

Die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe und den Gesellschafterbeschluss

Max Lohrmann

Die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe und den
Gesellschafterbeschluss

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von Max Lohrmann
aus Salzgitter
 2017

Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. Frauke Wedemann

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. Matthias Casper

Dekan:

Prof. Dr. Klaus Boers

Tag der mündlichen Prüfung:

09. Oktober 2018

Max Lohrmann

**Die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe
und den Gesellschafterbeschluss**



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 41

Max Lohrmann

**Die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf
die Stimmabgabe und den
Gesellschafterbeschluss**

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Max Lohrmann

„Die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe und den Gesellschafterbeschluss“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 41

Verlag readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2018

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-NC-ND 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz des Autors oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0210-1

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-85129693818

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2019 Max Lohrmann

Satz:

Max Lohrmann

Umschlag:

ULB Münster



Vorwort

Diese Arbeit wurde im Jahr 2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2017 berücksichtigt.

Ich danke in erster Linie Frau *Prof. Dr. Frauke Wedemann*, die mein Promotionsvorhaben stets gefördert, wertvollen Rat geliefert und schließlich das Erstgutachten angefertigt hat. Die promotionsbegleitende Mitarbeit an ihrem Lehrstuhl war mir stets eine Freude und sowohl fachlich als auch persönlich äußerst gewinnbringend. *Prof. Dr. Matthias Casper* gebührt mein Dank für die Übernahme und Anfertigung des Zweitgutachtens.

Ferner danke ich meinen Lehrstuhlkollegen *Viktoria Winde*, *Nicolas Otte* und insbesondere *Jonas Gröning* für die Überwindung zeitweise auftretender Motivations- und Kreativitätslöcher durch fachliche und – besonders notwendig und erholend – fachfremde Gespräche.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern, *Claudia* und *Martin Lohrmann*, die mir privat ein großer Rückhalt sind, mir meine Ausbildung ermöglichten und in der Schlussphase großen Anteil am grammatikalischen, orthographischen und sprachlichen Feinschliff dieser Arbeit hatten.

Das Wissen um die Unterstützung und den Rückhalt durch meinen weiteren Familien- und Freundeskreis war und ist für mich stets ein Quell von Zuversicht und Lebensfreude, ohne die ich ein solch umfassendes Werk kaum hätte vollenden können. Hervorzuheben sind für den Zeitraum der Anfertigung dieser Arbeit insbesondere: *Christoph Brünger*, *Benjamin Bühl*, *Daniel Busche*, *Antonia Frenkel*, *Mark-Phillip Harré*, *Sieglinde Lohrey-Harré*, *Florian Held*, *Kirsten Krug* sowie meine Geschwister *Jakob* und *Doris Lohrmann*.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XI
§ 1 Einleitung.....	1
§ 2 Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe	5
1. Teil: Allgemeines	5
A) Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe	5
B) Empfangsbedürftige Willenserklärung.....	8
C) Der korrekte Adressat der Stimmabgabe.....	13
D) Kenntnis oder Kennenmüssen von bestimmten Umständen	19
I. Zurechnung des Wissens von Organwaltern	19
1. Geschäftsführer.....	19
a) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.....	19
b) Übertragung auf die Stimmabgabe.....	22
2. Aufsichtsratsmitglieder.....	25
3. Gesellschafter.....	25
4. Ergebnis zur organschaftlichen Zurechnung	29
II. Zurechnung des Wissens von rechtsgeschäftlichen Vertretern	30
E) Die Enthaltung	30
F) Besondere Beschlussformen	34
I. Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung	34
II. Eiipersonenbeschlüsse	36
G) Zusammenfassung.....	38
2. Teil: Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB im Einzelnen	39
A) Geschäftsfähigkeit (§§ 104–113 BGB).....	40
I. Geschäftsunfähigkeit (§§ 104–105a BGB).....	40
II. Beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106–113 BGB)	40
1. Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB)	40

a)	Rechtliche Vorteilhaftigkeit, Nachteilhaftigkeit oder Neutralität der Stimmabgabe.....	41
aa)	Zustimmungsbedürftige Beschlüsse	45
bb)	Rechtsstellung des Minderjährigen als Beschlussgegenstand.....	46
cc)	Sonderrechte und Organbestellungen anderer Gesellschafter oder sonstiger Dritter als Beschlussgegenstand.....	49
dd)	Geschäftsführungsbeschlüsse	49
ee)	Verfahrens- und Ordnungsbeschlüsse.....	50
ff)	Mehrere Beschlussgegenstände	50
gg)	Nichtige Beschlüsse	51
b)	Rechtliche Nachteilhaftigkeit der Enthaltung.....	51
c)	Korrektur der allgemeinen Regeln erforderlich?	52
aa)	Freiheit des Gesellschafters bei der Stimmabgabe ...	53
bb)	Haftung wegen treurechtswidrigen Stimmrechtsgebrauchs.....	55
cc)	Typischerweise langfristige wirtschaftliche Auswirkungen von Beschlüssen	57
dd)	Rechtssicherheit	59
ee)	Zusammenfassung der erforderlichen Korrekturen ..	60
d)	Ergebnis zu § 107 BGB.....	61
2.	Rechtsfolge bei fehlender Einwilligung (§ 111 BGB).....	61
3.	Generalkonsens (§§ 112, 113 BGB)	62
B)	Willensmängel (§§ 116–124, 142–144 BGB).....	63
I.	Geheimer Vorbehalt, Scheingeschäft und Mangel der Ernstlichkeit (§§ 116–118 BGB).....	63
1.	Geheimer Vorbehalt (§ 116 BGB)	65
2.	Scheingeschäft (§ 117 BGB).....	67

