261, 1263.

zur Entstehung gelange, wenn von vornherein die Unfähigkeit zur Abfindungsleistung aus freiem Vermögen feststehe. In dieser Konstellation seien die Gesellschafter aufgefordert, von der Einziehung Abstand zu nehmen oder die Finanzierung der Abfindung auf andere Weise sicherzustellen.<sup>143</sup>

Ob diese systematische Unterscheidung als Mittel der Problemlösung überzeugt, erscheint indes höchst fraglich.<sup>144</sup> Zwar ist dem BGH im dogmatischen Ausgangspunkt noch uneingeschränkt zu folgen: Obgleich Zahlungen, die entgegen dem Verbot des § 30 GmbHG geleistet werden, heute generell nicht (mehr) als nichtig gem. § 134 BGB betrachtet werden,<sup>145</sup> so ist doch ein Beschluss, dessen Durchführung gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung verstoßen würde, nichtig.<sup>146</sup> Angesichts der oftmals bestehenden tatsächlichen Unsicherheit über die Fähigkeit zur Abfindungsleistung aus freiem Vermögen im Zeitpunkt der Zahlung wäre eine Ausnahme für den Einziehungsfall indes für die Praxis höchst hilfreich und angesichts der Ausfallhaftung der Mitgesellschafter auch ohne (Rechts-)Nachteile möglich. Allerdings hat der II. Zivilsenat in Ansehung der abweichenden Stellungnahmen in BGHZ 210, 186 ausdrücklich an seiner Rechtsprechung festgehalten, so dass man für die Durchsetzung der überzeugenderen „Gleichstellungsthese“ noch einen langen Atem benötigen wird.

Noch nicht entschieden ist, ob auch Gesellschafter, die *gegen die Einziehung gestimmt* haben, für die Abfindung haftbar gemacht werden können,<sup>147</sup> doch wird man dies sowohl mit dem Argument annehmen müssen, dass alle Gesellschafter vom Wertzuwachs des eingezogenen Geschäftsanteils profitieren,<sup>148</sup> als auch vom BGH-Ansatz ausgehend, wonach alle Gesellschafter haftbar sind, wenn sie die GmbH treuwidrig fortführen.<sup>149</sup> Doch stellt sich dann ein weiteres Problem: Soll dann für einen überstimmten Gesellschafter, der auch die treuwidrige Fortsetzung nicht verhindern kann,

<sup>143</sup> Näher *Strohn* (Fn. 42), § 34 Rn. 31.

<sup>144</sup> Nach verbreiteter Auffassung sei eine erhebliche Rechtsunsicherheit vorprogrammiert: *Schneider/Hoger* NJW 2013, 502, 504; *Schockenhoff* NZG 2012, 449, 452; vgl. in diese Richtung auch *Altmeyen* (Fn. 4), § 34 Rn. 26; *Fastrich* (Fn. 18), § 34 Rn. 47.

<sup>145</sup> Grundlegend BGHZ 136, 125, 129 mit zust. Anm. *Bayer* WuB II C. § 30 GmbHG 1.97; vgl. weiter *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 30 Rn. 51 ff.; so nunmehr auch für Verstöße gegen § 57 AktG: BGH AG 2013, 431 m. zust. Bespr. *Bayer/Scholz* AG 2013, 426 ff.; in diesem Sinne auch schon ausf. *Bayer* in MünchKommAktG, 2. Aufl. 2000, § 57 Rn. 135 ff. (gegen die früher hM).

<sup>146</sup> Siehe nur BGH AG 2012, 680, 681 mwN.; *Bayer* in MünchKommAktG, 4. Aufl. 2016, § 57 Rn. 221 mwN. (zur AG); vgl. zur GmbH nur *K. Schmidt* in Scholz GmbHG, 11. Aufl. 2013, § 45 Rn. 74 mwN.

<sup>147</sup> Dagegen: *Gubitz/Nikoleyczik* NZG 2013, 727 ff.; *Schockenhoff* NZG 2012, 449, 451.

<sup>148</sup> In diese Richtung auch *Altmeyen* ZIP 2012, 1685, 1691; *Schneider/Hoger* NJW 2013, 502, 506; *J. Schmidt* GmbHR 2013, 953, 957 f.; *St. Schneider* ZIP 2016, 2141, 2145; *Wachter* NZG 2016, 961, 967; *Ulmer* (Fn. 2), S. 1261, 1269.

<sup>149</sup> Auch insoweit *St. Schneider* ZIP 2016, 2141, 2145.

ein außerordentliches Austrittsrecht begründet werden?<sup>150</sup> Und haften dann für diesen weiteren Abfindungsanspruch gleichfalls die noch in der GmbH verbleibenden Gesellschafter?

Völlig ungeklärt ist auch, ob neu eintretende Gesellschafter, die weder am Einziehungsbeschluss mitgewirkt noch an der Fortführung (bislang) treuwidrig mitgewirkt haben, gleichfalls haftbar gemacht werden können.<sup>151</sup> Unser *Jubilar* hat im Anschluss an das Referat von *Tröger*<sup>152</sup> die Auffassung geäußert, dass auch in die GmbH „neu eintretende Gesellschafter von der persönlichen Haftung umfasst wären“: Es würden „alle haften, die handeln müssten“.<sup>153</sup>

Offen ist auch, inwieweit – über die unbestritten zulässige individualvertragliche Abbedingung hinaus<sup>154</sup> – die persönliche Subsidiärhaftung in der *Satzung* abbedungen<sup>155</sup> oder auf diejenigen Gesellschafter begrenzt werden kann, die für die Einziehung gestimmt haben.<sup>156</sup> Ungeklärt ist weiterhin, ob für die haftenden Gesellschafter ein Regressanspruch gegenüber der GmbH begründet ist.<sup>157</sup>

Kontrovers diskutiert wird weiter, ob die von BGHZ 192, 236 formulierte Abgrenzung zu BGHZ 9, 157<sup>158</sup> in dem Sinne zu verstehen ist, dass im Falle einer *Ausschließung aus wichtigem Grund bei Fehlen einer Satzungsregelung* an der Bedingungslösung festzuhalten sei<sup>159</sup> oder ob auch in dieser Konstellation – ebenso wie bei der Einziehung – die Ausschließung von der Abfindung abzukoppeln und der ausgeschlossene Gesellschafter hinsichtlich seines Abfindungsanspruchs auf die subsidiäre Haftung der verbliebenen Gesellschafter zu verweisen sei.<sup>160</sup> Trotz der vorsichtig-distanzierenden Ausführungen in BGHZ 192, 236<sup>161</sup> überzeugen die Einwände gegen die Bedin-

<sup>150</sup> In diesem Sinne insbesondere *Altmeyen* ZIP 2012, 1685, 1691 und ZIP 2016, 1557, 1561 f.; ähnlich auch *Grunewald* GmbHHR 2012, 769, 771.

<sup>151</sup> Dafür *St. Schneider* ZIP 2016, 2141, 2145; dagegen *Schneider/Hoger* NJW 2013, 502, 506.

<sup>152</sup> *Tröger* (Fn. 81), S. 23 ff.

<sup>153</sup> Zitiert nach *Pfaffinger* ebd., S. 79, 82.

<sup>154</sup> Siehe nur BGHZ 210, 186 Rn. 32.

<sup>155</sup> Dafür etwa *Trölitzsch* KSzW 2013, 55, 58; restriktiv *Grunewald* GmbHHR 2012, 769, 771; gänzlich abl. *Fastrich* (Fn. 56), § 34 Rn. 47; zustimmend *J. Schmidt* GmbHHR 2013, 953, 960.

<sup>156</sup> Dafür *Grunewald* GmbHHR 2012, 769, 772.

<sup>157</sup> Siehe nur *Wachter* NZG 2016, 961, 968.

<sup>158</sup> Nochmals BGHZ 192, 236 Rn. 16.