3. Mangel der Ernstlichkeit (§ 118 BGB).....	70
II. Anfechtung (§§ 119–124, 142–144 BGB)	72
1. Anfechtungsgründe.....	72
a) Inhaltsirrtum (§ 119 I Var. 1 BGB).....	73
b) Erklärungsirrtum (§ 119 I Var. 2 BGB)	75
c) Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung (§ 120 BGB)	76
d) Eigenschaftsirrtum (§ 119 II BGB).....	77
e) Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung (§ 123 BGB)	79
aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 123 I Var. 1 BGB	80
bb) Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB.....	82
cc) Kenntnis oder Kennenmüssen des Verbands nach § 123 II 1 BGB	85
dd) Der Anwendungsbereich des § 123 II 2 BGB.....	85
2. Anfechtungsfrist.....	88
a) Kein vorheriger Widerspruch zu Protokoll bei der Aktiengesellschaft.....	90
b) Bemerkten des Irrtums während der Gesellschafterversammlung.....	92
c) Teleologische Reduktion des § 124 I BGB	92
3. Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner	95
4. Kein Ausschluss der Anfechtung	97
a) Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts (§ 144 BGB).....	97
b) Ausscheiden und Eintreten eines Gesellschafters aus der Gesellschaft	99
c) Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts in bestimmter Weise.....	102

d)	Nichtige Stimmabgaben	104
e)	Anfechtung eines Teils der abgegebenen Stimmen	104
5.	Rechtsfolge der Anfechtung	106
a)	Nachholung der Stimmabgabe bzw. der Beschlussfassung.....	107
b)	Einverständnis des Erklärungsgegners mit der tatsächlich gewollten Stimmabgabe.....	108
c)	Möglichkeit der Teilanfechtung	112
d)	Auswirkungen der Anfechtung auf den Gesellschafterbeschluss und das Ausführungsgeschäft...	114
aa)	Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss	114
bb)	Auswirkungen auf das Ausführungsgeschäft	117
e)	Kenntnis oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit (§ 142 II BGB)	118
f)	Schadensersatz wegen erfolgter Anfechtung	119
III.	Besonderheiten der Enthaltung	122
IV.	Besondere Beschlussformen	123
1.	Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung	123
2.	Einpersonenbeschlüsse.....	123
C)	Weitere Nichtigkeitsgründe, Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung (§§ 125, 134, 138–141 BGB).....	124
I.	Formnichtigkeit (§ 125 BGB)	124
II.	Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)	126
1.	Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB).....	127
2.	Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)	129
III.	Teilnichtigkeit (§ 139 BGB)	132
IV.	Umdeutung (§ 140 BGB).....	133
V.	Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts (§ 141 BGB).....	133

D) Zugang, Widerruf und Auslegung (§§ 130–133, 157 BGB)	134
I. Wirksamwerden (§§ 130–132 BGB)	135
1. Zugang	135
2. Widerruf	140
II. Auslegung (§§ 133, 157 BGB)	147
E) Vertrag (§§ 145–156 BGB)	149
F) Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB)	152
G) Vertretung und Vollmacht (§§ 164–181 BGB)	155
I. Zulässigkeit und Modalitäten der Vollmachtserteilung (§§ 165, 167, 174 BGB)	155
1. Zulässigkeit der Vollmachtserteilung	155
a) Personengesellschaften (GbR & OHG)	155
b) GmbH	157
c) AG	161
2. Modalitäten der Vollmachtserteilung	163
II. Wirkungsdauer der Vollmacht (§§ 168–173 BGB)	168
III. Rechtsfolgen wirksamer Vertretung (§§ 164, 166 BGB)	170
IV. Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177–180 BGB)	171
V. Insichgeschäft (§ 181 BGB)	174
1. Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 181 BGB	174
2. Anwendbarkeit nach Beschlussgegenständen	179
3. Erfüllung einer Verbindlichkeit und Gestattung	182
4. Rechtsfolgen eines Verstoßes	184
5. Einpersonenbeschlüsse	184
VI. Exkurs zur gesetzlichen Vertretung, zu Amtswaltern und besonderen Vollmachtsformen	185
VII. Exkurs zur Botenschaft	188

H) Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185 BGB), insbesondere Legitimationszession	189
I. §§ 182–184 und § 185 II BGB	189
II. Die Legitimationszession (§ 185 I BGB).....	189
I) Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Teils	194
I. Geschäftsfähigkeit (§§ 104–113 BGB).....	194
II. Willensmängel (§§ 116–124, 142–144 BGB).....	195
III. Weitere Nichtigkeitsgründe, Umdeutung und Bestätigung (§§ 125, 134, 138–141 BGB).....	196
IV. Zugang und Auslegung der Stimmabgabe (§§ 130–133, 157 BGB).....	197
V. Vertrag (§§ 145–156 BGB).....	197
VI. Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB).....	197
VII. Vertretung und Vollmacht (§§ 164–181 BGB).....	197
VIII. Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185 BGB)	199
§ 3 Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf den Gesellschafterbeschluss...	201
1. Teil: Allgemeines	201
A) Funktion, Bedeutung und Inhalt des Gesellschafterbeschlusses.....	201
B) Rechtsnatur des Gesellschafterbeschlusses	202
C) Zustandekommen des Gesellschafterbeschlusses	204
D) Beschluss und Ausführungsgeschäft.....	204
E) Sonderfälle der Beschlussfassung	205
2. Teil: Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB im Einzelnen.....	206
A) Nicht anwendbare Vorschriften.....	206
B) Nichtigkeitsgründe, Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung (§§ 125, 134, 138–141 BGB).....	208
I. Nichtigkeitsgründe (§§ 125, 134, 138 BGB)	209
1. Personengesellschaften.....	209

a) Formerfordernisse (§ 125 BGB).....	209
b) Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB)	212
2. Kapitalgesellschaften	214
II. Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung (§§ 139–141 BGB).....	215
1. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).....	215
a) Tatbestandsseite des § 139 BGB	216
aa) Einheitlichkeit.....	216
bb) Teilbarkeit.....	220
cc) Teilweise Nichtigkeit.....	222
b) Rechtsfolgenseite	223
aa) Wille zur Aufrechterhaltung des nicht betroffenen Beschlussteils.....	224
bb) Vermutung der Gesamtnichtigkeit	226
c) Abschließende Stellungnahme zur Anwendbarkeit des § 139 BGB	227
2. Umdeutung (§ 140 BGB).....	229
3. Bestätigung (§ 141 BGB)	230
C) Auslegung von Beschlüssen (§§ 133, 157 BGB)	231
D) Vertrag (§§ 154, 155 BGB analog).....	234
E) Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB).....	236
I. Anwendbarkeit der §§ 158, 163 BGB	236
II. Bedingungsfeindlichkeit einzelner Beschlüsse	237
1. Prinzip der Verbandsautonomie	237
2. Gestaltungswirkung	238
3. Irreversibilität der Rechtswirkungen von Beschlüssen	241
4. Konflikt mit Registerrecht	242

5. Ergebnis und Rechtsfolge unwirksamer Bedingung	243
III. Wirkungen der Bedingung oder Befristung	244
IV. Rückbeziehung (§ 159 BGB)	245
V. Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts (§ 162 BGB)	246
F) Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185 BGB)	247
§ 4 Gesamtzusammenfassung	251
1. Teil: Zusammenfassung des § 2: Die Stimmabgabe	251
2. Teil: Zusammenfassung des § 3: Der Gesellschafterbeschluss	256

Literaturverzeichnis

- Altmeyden, Holger*, Kernbereichslehre, Bestimmtheitsgrundsatz und Vertragsfreiheit in der Personengesellschaft, NJW 2015, S. 2065–2071
- Armbrüster, Christian*, Zur uneinheitlichen Stimmrechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Westermann, Harm Peter (Hrsg.); Mock, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, Berlin/New York 2000, S. 3–21 [Zitiert: *Armbrüster* in: Festschrift Bezenberger]
- Baltzer, Johannes*, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln/Berlin 1965 [Zitiert: *Baltzer*, Der Beschluß]
- Bartholomeyczik, Horst*, Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft, ZHR 105 (1938), S. 293–334
- ders.*, Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß, AcP 144 (1938), S. 287–330
- ders.*, Die Stimmabgabe im System unserer Rechtshandlungen, Würzburg 1937 [Zitiert: *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe]
- Baumbach, Adolf; Hopt, Klaus*, Handelsgesetzbuch, 37. Auflage, München 2016
- Baumbach, Adolf; Hueck, Alfred*, GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Auflage, München 2017
- BeckOK BGB*, 43. Edition (Stand: 15.06.2017), München 2017 [Zitiert: *BeckOK-BGB/Bearbeiter*]
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016 [Zitiert: *Bork*, BGB-AT]
- Bork, Reinhard; Schäfer, Carsten*, GmbHG, 3. Auflage, Köln 2015
- Brox, Hans; Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Auflage, München 2017 [Zitiert: *Brox/Walker*, BGB-AT]
- Bunke, Caspar*, Fragen der Vollmachtserteilung zur Stimmrechtsausübung nach §§ 134, 135 AktG, AG 2002, S. 57–72
- Busche, Jan*, Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in: Joost, Detlev u. a. (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, München 2011, S. 45–57 [Zitiert: *Busche* in: Festschrift Säcker]