<sup>159</sup> So *Seibt* in Scholz GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anh. § 34 Rn. 43 ff.; ähnlich *Ulmer/Habersack* (Fn. 18), Anh. § 34 Rn. 37.

<sup>160</sup> Dafür *Lutter/Kleindiek* (Fn. 21), § 34 Rn. 65a; *Altmeyen* (Fn. 4), § 60 Rn. 99; *Strohn* (Fn. 42), § 34 Rn. 174; tendenziell auch *Fastrich* (Fn. 56), Anh. § 34 Rn. 14.

<sup>161</sup> Siehe nochmals BGHZ 192, 236 Rn. 16.

gungslösung auch im Falle der Ausschließung; insoweit sollte die Linie von BGHZ 9, 157 bei nächster Gelegenheit endgültig aufgegeben werden.<sup>162</sup>

### III. Schluss

Die vom Gesetz nur unzureichend geregelte Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen ist vom II. Zivilsenat des BGH in zahlreichen Grundsatzentscheidungen konkretisiert und den Bedürfnissen der Praxis angepasst worden. Dies gilt insbesondere auch für die unter dem Vorsitz des *Jubilars* getroffenen neueren Entscheidungen. Allerdings fehlt bis heute ein überzeugendes Gesamtkonzept. Hinzu kommt eine zusätzliche Rechtsschutzproblematik, wenn sich der ausgeschlossene Gesellschafter gegen eine (vermeintlich) unwirksame Einziehung wendet, jedoch in Folge einer vom Geschäftsführer vorgenommenen Änderung der Gesellschafterliste seine Gesellschafterrechte nicht mehr geltend machen kann (§§ 40, 16 GmbHG): Die Praxis einiger Instanzgerichte, die dem betroffenen Gesellschafter jeglichen einstweiligen Rechtsschutz verweigert, ist in höchstem Maße kritikwürdig und verfehlt.<sup>163</sup> Der Praxis ist dringend eine sorgfältig durchdachte Regelung im Gesellschaftsvertrag anzuraten. Besser wäre eine vernünftige und umfassende Neuregelung von Einziehung und Ausschließung/Austritt durch den Gesetzgeber!

<sup>162</sup> In diesem Sinne auch *Tröger* (Fn. 81), S. 23, 65 ff.

<sup>163</sup> Hierzu näher *Bayer* FS Marsch-Barner 2018 (speziell mit Kritik am Berliner KG) und *Bayer/Selentin* FS 25 Jahre DNotI, 2018 (dogmatisches Konzept).



# Unter welchen Voraussetzungen ist der an der betroffenen Drittgesellschaft beteiligte GmbH-Gesellschafter vom Stimmrecht gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen?

FALK BERNAU

Gemäß § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ist ein Gesellschafter, welcher durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, vom Stimmrecht ausgeschlossen. Dasselbe gilt nach § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG, wenn über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber ihm zu beschließen ist. Danach hat ein Gesellschafter bei einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts ihm gegenüber betrifft, kein Stimmrecht. Bezieht sich der Beschluss nicht auf ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem ihrer Gesellschafter, sondern auf ein Rechtsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einer anderen Gesellschaft (nachfolgend Drittgesellschaft), an der ihr Gesellschafter ebenfalls beteiligt ist, scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG aus. Jedoch kommt eine analoge Anwendung in Betracht, die jedoch voraussetzt, dass es die Beteiligung des GmbH-Gesellschafter an der Drittgesellschaft rechtfertigt, im Sinne des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG das Rechtsgeschäft der mit der GmbH kontrahierenden Drittgesellschaft als solche ihres Gesellschafter anzusehen. Das bedeutet aber auch, dass nicht jedes Rechtsgeschäft einer GmbH mit der Drittgesellschaft, an der einer ihrer Gesellschafter ebenfalls beteiligt ist, von dem Stimmverbot mittels einer analogen Anwendung der Vorschrift erfasst werden kann. § 47 Abs. 4 GmbHG findet über die ausdrücklich normierten Fälle hinaus nicht auf jeden Fall einer Interessenkollision oder auf jeden Fall in dem der Grundgedanke des Stimmverbots zum Tragen kommt, dass nämlich ein Gesellschafter nicht Richter in eigener Sache sein darf, entsprechende Anwendung. Eine solche Lösung ginge auf Kosten der Rechtssicherheit und könnte ein sachgerechtes Zusammenwirken der Gesellschafter entsprechend dem Gewicht ihrer Beteiligungen in Frage stellen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 20. Januar 1986 – II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 33 mwN.

Näher untersucht werden soll hier die persönliche Reichweite des Stimmverbots für den GmbH-Gesellschafter bei der Abstimmung über ein Rechtsgeschäft der GmbH mit einer Drittgesellschaft, an der er ebenfalls beteiligt ist.

## I. Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats

Der *II. Zivilsenat* hat wiederholt ausgeführt, § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG liege der Gedanke zugrunde, dass von einem selbst am Geschäft Beteiligten nicht zu erwarten sei, er werde bei seiner Stimmabgabe die eigenen Belange denen der GmbH nachstellen.<sup>2</sup> Dieser Gedanke könne aber nicht immer bereits zu einem Stimmrechtsausschluss führen, wenn sich ein Gesellschafter überhaupt in einem Interessenkonflikt befinde; eine solche Lösung ginge auf Kosten der Rechtssicherheit und könne ein sachgerechtes Zusammenwirken der Gesellschafter entsprechend dem Gewicht ihrer Beteiligungen in Frage stellen. Das schließe es aber nicht aus, § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG in bestimmten typischen Fällen sinngemäß anzuwenden, in denen ein Gesellschafter mit einem als Geschäftsgegner der GmbH in Aussicht genommenen fremden Unternehmen zwar nicht rechtlich identisch, wohl aber wirtschaftlich so stark verbunden sei, dass man sein persönliches Interesse dem dieses Unternehmens völlig gleichsetzen könne.<sup>3</sup> Maßgebend hierfür sei das in der anderweitigen Beteiligung des Gesellschafters verkörperte Interesse, das bei Entscheidungen über Rechtsgeschäfte mit diesem Unternehmen eine unbefangene Stimmabgabe – wie in den unmittelbar in § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG geregelten Fällen – in der Regel ausschließe und deshalb für die GmbH eine erhebliche Gefahr bedeute.<sup>4</sup> Dabei komme es entscheidend auf die wirtschaftliche und unternehmerische Einheit des Gesellschafters mit dem Vertragspartner der GmbH an, wobei primär nicht die Frage der Leitungsmacht und damit der Entschlussfreiheit innerhalb dieses Unternehmens maßgeblich sei, sondern der Interessenwiderstreit des abstimmenden Gesellschafters im Hinblick auf ein ihn wirtschaftlich selbst betreffendes Geschäft.<sup>5</sup> Andererseits reiche es für ein Stimmverbot nicht aus, wenn der Gesellschafter der GmbH an der anderen Gesellschaft nur eine geringe Beteiligung nach dem Vorbild des Minderheitskommanditisten oder -aktionärs halte. Ein solcher Gesellschafter möge mit dem Wohl und Wehe des anderen Unternehmens allein aufgrund seiner Beteiligung daran nicht immer so eng verbunden seien,

<sup>2</sup> *BGH*, Urteil vom 9. Dezember 1968 – II ZR 57/67, BGHZ 51, 209, 215; Urteil vom 29. März 1973 – II ZR 139/70, NJW 1973, 1039, 1040.

<sup>3</sup> *BGH*, Urteil vom 10. Februar 1977 – II ZR 81/76, BGHZ 68, 107, 109 f.

<sup>4</sup> *BGH*, Urteil vom 10. Februar 1977 – II ZR 81/76, BGHZ 68, 107, 110.

<sup>5</sup> *BGH*, Urteil vom 29. März 1973 – II ZR 139/70, NJW 1973, 1039, 1040 f.; Urteil vom 7. Februar 2012 – II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rn. 32.

dass man ihn und das Unternehmen als Einheit betrachten und deshalb generell davon ausgehen könne, er werde sein hierdurch geleitetes Interesse bei einer Abstimmung über das der GmbH stellen.<sup>6</sup> Diese Grundsätze hat der Senat zuletzt im Urteil vom 7. Februar 2012 zu Gesellschafterbeschlüssen einer GbR – unter dem Vorsitz des Jubilars – zustimmend bestätigt.

Der Senat hat bislang obiter dictum ausgeführt, dass der Stimmrechtsausschluss gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG dann eingreift, wenn ein Gesellschafter der GmbH als persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Gesellschaft angehört und diese Geschäftsgegnerin der GmbH ist oder der Gesellschafter der GmbH als Alleingesellschafter einer juristischen Person, der Geschäftsgegnerin der GmbH, ist und diese wirtschaftlich ausschließlich als sein Unternehmen zu betrachten ist. Denn der Alleingesellschafter der Geschäftsgegnerin könne sich in seiner Eigenschaft als Mitglied der GmbH bei einem Geschäft zwischen beiden Unternehmen in einem Interessenwiderstreit befinden, der seine Stimmabgabe als Gesellschafter der GmbH zu deren Nachteil beeinflussen könne.<sup>7</sup> Entschieden ist durch den Senat, dass das Stimmverbot greift, wenn der Gesellschafter der GmbH sämtliche Anteile an einer weiteren GmbH innehat, die als persönlich haftende Gesellschafterin wesentlich an einer GmbH & Co KG beteiligt ist, die Geschäftsgegnerin der GmbH ist,<sup>8</sup> ferner auch, wenn mehrere Gesellschafter der GmbH sämtliche Geschäftsanteile der Drittgesellschaft innehaben, mit der die GmbH das Geschäft vornehmen soll.<sup>9</sup>

Nicht abschließend geklärt ist somit in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats die persönliche Reichweite des Stimmverbots in den Konstellationen, in denen das Rechtsgeschäft der Sache nach unter § 47 Abs. 4 Satz 2 Fall 1 GmbHG fällt, der GmbH-Gesellschafter der Drittgesellschaft aber nicht als maßgebliches Mitglied (persönlich haftender Gesellschafter mit wesentlicher Beteiligung; Alleingesellschafter) angehört, an ihr aber auch nicht nur lediglich nach dem Vorbild des Minderheitsgesellschafters mit bloßen Anlageinteressen beteiligt ist. Es geht also um die Frage, unter welchen Voraussetzungen in einer zwischen diesen beiden Polen gelagerten Beteiligungsposition des Gesellschafters eine zum Stimmverbot führende persönliche Betroffenheit des Gesellschafters vorliegt und ob dabei eher aus Gründen der Rechtssicherheit eine rein formale Betrachtungsweise angezeigt ist oder aber eine auf den Zweck des Stimmverbots ausgerichtete Einzelfallbetrachtung, soweit dies mit der Rechtssicherheit vereinbar ist.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> *BGH*, Urteil vom 29. März 1971 – III ZR 255/68, *BGHZ* 56, 47, 53; Urteil vom 10. Februar 1977 – II ZR 81/76, *BGHZ* 68, 107, 110.

<sup>7</sup> *BGH*, Urteil vom 29. März 1973 – II ZR 139/70, *NJW* 1973, 1039, 1040.

<sup>8</sup> *BGH*, Urteil vom 29. März 1973 – II ZR 139/70, *NJW* 1973, 1039, 1041.

<sup>9</sup> *BGH*, Urteil vom 10. Februar 1977 – II ZR 81/76, *BGHZ* 68, 107, 109.

<sup>10</sup> *BGH*, Urteil vom 29. März 1973 – II ZR 139/70, *NJW* 1973, 1039, 1041.

## II. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

1. Ein Teil der Oberlandesgerichte lässt für ein Stimmverbot eine erhebliche Beteiligung des GmbH-Gesellschafters an der Drittgesellschaft ausreichen, wenn er dort eine unternehmerische Funktion wahrnimmt. Das Stimmrecht ist danach aufgrund des abstrakt drohenden Interessenkonflikts ausgeschlossen.

Nach einem Urteil des *OLG Celle* ist § 47 Abs. 4 GmbHG entsprechend anzuwenden und ein Stimmverbot anzunehmen, wenn der betroffene Gesellschafter in beiden Gesellschaften Gesellschafter<sup>11</sup> und Geschäftsführer ist. Eine Interessenkollision liege auf der Hand, da der Gesellschafter und Geschäftsführer sowohl der GmbH als auch der Drittgesellschaft das Wohl beider Gesellschaften im Auge haben und zwangsläufig das Interesse einer der beiden Gesellschaften vernachlässigen müsse. Nach dem Rechtsgedanken der Vorschrift solle das Stimmverbot eine Interessenkollision verhindern; das Gesetz wolle verbandsfremde Sonderinteressen von der Einwirkung auf Verbandsentscheidungen fernhalten. Deshalb sei – obwohl der Vorschrift kein allgemeines Prinzip zu entnehmen sei, dass beim Vorliegen jedweden Interessenkonflikts ein Stimmrechtsausschluss platzzugreifen habe – eine weite Auslegung oder auch eine Analogie angemessen.<sup>12</sup>

So genügt es nach Ansicht des *OLG München* für die Annahme eines Stimmverbots nicht, wenn der Gesellschafter an der Vertragspartnerin als Kommanditist, wenn auch mit 94 % der Kommanditanteile, ohne unternehmerischen Einfluss beteiligt ist. Das *OLG München* stellt mithin maßgeblich auf den fehlenden Einfluss bei der Willensbildung der Vertragspartnerin ab.<sup>13</sup> Hingegen ging derselbe Senat des *OLG München* in einem vorhergehenden Rechtsstreit zwischen denselben Parteien davon aus, dass der Gesellschafter bei der Vertragspartnerin neben seiner Beteiligung von 94 % der Kommanditanteile auch maßgeblich an deren rechtsgeschäftlichen Willensbildung beteiligt war und nahm deshalb ein Stimmverbot an.<sup>14</sup>

Nach einem Urteil des *KG* ist § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG entsprechend anzuwenden, wenn der Gesellschafter der GmbH zugleich zu 50 % Gesellschafter der Vertragspartnerin und auch deren alleiniger Geschäftsführer ist. Nach dem Rechtsgedanken der Vorschrift solle das Stimmverbot eine Interessenkollision verhindern, so dass eine weite Auslegung oder auch eine Analogie angemessen sei.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Mit 10 % Gesellschafteranteil an der GmbH, Beteiligung an der Drittgesellschaft nicht mitgeteilt.

<sup>12</sup> *OLG Celle*, Urteil vom 24. März 1999 – 9 U 196/98, NZG 1999, 1161, 1163.

<sup>13</sup> *OLG München*, Urteil 26. Januar 2011 – 7 U 3764/10, GmbHR 2011, 590, 593.

<sup>14</sup> *OLG München*, Urteil vom 2. März 2005 – 7 U 4759/04, NZG 2005, 554, 555.

<sup>15</sup> *KG*, Urteil vom 8. Mai 2014 – 12 U 22/13, NZG 2015, 198 Rn. 12.

2. Hingegen sah das *OLG Brandenburg* in einem aktuellen Urteil die Voraussetzungen für ein Stimmrechtsverbot analog § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG bei einer Mehrheitsbeteiligung des Gesellschafters in vergleichbarer Höhe in den beiden beteiligten Gesellschaften im konkreten Fall als nicht erfüllt an. Allein aus einer Beherrschung der Drittgesellschaft durch den GmbH-Gesellschafter lasse sich auf eine Interessenkollision jedenfalls dann nicht schließen, wenn der Gesellschafter zugleich die Mehrheit der Geschäftsanteile in der GmbH besitze, in deren Gesellschafterversammlung die Abstimmung vorgenommen werden solle. In einem solchen Fall sei nicht gewiss, in welcher Gesellschaft der Gesellschafter seine Interessen mehr verfolge.<sup>16</sup> Das Stimmrecht ist danach nur dann ausgeschlossen, wenn eine Interessenkollision im konkreten Einzelfall zu befürchten ist.