- Casper, Matthias*, Das Anfechtungsklageerfordernis im GmbH-Beschlußmängelrecht, ZHR 163 (1999), S. 54–86
- ders.*, Der stimmlose Beschluss, in: Kindler, Peter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 111–129 [Zitiert: *Casper* in: Festschrift Hüffer]
- ders.*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, Köln 1998
- Creifelds, Carl*, Rechtswörterbuch, 22. Auflage, München 2017
- Drinhausen, Florian; Marsch-Barner, Reinhard*, Zur Rechtsstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden als Leiter der Hauptversammlung einer börsennotierten Gesellschaft, AG 2014, S. 757–769
- Ebenroth, Carsten Thomas; Boujong, Karlheinz; Joost, Detlev; Strohn, Lutz*, Handelsgesetzbuch, Band 1 (§§ 1–342e), 3. Auflage, München 2014 [Zitiert: *EBJS/Bearbeiter*]
- Erman, Walter*, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1–758), 15. Auflage, Köln 2017
- Ernst, Wolfgang*, Der Beschluss als Organakt, in: Häublein, Martin (Hrsg.); Utz, Stephen (Hrsg.), Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin 2012, S. 1–42 [Zitiert: *Ernst* in: Festschrift Leenen]
- Faßbender, Christian; Neuhaus, Heiner*, Zum aktuellen Stand der Diskussion in der Frage der Wissenszurechnung, WM 2002, S. 1253–1259
- Flume, Johannes W.*, Der minderjährige Gesellschafter, NZG 2014, S. 17–22 [Zitiert: *J. Flume*, NZG 2014]
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I/2, Berlin u. a. 1983 [Zitiert: *Flume*, BGB-AT I/2]; Band II, 4. Auflage, Berlin u. a. 1992 [Zitiert: *Flume*, BGB-AT II]
- Göppel, Thomas*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, München 2008
- Grunewald, Barbara*, Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, Tübingen 2014
- Harte, Solveig*, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i. S. d. § 107 BGB, Baden-Baden 2008
- Heck, Philipp*, Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Festschrift Otto Gierke zum siebzigsten

- Geburtstag, Weimar 1911, S. 319–360 [Zitiert: *Heck* in: Festschrift Gierke]
- Heckelmann, Dieter*, Die uneinheitliche Abstimmung bei Kapitalgesellschaften, AcP 170 (1970), S. 306–346
- Hölters, Wolfgang*, Aktiengesetz, 3. Auflage, München 2017
- Höpfner, Clemens*, Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse, AcP 212 (2012), S. 853–874
- Hopt, Klaus; Wiedemann, Herbert*, Aktiengesetz, Band 5 (§§ 118–149 AktG), 4. Auflage, Berlin 2008
- Hueck, Alfred*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage, Berlin/New York 1971 [Zitiert: *Hueck*, Das Recht der OHG]
- Hüffer, Uwe*, Beschlußmängel im Aktienrecht und im Recht der GmbH – eine Bestandsaufnahme unter Berücksichtigung der Beschlüsse von Leitungs- und Überwachungsorganen, ZGR 2001, S. 833–874
- Hüffer, Uwe; Koch, Jens*, Aktiengesetz, 12. Auflage, München 2016
- Jüdel, Gerhard*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, Leipzig 1933
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1 (§§ 1–75 AktG), 3. Auflage, Köln 2011; Band 3/1, 7. Teillieferung (§§ 133–134, 136–137 AktG), 3. Auflage, Köln 2017 [Zitiert: KK-AktG/Bearbeiter]
- Koppensteiner, Hans-Georg*, Stimmabgabe und Beschluss, Juristische Blätter 2017, S. 273–281
- Lindemann, Birgit Silvia*, Die Beschlußfassung in der Einmann-GmbH, Heidelberg 1996
- Medicus, Dieter; Petersen, Jens*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016 [Zitiert: *Medicus*, BGB-AT]
- Messer, Herbert*, Der Widerruf der Stimmabgabe, in: Goerdeler, Reinhard u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck, ZGR-Sonderheft 7, Berlin/New York 1988, S. 221–229 [Zitiert: *Messer* in: Festschrift Fleck]
- Michalski, Lutz; Heidinger, Andreas; Leible, Stefan; Schmidt, Jessica*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 1 (§§ 1–34), 3. Auflage, München 2017; Band 2 (§§ 35–85), 3. Auflage, München 2017 [Zitiert: MHLS/Bearbeiter]