### III. Das Meinungsbild im Schrifttum

Die Literatur bietet eine Vielzahl von – sich teilweise überschneidenden – Lösungsvorschlägen in unterschiedlichen Facetten an, die sich deshalb zum Teil nur schwer kategorisieren lassen.

#### 1. Abstrakte Bewertung allein anhand der Beteiligungsquote/-verhältnisse

Eine Orientierung allein am prozentualen Umfang der jeweiligen Beteiligung wird von *Koppensteiner* und *Koppensteiner/Gruber* befürwortet. Danach könne weder die Beherrschung der Drittgesellschaft noch eine erhebliche Beteiligung an derselben den Ausschlag geben. Beide Kriterien würden nichts darüber aussagen, die Interessen welcher Gesellschaft das Abstimmungsverhalten schließlich motivieren würden. Beherrsche jemand beispielsweise eine AG infolge einer erheblichen Beteiligung und halte er gleichzeitig nahezu alle Anteile einer GmbH, so sei keineswegs zu erwarten, dass er die AG zu Lasten der GmbH begünstigen werde. Auch die Wahrnehmung unternehmerischer Funktionen sei insignifikant. Sei etwa ein Kleinaktionär Vorstandsmitglied der Beteiligungs AG und außerdem Alleingesellschafter einer GmbH, dann sei eine Schädigung der GmbH nicht zu besorgen. Denn es könne nicht erwartet werden, dass der Betreffende gerade jene Gesellschaft schädige, deren Geschäftsergebnis voll bei ihm zu Buche schlage, während sich der Gewinn der Kontrahentin nur geringfügig bei ihm auswirke. Andererseits könne nicht ohne weitere Präzisierung darauf abgestellt werden, auf Seiten welcher Gesellschaft der größere Vorteil zu erwarten sei. Wegen der Vielzahl der möglichen Variablen – Gewinn aus dem Rechtsgeschäft für die jeweilige Gesellschaft, Höhe der Kapitalanteile, Höhe der

<sup>16</sup> *OLG Brandenburg*, Urteil vom 5. Januar 2017 – 6 U 21/14, ZIP 2017, 1417 Rn. 78.

Gewinnbeteiligung, Steuersatz – wäre eine solche Formulierung nicht geeignet, eine Regel zu liefern, die dem im Bereich der Stimmverbote besonders ausgeprägten Bedürfnis nach Rechtsanwendungssicherheit und -leichtigkeit genüge. Es müsse daher ein handhabbares Kriterium gewählt werden, das auch dem hinter der Zurechnung stehenden Rechtsgedanken entspreche, selbst wenn dabei Konzessionen an die „Richtigkeit“ des Ergebnisses im Einzelfall gemacht werden müssten. Von den Fällen persönlicher Haftung abgesehen, deren Behandlung sich sozusagen selbst rechtfertige, biete es sich an, auf den prozentualen Umfang der Beteiligung an beiden Gesellschaften abzustellen. Daran lasse sich im Regelfall ablesen, an welcher Gesellschaft der Betreffende stärker interessiert sei. Einem danach nicht stimmberechtigten Gesellschafter sei aber der Nachweis zu gestatten, dass ausnahmsweise keine Befangenheit zu befürchten sei. Damit ließen sich die Fälle lösen, wo die Beteiligungsquote an beiden Gesellschaften unwesentlich differiere.<sup>17</sup>

Auch *Kuhn* tritt für eine Abstufung orientiert am Beteiligungsumfang ein. Die entscheidende Frage sei, wie weit der Anwendungsbereich des § 47 Abs. 4 GmbHG bei der Beteiligung eines GmbH-Gesellschafters an einer Drittgesellschaft reiche. Sei der Gesellschafter an der Drittgesellschaft mit mehr als 50 % beteiligt, sei aufgrund des ersten Anscheins von einem Stimmverbot auszugehen, da er typischerweise Beschlüsse fassen und Weisungen erteilen könne. Dies könne widerlegt werden, wenn z.B. nachgewiesen werde, dass die Macht des Gesellschafters bei der Drittgesellschaft geringer sei und er zu diesen Maßnahmen nicht in der Lage sei, weil er beispielsweise Anteile mit geringerer Stimmenmacht halte oder wegen anderer Mehrheitserfordernisse. Bei genau 50 %-iger Beteiligung gelte dies hingegen nicht. Der GmbH-Gesellschafter könne dann bei der Drittgesellschaft grundsätzlich nur Maßnahmen unterbinden, nicht veranlassen, da er allein grundsätzlich keinen Beschluss fassen oder eine Weisung erteilen könne. Ein typischer Verlauf, der prima facie zu einem Stimmverbot führe, existiere dann nicht, vielmehr sei das Gegenteil der Fall, so dass grundsätzlich vom Stimmrecht auszugehen sei. Jedoch könne dieser typischer Verlauf widerlegt werden, wenn z.B. nachgewiesen werde, dass der Gesellschafter bei der Drittgesellschaft zugleich alleiniges Leitungsorgan oder zumindest einzelvertretungsbefugt und das Geschäft eines sei, für das ein Gesellschafterbeschluss nicht notwendig sei. Widerlegt wäre dieser typische Verlauf bei einer genau 50 %-igen Beteiligung auch, wenn die Geschäftsanteile an der Drittgesellschaft des betroffenen GmbH-Gesellschafters nachgewiesen mit einer stärkeren Stimmenmacht ausgestattet seien, die ihm erlaubten, Beschlüsse zu fassen und Weisungen an die Geschäftsführung zu erteilen. Eine Minderheitsbeteiligung an der Dritt-

<sup>17</sup> *Koppensteiner* in Festschrift Schönherr, 1986, S. 205, 210 ff; *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 47 Rn. 60.

gesellschaft reiche grundsätzlich für sich genommen nicht für ein Stimmverbot aus.<sup>18</sup>

*Peters/Strothmann* nehmen einen generellen Stimmrechtsausschluss bei einer Beteiligung des GmbH-Geschafters an der Drittgesellschaft an. Es realisiere sich der Interessenkonflikt, der durch § 47 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen werden solle. Abstrakt sei nicht auszuschließen, dass der Geschafter die Interessen der zweiten Beteiligung über die Interessen der GmbH stelle.<sup>19</sup>

## 2. Beherrschung

Nach *Hüffer* und *Hüffer/Schürnbrand* ist bei der notwendigen Konkretisierung der Interessenverknüpfung der Tatsache Rechnung zu tragen, dass sich der Ausschluss des Stimmrechts nicht mit einer am Einzelfall orientierten Interessenabwägung vertrage. Eine praktikable Lösung könne nur um den Preis gewisser Vergrößerungen erzielt werden. Für die Frage des Stimmverbots in den Fällen, in denen der GmbH-Geschafter nicht maßgebliches Mitglied der Drittgesellschaft sei, sei deshalb auf die Beherrschung im Sinne des § 17 AktG abzustellen, die indizierende Bedeutung für die Interessenverknüpfung habe. Dies aber nicht, weil es auf die Beherrschung an sich ankäme, sondern weil derjenige, der in der Drittgesellschaft über eine entsprechende Position, besonders über die Stimmenmehrheit, verfüge, typischerweise in der Gefahr stehe, daraus resultierende Sonderinteressen in der GmbH durchzusetzen. Diese Lösung sei zwar nicht in allen Einzelfällen sachgerecht, habe aber den Vorzug, dem Gebot der Rechtsklarheit und Sicherheit am ehesten zu entsprechen, so dass auch kein Gegenbeweis zugelassen werden solle. Bei Beteiligungen, die eine Beherrschung im Sinne des § 17 AktG nicht vermitteln würden, blieben die mitgliedschaftlichen Treubindungen zu beachten, könne also der Beschluss bei deren Verletzung anfechtbar sein.<sup>20</sup>

Für *Uwe H. Schneider* ist der Grund der Zurechnung entscheidend, der darin bestehe, dass die abstrakte Interessenkollision gleich zu werten sei wie in den gesetzlich geregelten Fällen. Die bloße Mitwirkung an der Willensbildung und Entscheidungsfindung in der Drittgesellschaft könne hierfür nicht ausreichen. Daher sei der Geschafter einer GmbH nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn über die Einleitung eines Rechtsstreits gegen eine AG abgestimmt werde und der Geschafter einige wenige Aktien an dieser Gesellschaft halte. Andererseits sei auch nicht Voraussetzung, dass der Geschafter die befangene Gesellschaft dauerhaft leite, mit ihr einen Konzern

<sup>18</sup> *Kuhn*, EWiR 2015, 311, 312.