- Mugdan, Benno*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Berlin 1899
- Mülbert, Peter O.; Gramse, Gerold R.*, Gesellschafterbeschlüsse bei der rechtsfähigen Personengesellschaft, WM 2002, S. 2085–2094
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 1 (BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV), 4. Auflage, München 2014 [Zitiert: MünchHdb. GesR I/*Bearbeiter*]; Band 3 (Gesellschaft mit beschränkter Haftung), 4. Auflage, München 2012 [Zitiert: MünchHdb. GesR III/*Bearbeiter*]; Band 4 (Aktiengesellschaft), 4. Auflage, München 2015 [Zitiert: MünchHdb. GesR IV/*Bearbeiter*]
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1 (§§ 1–75), 4. Auflage, München 2016; Band 2 (§§ 76–117), 4. Auflage, München 2014; Band 3 (§§ 118–178), 3. Auflage, München 2013; Band 4 (§§ 179–277), 4. Auflage, München 2016 [Zitiert: MüKo-AktG/*Bearbeiter*]
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1 (§§ 1–240), 7. Auflage, München 2015; Band 2 (§§ 241–432), 7. Auflage, München 2016; Band 4 (§§ 535–630), 7. Auflage, München 2016; Band 6 (§§ 705–853), 7. Auflage, München 2017 [Zitiert: MüKo-BGB/*Bearbeiter*]
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2 (§§ 105–160), 4. Auflage, München 2016 [Zitiert: MüKo-HGB/*Bearbeiter*]
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Band 1 (§§ 1–34), 2. Auflage, München 2015; Band 2 (§§ 35–52), 2. Auflage, München 2016 [Zitiert: MüKo-GmbHG/*Bearbeiter*]
- Musielak, Hans-Joachim*, Zum Verhältnis von Wille und Erklärung, AcP 211 (2011), S. 769–802
- Noack, Ulrich*, Der Widerspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung, AG 1989, S. 78–87
- ders.*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, Köln u. a. 1988
- Oelrichs, Carsten*, Muß der Versammlungsleiter bei der Feststellung von Haupt- oder Gesellschafterversammlungsbeschlüssen treuwidrig abgegebene Stimmen mitzählen?, GmbHR 1995, S. 863–869.

- Oetker, Hartmut*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB), 5. Auflage, München 2017
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Auflage, München 2017
- Priester, Hans-Joachim*, Feststellung des Jahresabschlusses bei der Personenhandels-gesellschaft, in: Häuser, Franz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding, Berlin 2004, S. 607–619 [Zitiert: *Priester* in: Festschrift Hadding]
- Renkl, Günter*, Der Gesellschafterbeschuß, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1982
- Röhrich, Volker; Graf von Westphalen, Friedrich; Haas, Ulrich*, Handelsgesetz-buch, 4. Auflage, Köln 2014 [Zitiert: *RvWH/Bearbeiter*]
- Röll, Ludwig*, Selbstkontrahieren und Gesellschafterbeschlüsse, NJW 1979, S. 627–630
- Roth, Günter; Altmeyden, Holger*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit be-schränkter Haftung, 8. Auflage, München 2015
- Rowedder, Heinz; Schmidt-Leithoff, Christian*, Gesetz betreffend die Gesell-schaften mit beschränkter Haftung, 6. Auflage, München 2017
- Rüthers, Bernd; Fischer, Christian; Birk, Axel*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Auflage, München 2016
- Schilling, Wolfgang*, Gesellschafterbeschuß und Insichgeschäft, in: Flume, Werner u. a. (Hrsg.), Festschrift für Kurz Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975, Berlin 1975, S. 257–277 [Zitiert: *Schilling* in: Festschrift Ballerstedt]
- Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus*, Aktiengesetz, I. Band (§§ 1–149 AktG), 3. Auflage, Köln/Saarbrücken 2015; II. Band (§§ 150–410 AktG), 3. Auflage, Köln/Saarbrücken 2015
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln u. a. 2002
- Schnorr, Randalph*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, Köln 1997
- Scholz, Franz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, I. Band (§§ 1–34), 11. Auflage, Köln 2012; II. Band (§§ 33–52 GmbHG), 11. Auflage, Köln 2014
- Scholz, Kai-Steffen*, Die Versammlungsleitung in der Personengesellschaft, in: Bernreuther, Jörn u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Spellenberg, München 2010, S. 51–66 [Zitiert: *Scholz* in: Festschrift Spellenberg]

- Schönke, Adolf; Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2014
- Schürnbrand, Jan*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007
- Semler, Johannes; Asmus, Thomas*, Der stimmlose Beschluss, NZG 2004, S. 881–892
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1–103 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 2000; Band 2 (§§ 104–204), 13. Auflage, Stuttgart 1999; Band 9/1 (§§ 705–758), 13. Auflage, Stuttgart 2012
- Spindler, Gerald*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Auflage, Göttingen 2011
- Spindler, Gerald; Stilz, Eberhard*, Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1–149 AktG), 3. Auflage, München 2015; Band 2 (§§ 150–410), 3. Auflage 2015
- Staub, Hermann*, Handelsgesetzbuch, Dritter Band (§§ 105–160), 5. Auflage, Berlin 2009
- Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 2 (§§ 21–79), Neubearbeitung 2005, Berlin 2005; Sachen und Tiere, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung (§§ 90–124; 130–133), Neubearbeitung 2017, Berlin 2017; Formvorschriften AT, Beurkundung (§§ 125–129; BeurkG), Neubearbeitung 2017, Berlin 2017; Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit (§§ 134–138; ProstG), Neubearbeitung 2017, Berlin 2017; Allgemeiner Teil 4b (§§ 139–163), Neubearbeitung 2015, Berlin 2015; Allgemeiner Teil 5 (§§ 164–240), Neubearbeitung 2014, Berlin 2014; Treu und Glauben (Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243), Neubearbeitung 2015, Berlin 2015; Dienstvertragsrecht 3 (§§ 620–630), Neubearbeitung 2016, Berlin 2016; Gesellschaftsrecht (§§ 705–740), Dreizehnte Bearbeitung 2003, Berlin 2003
- Stürner, Rolf*, Der lediglich rechtliche Vorteil, AcP 173 (1973), S. 402–449
- von Thur, Andreas*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, Leipzig 1910 [Zitiert: v. Thur, BGB-AT]
- Ulmer, Peter*, Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften - Zur Bindung der Gesellschafter an ihre Stimmabgabe -, in: Jayme, Erik u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer, Heidelberg 1991, S. 415–434 [Zitiert: Ulmer in: Festschrift Niederländer]

- Ulmer, Peter; Habersack, Mathias; Löbbe, Marc*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, Band I (§§ 1–28), 2. Auflage, Tübingen 2013; Band II (§§ 29–52), 2. Auflage, Tübingen 2014 [Zitiert: UHL/Bearbeiter]
- Vogel, Wolfgang*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, 2. Auflage, Köln 1986
- Vormbaum, Hermann*, Die Anwendung der Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf den Beschluß der Generalversammlung und das Abstimmen in ihr, Schwerin 1929 [Zitiert: *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen]
- Wedemann, Frauke*, Vorsorgevollmachten bei Personengesellschaften und GmbHs, ZIP 2013, S. 1508–1515
- Wiedemann, Herbert*, Anmerkung zu BGH II ZR 144/68, JZ 1970, S. 290–293
- ders.*, Die Personengesellschaft – Vertrag oder Organisation?, ZGR 1996, S. 286–299
- ders.*, Gesellschaftsrecht, Band I, München 1980; Band II, München 2004 [Zitiert: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I/II]
- ders.*, Rechte und Pflichten des Personengesellschafters, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7
- Winnefeld, Robert*, Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluß, ihre Rechtsnatur und Behandlung, DB 1972, S. 1053–1056
- Wolf, Manfred; Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016 [Zitiert: *Wolf/Neuner*, BGB-AT]
- Würdinger, Markus*, Doppelwirkungen im Zivilrecht – Eine 100-jährige juristische Entdeckung, JuS 2011, S. 769–774
- Zöllner, Wolfgang*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963 [Zitiert: *Zöllner*, Schranken]
- ders.*, Beschluß, Beschlußergebnis und Beschlußergebnisfeststellung, in: Schneider, Uwe H. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 821–831 [Zitiert: *Zöllner* in: Festschrift Lutter]

§ 1 Einleitung

Anlass der Untersuchung

In Deutschland gibt es über eine Million Personen- und Kapitalgesellschaften.¹ Die Willensbildung innerhalb dieser Gesellschaften erfolgt mittels Gesellschafterbeschlüssen, welche ihrerseits auf den im Rahmen des Verfahrens der Beschlussfassung verlautbarten Stimmabgaben beruhen.² In Anbetracht der hohen Zahl an Gesellschaften und der damit einhergehenden praktischen Bedeutung von Stimmabgabe und Gesellschafterbeschluss überrascht die geringe spezialgesetzliche Regelungsdichte bezüglich der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit dieser beiden gesellschaftsrechtlichen Instrumente. Nur vereinzelt finden sich mit §§ 241 ff. AktG und § 51 GenG Spezialregelungen zu Wirksamkeitsvoraussetzungen von Beschlüssen. Für die übrigen Gesellschaftsformen sowie die Stimmabgabe sucht man entsprechendes Sonderrecht weitgehend vergebens.