<sup>19</sup> *Peters/Strothmann* in Festschrift Meilicke, 2010, S. 511, 522 f.

<sup>20</sup> *Hüffer* in GroßKommGmbHG, 8. Aufl. 1997, § 47 Rn. 136; *Hüffer/Schürnbrand* in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 137.

bilde oder sonstige unternehmerische Funktionen wahrnehme. Entscheidend sei vielmehr die abstrakte Gefährdungslage, nämlich dass der Gesellschafter aufgrund seiner Beteiligung an der Drittgesellschaft unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf diese ausübe und damit die Einzelentscheidung der befangenen Drittgesellschaft bestimmen könne. Dem müsse es gleichstehen, dass der Gesellschafter bei der Drittgesellschaft als Organmitglied deren Geschäftsführung bestimme. Denn auch in § 181 BGB, den § 47 Abs. 4 GmbH ergänzen wolle, werde der Fall der Mehrfachvertretung dem Fall des Selbstkontrahierens gleichgestellt.<sup>21</sup>

Auch nach Ansicht von *Hillmann* ist maßgeblich auf die Beteiligungsverhältnisse abzustellen. Bei Mehrheitsbeteiligungen sei regelmäßig entsprechend der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG davon auszugehen, dass der Gesellschafter maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsorgane der Gesellschaft besitze. Eine Minderheitsbeteiligung oder die Stellung als rein kapitalistisch beteiligter Kommanditist ohne unternehmerische Funktionen führe hingegen nicht zu einer Erstreckung des Stimmverbots der Drittgesellschaft auf den Gesellschafter.<sup>22</sup>

*Roth* verlangt eine interessenorientierte Handhabung des Stimmrechtsausschlusses, bei der nach der Intensität der Beteiligung zu differenzieren sei. Stehe die Drittgesellschaft im Interessengegensatz zur GmbH und sei das Mitglied GmbH-Gesellschafter, so hänge es vom wirtschaftlichen Gewicht der Mitgliedschaft ab, ob eine Interessenidentität angenommen werden könne. Im Zweifel seien die Grenzen des Stimmrechtsausschlusses eher weit als eng zu stecken. Bereits der potentielle Interessenkonflikt sei bis zum Beweis des Gegenteils für ausreichend zu erachten.<sup>23</sup>

Nach Auffassung von *Casper* ist der an der Drittgesellschaft beteiligte GmbH-Gesellschafter grundsätzlich nicht gehindert, sein eigenes Stimmrecht auszuüben, es sei denn, bei ihm bestehe aufgrund der unternehmerischen Beteiligung an der Drittgesellschaft und dem damit verbundenen wirtschaftlichen Interesse ein mit dem Interessenkonflikt der Drittgesellschaft vergleichbarer Interessenkonflikt. Dies dürfte für maßgeblich beteiligte Personen regelmäßig zu bejahen sein. Zumindest greife insoweit die Vermutungswirkung der §§ 17, 18 AktG ein. Unterliege schließlich alleine das Organmitglied der Drittgesellschaft der Interessenkollision, so sei diese (die Drittgesellschaft) nur dann von ihrem Stimmrecht ausgeschlossen, wenn das Organmitglied maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Drittgesellschaft habe, was bei Alleinorganen stets der Fall sei, bei mehreren Fremdorganen hingegen im Einzelnen darzulegen sei.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> *Uwe H. Schneider*, ZHR 150 [1986], 609, 617 f.

<sup>22</sup> *Hillmann* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 47 GmbHG Rn. 55.

<sup>23</sup> *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 83 ff.

<sup>24</sup> *Casper* in Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 47 Rn. 48.

Schließlich stellt auch *Schindler* auf der Ebene unterhalb der alleinigen Gesellschafterstellung oder eines persönlichen Haftungsrisikos in der betroffenen Drittgesellschaft maßgeblich auf den faktischen Einfluss in der Drittgesellschaft ab, in Zweifelsfällen sei auch auf das Verhältnis der Beteiligungshöhe in der GmbH einerseits und der Drittgesellschaft andererseits heranzuziehen. Ein maßgeblicher Einfluss in der Drittgesellschaft sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter diese im Sinne des § 17 AktG beherrsche, ohne dass es auf eine Unternehmereigenschaft ankomme. Dies könne auch bei knapper einfacher Mehrheit der Fall sein, ohne dass weitere Einflussmöglichkeiten hinzutreten müssten. Eine nur 50 %-ige Beteiligung in der Drittgesellschaft oder eine geringere Beteiligung reiche grundsätzlich nicht, wobei man hier gegebenenfalls eine Ausnahme machen müsse, wenn die wirtschaftlichen Interessen des Gesellschafters bei einer 50 %-igen Beteiligung diejenigen in der Gesellschaft selbst überwiegen würden und der Beschlussgegenstand einen Interessenkonflikt nahelege.<sup>25</sup>

### 3. Das unternehmerische Interesse

Für *Zöllner* und *Zöllner/Noack* – die zudem zwischen Personengesellschaften und juristischen Personen differenzieren – ist das unternehmerische Interesse in der Drittgesellschaft das maßgebliche Abgrenzungskriterium. Auf den Vergleich prozentualer Beteiligungen abzustellen entspreche nicht dem Normzweck der Stimmverbote. Zwar hänge das wirtschaftliche Interesse an der Abstimmung von der Höhe der Beteiligung an der GmbH und deren Relation zur Beteiligung an der Drittgesellschaft ab, jedoch könne dieses Interesse bei einer geringfügigen Beteiligung an einer großen Gesellschaft stärker sein als bei Innehabung aller Anteile an einer kleinen Gesellschaft. Auf die Maßgeblichkeit der Beteiligung im Sinne einer Beherrschung könne es daher nicht ankommen, sondern vielmehr darauf, ob derjenige, dessen Abstimmungsbefugnis in Frage stehe, in der Drittgesellschaft über finanzielle Interessen hinaus unternehmerische Funktionen wahrnehme, ob er also als Unternehmergegesellschafter einzuordnen sei.<sup>26</sup>

Nach Auffassung von *Villeda* unterliegt der GmbH-Gesellschafter einem Stimmverbot, sofern seine Nähe zur Drittgesellschaft größer ist als zur GmbH, was zu vermuten sei, wenn er dort ein unternehmerisches Interesse habe. Eine Mehrheitsbeteiligung in der Drittgesellschaft sei ein Indiz dafür, aber nicht zwingende Voraussetzung. Das Indiz dürfe hingegen entkräftet

<sup>25</sup> *Schindler* in BeckOKGmbHG, 33. Edition, 1. November 2017, § 47 Rn. 136.