Die rechtliche Qualifikation und die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Stimmabgabe und Gesellschafterbeschluss waren und sind deswegen immer wieder Gegenstand richterlicher Überprüfung und wissenschaftlicher Auseinandersetzung. Ausgehend von der heute anerkannten Willenserklärungsqualität der Stimmabgabe³ und der Rechtsgeschäftsqualität des Gesellschafterbeschlusses⁴ liegt im Falle des Fehlens spezialgesetzlicher Regelungen eine Beurteilung der Wirksamkeit nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 104–185 BGB nahe. Die Untersuchung der Anwendbarkeit dieser Normen auf die Stimmabgabe

¹ <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Unternehmen-Handwerk/Unternehmensregister/Tabellen/UnternehmenRechtsformenWZ2008.html> (abgerufen am 20.10.2017). Erfasst sind 388.557 Personengesellschaften und 689.153 Kapitalgesellschaften (Stand: 31.10.2016). Die Statistik führt aber nur Unternehmen mit steuerbarem Umsatz aus Lieferungen und Leistungen oder mit sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, insbesondere Gesellschaften bürgerlichen Rechts ohne wirtschaftliche Ausrichtung oder nennenswerten Ertrag sind in der Statistik deswegen nur unzulänglich erfasst, womit die Gesamtzahl der Gesellschaften noch deutlich höher liegen wird.

² Siehe mit Nachweisen § 2 1. Teil Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe.

³ Für Nachweise siehe Fn. 25.

⁴ Für Nachweise siehe Fn. 918.

und den Gesellschafterbeschluss erfolgte bislang nur fragmentarisch: nur bezüglich bestimmter Gesellschaftsformen,⁵ nur bezüglich bestimmter Vorschriften⁶ oder nur isoliert bezüglich der Stimmabgabe⁷ oder des Gesellschafterbeschlusses⁸. Das Fehlen einer umfassenden Gesamtbetrachtung in diesem höchst praxisrelevanten Bereich bot Anlass für diese Untersuchung: Die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe und den Gesellschafterbeschluss.

Ziel der Untersuchung

Diese Untersuchung dient in erster Linie der rechtssicheren Beurteilung der Wirksamkeit von Stimmabgabe und Gesellschafterbeschluss nach den Vorschriften des BGB. Die umfassende Darstellung in Form der Behandlung sowohl von Personengesellschaften als auch von Körperschaften, aller Vorschriften des dritten Abschnitts des ersten Buchs des BGB über Rechtsgeschäfte sowie der

⁵ Z. B.: *Bartholomeyczik*, Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluss, AcP 144 (1938), 287 ff.; *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse; *Heck*, Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Festschrift Gierke, S. 319 ff.; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften; *Mülbert/Gramse*, Gesellschafterbeschlüsse bei der rechtsfähigen Personengesellschaft, WM 2002, 2085 ff.; *Ulmer*, Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften - Zur Bindung der Gesellschafter an ihre Stimmabgabe -, in: Festschrift Niederländer, S. 415 ff.; *Vormbaum*, Die Anwendung der Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft auf den Beschluß der Generalversammlung und das Abstimmen in ihr; ferner die gesamte typischerweise gesellschaftsformspezifische Kommentarliteratur.

⁶ Z. B.: *Bartholomeyczik*, Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluss, AcP 144 (1938), 287 ff.; *Bunke*, Fragen der Vollmachtserteilung zur Stimmrechtsausübung nach §§ 134, 135 AktG, AG 2002, 57 ff.; *Busche*, Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in: Festschrift Säcker, S. 45 ff.; *J. W. Flume*, Der minderjährige Gesellschafter, NZG 2014, S. 17 ff.; *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse; *Messer*, Der Widerruf der Stimmabgabe, in: Festschrift Fleck, S. 221 ff.; *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse; *Ulmer*, Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften - Zur Bindung der Gesellschafter an ihre Stimmabgabe -, in: Festschrift Niederländer, S. 415 ff.

⁷ Z. B.: *Bartholomeyczik*, Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluss, AcP 144 (1938), 287 ff.; *ders.*, Die Stimmabgabe im System unserer Rechtshandlungen; *Messer*, Der Widerruf der Stimmabgabe, in: Festschrift Fleck, S. 221 ff.

⁸ Z. B.: *Baltzer*, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht; *Bartholomeyczik*, Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft, ZHR 105 (1938), 293 ff.; *Busche*, Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in: Festschrift Säcker, S. 45 ff.; *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften; *Mülbert/Gramse*, Gesellschafterbeschlüsse bei der rechtsfähigen Personengesellschaft, WM 2002, 2085 ff.; *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse.

Stimmabgabe und des Beschlusses ermöglicht es dabei, eine potenzielle Schwäche fragmentarischer Betrachtungen auszugleichen, nämlich den unter Umständen fehlenden Blick fürs Ganze.