<sup>26</sup> *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, Seite 279 f.; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 47 Rn. 97, 99.

seien, wenn auch an der GmbH eine Mehrheitsbeteiligung bestehe, insbesondere wenn sie bedeutender sei als bei der Drittgesellschaft.<sup>27</sup>

#### 4. *Interessenabwägung im konkreten Einzelfall*

Nach *Drescher* hängt unterhalb der Alleinherrschaft der Interessenkonflikt und damit ein Stimmverbot von den Besonderheiten des Einzelfalls ab. Das unternehmerische Interesse in der Drittgesellschaft sei kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Allein aus der Beherrschung auch der Drittgesellschaft durch den GmbH-Gesellschafter könne nicht auf eine Interessenkollision geschlossen werden. Auch der Abgleich der Beteiligungsquote mit der Annahme eines größeren Einflusses bei der Gesellschaft, bei der der GmbH-Gesellschafter den höheren Anteil halte, sei kein geeignetes Kriterium, da dies zu pauschal sei und bei einer geringen Beteiligung an beiden Gesellschaften zu unplausiblen Ergebnissen, hingegen bei einer Beteiligung an beiden Gesellschaften mit über 50 % zu Zufallsergebnissen führe. Je höher die Beteiligung an der Drittgesellschaft sei, desto näher liege eine Interessenkollision. Das Beteiligungsverhältnis an der GmbH und der Drittgesellschaft sei zwar allein nicht ausschlaggebend, könne aber bei großer Diskrepanz einen Anhaltspunkt geben. Wenn die Drittgesellschaft eine GmbH sei und der Gesellschafter dort aufgrund der Beherrschung eher einen Zugriff auf die Leistung habe als in der GmbH, in der die Abstimmung anstehe, spreche dies für ein Stimmverbot. Die Stellung als Kommanditist der Drittgesellschaft genüge nicht. Eine knappe Mehrheit allein führe nicht zum Stimmverbot, wohl aber verbunden mit weiteren Einflussmöglichkeiten. Die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Drittgesellschaft führe jedenfalls bei den Stimmverboten wegen Befreiung von einer Verbindlichkeit und Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zum Stimmverbot, weil ein persönliches Interesse naheliege. Auch wenn der Gesellschafter in der Drittgesellschaft Geschäftsführungsaufgaben wahrnehme und an ihr beteiligt sei, sei von einer Interessenkollision auszugehen, die zum Stimmverbot führe. Beherrsche aber der Gesellschafter als Alleingesellschafter den (geschäftsführenden und persönlich haftenden) Komplementär einer KG bestehe ein Stimmverbot.<sup>28</sup>

Für *Römermann* ist der Ausgangspunkt der Normzweck des § 47 Abs. 4 GmbHG, nämlich gesellschaftsfernde Einflüsse von der Willensbildung der GmbH fernzuhalten. Der Gesellschaftstypus sei kein geeignetes Entscheidungskriterium, da der Gesellschafter einer befangenen Kapitalgesellschaft in gleicher Weise versuchen könne, deren Interessen über sein persönliches Stimmrecht zur Geltung zu verhelfen, wie der Gesellschafter einer befange-

<sup>27</sup> *Villeda*, AG 2013, 57, 70.

<sup>28</sup> *Drescher* in MünchKommGmbHG, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 199 f.

nen Personengesellschaft. Der Gesellschafter mache sich die Interessen seiner Gesellschaft nicht nur dann zu eigen, wenn er persönlich hafte, weshalb die Fokussierung auf den Haftungsaspekt deshalb zu kurz greife. Es sei deshalb unabhängig vom Gesellschaftstypus die Interessenverknüpfung zwischen dem Gesellschafter und seiner Gesellschaft in den Blick zu nehmen. Die Beherrschung der Drittgesellschaft durch den Gesellschafter, also seine maßgebliche Beteiligung, sei Ausdruck der Machtverhältnisse. Eine eigenständige Bedeutung komme dem Beherrschungskriterium deshalb nicht zu, da für § 47 Abs. 4 GmbHG nicht Machtverhältnisse, sondern gesellschaftsfremde Interessen relevant seien. Die Beherrschung lasse aber regelmäßig auf eine nennenswerte Interessenverknüpfung schließen, so dass der Beherrschung Indizcharakter zukomme, was den Bedürfnissen der Praxis nach klaren und einfachen handhabbaren Kriterien diene. Ein weiteres Indiz sei die persönliche Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Drittgesellschaft. Auch unterhalb der Alleingesellschafterposition sei eine Abfärbung der Befangenheit auf den Gesellschafter denkbar, da es ebenso bei einer maßgeblichen Beteiligung zu einer Interessenverknüpfung kommen könne. Allgemeingültige Grundsätze ließen sich kaum aufstellen. Über rein finanzielle Interessen hinaus könnten weitere, unternehmerische Aspekte hinzutreten. Für eine Interessenverknüpfung könne das finanzielle Interesse ausreichen, so dass es zu weit gehe, die Abfärbung der Interessen der Drittgesellschaft nur bei weitergehenden Unternehmensinteressen des Gesellschafters anzunehmen.<sup>29</sup>

Für *K. Schmidt* besteht die entscheidende Frage darin, ob die Befangenheit der Drittgesellschaft, die eine Kapital- oder Personengesellschaft sein könne, auf den an ihr und an der GmbH beteiligten Gesellschafter durchschlage. Es gebe keinen Grundsatz, wonach die Beteiligung an einer Personengesellschaft prinzipiell strenger zu werten wäre als die an einer Kapitalgesellschaft. Das Ergebnis dürfe auch nicht aus formalen Erwägungen hergeleitet werden, sondern müsse sich aus dem Sinn des § 47 Abs. 4 GmbHG ergeben. Es gehe darum, ob die die Kollision begründenden Interessen, obgleich an sich bei einer Gemeinschaft oder Gesellschaft angesiedelt, den mit ihr verbundenen GmbH-Gesellschafter wie eigene Interessen zuzurechnen seien, ob sie ihn in rechtserheblicher Weise befangen machten. Dies sei zu bejahen, wenn anzunehmen sei, dass sich der Gesellschafter die Interessen bei der Stimmabgabe befangenen Gesellschaft oder Gemeinschaft zu eigen machen werde. Die Interessenverknüpfung sei das Zurechnungskriterium, weshalb weniger auf die Herrschaftsverhältnisse in der Gesellschaft als auf die Interessenverknüpfung abzustellen sei. Die Beherrschung der befangenen Drittgesellschaft durch den GmbH-Gesellschafter sei in jedem Fall schädlich, löse also das

<sup>29</sup> *Römermann* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 47 Rn. 145 f.

Stimmverbot aus. Dies beruhe nicht auf der Eigenbedeutung der Zurechnungstatbestandsbeherrschung, sondern auf der durch die Beherrschung indizierten Interessenkollision. Die Beherrschung sei für den Stimmrechtsausschluss damit zwar ausreichend, aber nicht erforderlich. Es genüge jede Beteiligung, die nennenswert genug sei, um einen Einfluss des Drittinteresses befürchten zu lassen. Da es auf die Interessenidentität und nicht auf die Herrschaftsverhältnisse in der Drittgesellschaft ankomme, sei zu erwägen, ob bereits eine erhebliche Beteiligung des GmbH-Gesellschafters an der Drittgesellschaft genüge, um das Stimmverbot ihm gegenüber durchschlagen zu lassen. Ein Stimmverbot für Kommanditisten einer befangenen Drittgesellschaft sei grundsätzlich auf unternehmerisch beteiligte Kommanditisten zu beschränken, z.B. Mehrheitsgesellschafter in der GmbH & Co. KG oder Kommanditisten mit Geschäftsführungsbefugnis und Prokura.<sup>30</sup>

Nach *Wank* besteht die Schwierigkeit, für diese Fälle ein formales und zugleich adäquates Kriterium zu finden darin, dass für die Entscheidung des Gesellschafters nicht nur die Art der Beteiligung in der Drittgesellschaft, sondern auch die Art seiner Beteiligung in der GmbH maßgeblich sei und er beide zueinander ins Verhältnis setzen werde. Dieser doppelten Variabilität könne ein Kriterium nur schwer gerecht werden, das nur auf die Verhältnisse in der Drittgesellschaft abstelle. Der befangene Gesellschafter werde in der GmbH für denjenigen Gewinntransfer stimmen, der ihm per Saldo den größeren Vorteil bringe. Maßgebliche Gesichtspunkte seien der Gewinn aus dem Rechtsgeschäft für die jeweilige Gesellschaft, die absolute Höhe des Kapitalanteils, die Höhe der Rendite, der Steuersatz oder die langfristige Unternehmensstrategie. Sei sein Vorteil bei der Drittgesellschaft größer, werde der Gesellschafter für ein der GmbH ungünstiges Geschäft stimmen. Der adäquate, aber nicht praktikable Rechtssatz müsse daher lauten, der Gesellschafter unterliege in der GmbH einem Stimmverbot, wenn das Geschäft für ihn auf Seiten der Drittgesellschaft vorteilhafter sei als auf Seiten der GmbH. Zur Formalisierung sei nach den einzelnen Gesellschaftsformen der Drittgesellschaft zu unterscheiden und eine Vermutungsregel entsprechend dem wahrscheinlichen Interessenkonflikt aufzustellen. Gehöre der GmbH-Gesellschafter der befangenen Drittgesellschaft nicht als maßgebliches Mitglied an (persönlich haftender Gesellschafter, Alleingesellschafter, Unternehmer-Kommanditist mit Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäftsführung), lasse sich aufgrund der doppelten Variabilität eigentlich keine allgemeine Vermutungsregel aufstellen. Die Lösung solle zum einen vorbeugend die Gefährdung erfassen, zum anderen auf die Vielgestaltigkeit der Fälle Rücksicht nehmen. Das Stimmverbot sei deshalb bei nicht unwesentlicher Kapitalbeteiligung zu bejahen. Der Gesellschafter habe aber die Möglichkeit

<sup>30</sup> K. Schmidt in Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 163 f.

des Gegenbeweises, dass die Beteiligung an der Drittgesellschaft seine Interessen an der GmbH aufgrund der Umstände nicht beeinflussen könne.<sup>31</sup>

Für *Bayer* kommt es bei der Frage des Stimmverbots in der Konstellation, dass der GmbH-Gesellschafter zugleich an der Drittgesellschaft maßgeblich beteiligt ist, auf die Besonderheiten des konkreten Falls an. Entscheidend seien nicht die Beteiligungsverhältnisse an der Drittgesellschaft, sondern der Aspekt der Interessenkollision.<sup>32</sup>

Nach *Wicke* kann bei Rechtsbeziehungen der GmbH mit einer Drittgesellschaft von einer zum Stimmverbot führen Interessenkollision auszugehen sein, wenn deren GmbH-Gesellschafter an der Drittgesellschaft erheblich beteiligt sei oder in dieser Geschäftsführungsaufgaben wahrnehme, allerdings nicht im Fall eines bloßen Fremdgeschäftsführers ohne eigene Beteiligung an der Drittgesellschaft.<sup>33</sup>

*Ganzer* hält einen Gesellschafter, der neben seiner Beteiligung an der GmbH noch weitere Anteile an anderen Gesellschaften hält, dann vom Stimmrecht für ausgeschlossen, wenn seine Interessen enger mit der Drittgesellschaft als mit der GmbH in der die Abstimmung erfolgt verbunden sind. Dazu sei jeweils eine Einzelbetrachtung erforderlich. Richtigerweise sei von einer hinreichend engen Interessenverknüpfung auszugehen, wenn der Gesellschafter alleine oder mehrere vom Konflikt betroffene Gesellschafter gemeinsam alle Anteile der Drittgesellschaft hielten. Im Übrigen seien insbesondere die Höhe des Anteils des Gesellschafter an der Drittgesellschaft, dessen Wert und Relation zur GmbH sowie die konkreten Beziehungen zwischen beiden Gesellschaften, die durch den Interessenkonflikt betroffen seien, zu beachten. Das Beherrschungsverhältnis zwischen Gesellschafter und Drittgesellschaft sei unbeachtlich. Die bloße Wahrscheinlichkeit der Orientierung am Interesse der Drittgesellschaft genüge, so dass ein Gegenbeweis ausscheide.<sup>34</sup>

### 5. Eigene Stellungnahme

Der Lösungsansatz einer konkreten Interessenabwägung im Einzelfall ist vorzugswürdig.

Ausgangspunkt der Überlegungen muss sein, dass der gesetzliche Tatbestand in § 47 Abs. 4 GmbHG nicht sämtliche Fälle einer Interessenkollision erfasst, sondern nur bestimmte Fallgruppen des „Richtens in eigener Sache“. Unter Berücksichtigung des in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens, niemand solle als Richter in eigener Sache tätig sein, kom-

<sup>31</sup> *Wank*, ZGR 1979, 222, 226 ff.

<sup>32</sup> *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 47 Rn. 42.

<sup>33</sup> *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 14.

<sup>34</sup> *Ganzer* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 47 Rn. 72.

men somit nicht alle Fällen einer Interessenkollision für ein Stimmverbot in Betracht, weil im Verband typischerweise auch Sonderinteressen des Gesellschafters verfolgt werden und damit auch ein sachgerechtes Zusammenwirken der Gesellschafter entsprechend dem Gewicht ihrer Beteiligung in Frage gestellt würde.<sup>35</sup> Unterhalb der Schwelle des erforderlichen Interessenkonflikts für die Annahme eines Stimmverbots kann das Abstimmungsverhalten im Rahmen einer inhaltlichen Beschlusskontrolle am Maßstab der mitgliederschaftlichen Treuepflicht überprüft werden.<sup>36</sup> Daher muss für die Annahme eines Stimmverbots aufgrund des Interessenkonflikts typischerweise damit zu rechnen sein, der Gesellschafter werde sich bei der Abstimmung von seinen eigenen Interessen leiten lassen und die Interessen der Gesellschaft hintenanstellen.<sup>37</sup> Maßgebend ist deshalb, ob es sich um eine qualifizierte Interessenkollision handelt, also ein in der anderweitigen Beteiligung des Gesellschafters verkörpertes Interesse besteht, das bei Entscheidungen über Rechtsgeschäfte mit diesem Unternehmen eine unbefangene Stimmabgabe – wie in den unmittelbar in § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG geregelten Fällen – in der Regel ausschließt und deshalb für die GmbH eine erhebliche Gefahr bedeutet.<sup>38</sup> Das Rechtsgeschäft der GmbH mit der Drittgesellschaft muss also für die Annahme eines Stimmverbots des GmbH-Gesellschafters als Geschäft mit diesem anzusehen sein, ihn also die Chancen und Risiken des Geschäfts in ähnlicher Weise treffen, wie bei einem von ihm selbst mit der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäft.

Bei der Bewertung der für die Zurechnung des Geschäfts maßgeblichen Kriterien verbietet sich schon aufgrund der Vielgestaltigkeit der denkbaren Fallkonstellationen jede schematische Lösung, auch wenn eine solche aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit sicher wünschenswert wäre. Ein solcher Lösungsansatz ginge aber zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit. Entscheidend für die Bestimmung der Grenze zwischen einer (nur) inhaltsbezogenen Stimmkontrolle am Maßstab der mitgliederschaftlichen Treuepflicht und einem rigorosen Stimmverbot kann und muss allein sein, ob im konkreten Einzelfall ein Interessenwiderstreit in der Person des GmbH-Gesellschafters im Hinblick auf ein ihn wirtschaftlich selbst betreffendes Geschäft aufgrund seiner Beteiligung an der Drittgesellschaft besteht. Das gilt unabhängig davon, ob es sich bei der Drittgesellschaft um eine Personen- oder Kapitalgesellschaft handelt.

Diesen Interessenkonflikt bei der anstehenden Beschlussfassung für das konkrete Geschäft festzustellen, ist zuvörderst Sache des Tatrichters. Aus-

<sup>35</sup> *BGH*, Urteil vom 29. März 1971 – III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 53; Urteil vom 10. Februar 1977 – II ZR 81/76, BGHZ 68, 107, 109.

<sup>36</sup> *BGH*, Urteil vom 7. Februar 2012 – II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rn. 33.

<sup>37</sup> *BGH*, Urteil vom 21. Juni 2010 – II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rn. 16.

<sup>38</sup> *BGH*, Urteil vom 7. Februar 2012 – II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rn. 32.

gangspunkt seiner Gesamtwürdigung der verschiedenen Kriterien unter Berücksichtigung der Natur des betroffenen Rechtsgeschäfts im konkreten Einzelfall muss es sein, gesellschaftsfremde Einflüsse und persönliche Interessen von der Willensbildung in der GmbH bezüglich des konkreten Beschlussgegenstands fernzuhalten. Eine generelle Betrachtungsweise ist hingegen abzulehnen, so dass allein ein abstrakt drohender Interessenkonflikt für die Annahme eines Stimmverbots in dieser Situation nicht genügt. Bei der Einzelfallbetrachtung kann nicht ein Kriterium allein den Ausschlag geben, weshalb auch kein Kriterium (allein) eine Vermutungswirkung für die Annahme eines Stimmverbots auslösen kann. Die zum Teil aufgeworfene Frage der Entlastungsmöglichkeit des Gesellschafters stellt sich damit nicht.

Dem wirtschaftlichen und unternehmerischen Interesse des betroffenen GmbH-Gesellschafters kommt in der Gesamtwürdigung eine hervorgehobene Stellung zu. Es ist also zu fragen, ob der Gesellschafter aufgrund seiner Beteiligung eine wirtschaftliche und unternehmerische Einheit mit der Drittgesellschaft bildet. Der immer zu beachtende Aspekt der Beherrschung der Drittgesellschaft durch den Gesellschafter gewinnt dabei an Gewicht, wenn ihm gerade aufgrund dieser Beherrschung ein Zugriff auf die Leistung ermöglicht wird. Das gilt auch, wenn aus dem konkreten Beschlussgegenstand ein persönliches Haftungsrisiko des Gesellschafters in der Drittgesellschaft folgt.

Allein dem Verhältnis zwischen der Beteiligung des Gesellschafters an der Drittgesellschaft und der Beteiligung an der beschlussfassenden Gesellschaft kommt hingegen im Rahmen der Gesamtwürdigung keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Dies ist ein allein auf die abstrakten Interessen des Gesellschafters bezogener Ansatz, der keine Antwort auf die Frage gibt, ob das Geschäft mit der Drittgesellschaft dem Gesellschafter aufgrund der damit für ihn verbundenen Chancen und Risiken zuzurechnen ist. Zudem muss in diesem Zusammenhang ohnehin auch das wirtschaftliche Gewicht der jeweiligen Beteiligung, mithin deren tatsächlicher Wert für den Gesellschafter, berücksichtigt werden. Nur ein großes Ungleichgewicht der beiden Beteiligungen zu Gunsten der Drittgesellschaft kann entscheidend für die Annahme eines konkreten Interessenwiderstreits herangezogen werden, wie auch, wenn einer nur kapitalmäßigen Beteiligung an der beschlussfassenden GmbH eine unternehmerische Beteiligung an der Drittgesellschaft gegenübersteht.

Abschließend kann auch der Aspekt der Leitungsmacht und damit der Entschlussfreiheit innerhalb der Drittgesellschaft für sich allein gesehen kein wesentliches Kriterium sein. Der Gesellschafter wird auch ohne Leitungsmacht typischerweise keine Schwierigkeiten haben, ein vorteilhaftes Geschäft für sich – und damit auch für die Drittgesellschaft – in derselben durchzusetzen. Zudem lässt sich aus der Leitungsmacht ohne weitere Gesichtspunkte nichts für eine Prognose über die Zurechnung von Chancen und Risiken des Geschäfts mit der GmbH für den Gesellschafter herleiten.



# Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast für ausgeschiedene Organmitglieder im Innenhaftungsprozess de lege lata?

MANFRED BORN

## I. Einführung

Die Darlegungs- und Beweislast im Innenhaftungsprozess der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder (Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte) liegt teilweise nicht, wie nach den allgemeinen Regeln, bei der Gesellschaft als Anspruchstellerin. Die Organmitglieder trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben. Diese partielle Beweislastumkehr wendet der Bundesgerichtshof im Organinnenhaftungsprozess auch dann an, wenn der Beklagte bereits aus seiner Funktion ausgeschieden ist. Dies wird im Schrifttum mit der Begründung in Frage gestellt, bei einem ausgeschiedenen Organmitglied fehle eine im Vergleich zur Gesellschaft größere Sachnähe, insbesondere, weil der Ausscheidende sämtliche Unterlagen der Gesellschaft herausgeben müsse. Dieser Beitrag soll aufzeigen, dass die partielle Beweislastumkehr auch im Rechtsstreit mit dem ausgeschiedenen Organmitglied gerechtfertigt ist, weil ein unter Umständen bestehendes Informationsdefizit des Beklagten durch erhöhte Anforderungen an die Substantiierungspflicht der Gesellschaft im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast und durch einen materiellrechtlichen Informationsanspruch des ausgeschiedenen Organmitglieds ausgeglichen wird.

## II. Darlegungs- und Beweislast im Innenhaftungsprozess nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

### *1. Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast im Innenhaftungsprozess*

Nach der allgemeingültigen ungeschriebenen Grundregel der Darlegungs- und Beweislast hat jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes darzulegen

und zu beweisen.<sup>1</sup> Deshalb trägt der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale.<sup>2</sup>

Verklagt dagegen die Gesellschaft eines ihrer Organmitglieder auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung, verschiebt sich dieses austarierte System deutlich zu Lasten des jeweiligen Beklagten. Für den Vorstand einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft und für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gilt eine gesetzlich verordnete partielle Umkehr der Beweislast. Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben (§ 93 Abs. 2 Satz 2, § 116 Satz 1 AktG, § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG). Im GmbH-Recht findet sich nur für den Aufsichtsrat eine entsprechende gesetzliche Regel durch die Verweisung in § 52 Abs. 1 GmbHG. Für die Innenhaftung des Geschäftsführers einer GmbH (§ 43 Abs. 2 GmbHG) ist jedoch die entsprechende Anwendung der die Beweislastumkehr regelnden Normen des Aktien- und Genossenschaftsrechts in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt.<sup>3</sup>

In der konkreten Ausgestaltung durch die bis auf das Reichsgericht zurückgehende<sup>4</sup> Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trägt eine GmbH oder eine Aktiengesellschaft im auf § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG gestützten Innenhaftungsprozess nach den Grundsätzen zu § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, dass und inwieweit ihr durch ein sich als möglicherweise pflichtwidrig darstellendes Verhalten des Organmitglieds in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, wobei ihr die Erleichterungen des § 287 ZPO zugute kommen können. Demgegenüber hat das beklagte Organmitglied darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass es seinen Sorgfaltspflichten (§ 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG) nachgekommen ist

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 25. Juni 2008 – II ZR 133/07, ZIP 2008, 1872 Rn. 4.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 14. Januar 1991 – II ZR 190/89, NJW 1991, 1052, 1053; BGH, Urteil vom 13. November 1998 – V ZR 386/97, ZIP 1999, 367, 369.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 4. November 2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280; BGH, Urteil vom 18. Juni 2013 – II ZR 86/11, BGHZ 197, 304 Rn. 22; *Born* in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, Rn. 14.4; *Oettker* in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl. 2016, § 43 GmbHG Rn. 57; *Wicke* in Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 43 Rn. 9; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 36 ff.; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 43 Rn. 111; *Buck-Heeb* in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 83; *Kleindieck* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 43 Rn. 52; *Ziemons* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 471; *Fleischer* in Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 270; *Uwe H. Schneider/Crezelius* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2014, § 43 Rn. 234; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 205.

<sup>4</sup> Vgl. ausführlich *Goette* ZGR 24 (1995), 648 ff.