Wo zur Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB bereits gefestigte Rechtsansichten oder ausführliche Darstellungen bestehen, bleibt zu überprüfen, ob diese noch dem aktuellen Stand der Rechtsdogmatik entsprechen oder alternative Lösungen zu interessengerechten Ergebnissen führen. Wo eine Erörterung in Rechtsprechung und Literatur bislang fehlt, soll ein eigener Lösungsansatz präsentiert werden, denn solche Konstellationen können jederzeit praxisrelevant werden. Zudem vermag das Durchdenken theoretischer Konstellationen weitere Anhaltspunkte für die Bewältigung bereits heute praxisrelevanter Probleme zu bieten.

Gang der Untersuchung

Die Stimmabgaben stellen ein Element des Gesellschafterbeschlusses dar, sie sind ihm zeitlich und logisch vorgelagert und werden deswegen im ersten Hauptteil der Arbeit untersucht (§ 2). Der zweite Hauptteil widmet sich dem Beschluss (§ 3). Innerhalb dieser beiden Hauptteile gleicht sich die Vorgehensweise:

In einem allgemeinen Teil (§ 2, 1. Teil; § 3, 1. Teil) werden zunächst die Bedeutung von Stimmabgabe und Gesellschafterbeschluss im gesellschaftsrechtlichen Kontext knapp dargestellt. Ferner erfolgt eine Einordnung in die Begrifflichkeiten der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, um so eine systematische Grundlage für die Erörterung der Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die beiden Instrumente im Einzelnen zu schaffen. Außerdem werden gewisse Vorfragen geklärt, die für die Anwendung verschiedener Normen der §§ 104–185 BGB eine Rolle spielen.

Darauf aufbauend erfolgt jeweils die Darstellung der Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB im Einzelnen (§ 2, 2. Teil; § 3, 2. Teil). Diese folgt weitgehend der Gesetzssystematik. Teilweise werden einzelne Paragraphen vorgezogen, wenn sie in inhaltlich engem Zusammenhang mit anderen stehen (z. B. im Falle der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB). Folgende Fragen sollen für alle Normen der §§ 104–185 BGB konkret beantwortet werden: Fällt die Stimmabgabe bzw. der Gesellschafterbeschluss der Rechtsnatur nach in den Anwendungsbereich der untersuchten Vorschrift? Wenn ja: Gibt es Wertungen, welche die Anwendbarkeit in Frage stellen? Fallen die Stimmabgabe oder der Gesellschafterbeschluss ihrer Rechtsnatur nach nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift, kommt

dann eine Analogie in Betracht? Ergibt das Ergebnis die Nichtanwendbarkeit und fehlende Analogiefähigkeit bestimmter Normen, was folgt daraus für die Stimmabgabe bzw. den Gesellschafterbeschluss?

Soweit erforderlich wird zwischen verschiedenen Gesellschaftsformen unterschieden, wobei von den Personengesellschaften nur die GbR und OHG,⁹ von den Körperschaften nur die GmbH und AG näher beleuchtet werden. Findet eine Unterscheidung zwischen Gesellschaftsformen nicht statt, gelten die Ausführungen für alle Gesellschaftsformen.

⁹ Da für die KG – abgesehen evtl. vom Sonderfall der GmbH & Co. KG – keine gesellschaftsspezifischen Besonderheiten bestehen, lassen sich die Ausführungen zur OHG auf die KG übertragen.

§ 2 Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe

1. Teil: Allgemeines

Eine umfangreiche systematische Untersuchung der Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe setzt eine Einordnung der Stimmabgabe in die Begrifflichkeiten der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, konkret unter die Begriffe „Rechtsgeschäft“, „Willenserklärung“ und „Empfangsbedürftigkeit“, voraus. Für die Art und Weise der Anwendung einer Reihe von Normen kommt es ferner auf den konkreten Adressaten der Stimmabgabe und darauf an, auf wessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von gewissen Umständen es bei Entgegennahme der Stimmabgabe ankommt. Sind diese Fragen beantwortet, stellt sich im Anschluss die nach der Übertragbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse auf die Enthaltung sowie die, ob für besondere Beschlussformen, namentlich den Beschluss ohne Gesellschafterversammlung und die Einpersonenbeschlüsse, Besonderheiten bestehen. Um aber zuallererst ein klares Begriffs- und Funktionsverständnis des zentralen Untersuchungsgegenstandes dieses ersten Hauptteils der Arbeit zu erlangen, beginnt der allgemeine Teil mit einer Darstellung der Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe im gesellschaftsrechtlichen Kontext.

A) Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe

Die Stimmabgabe ist funktional gesehen das Mittel zur Ausübung des Stimmrechts,¹⁰ welches seinerseits das zentrale Instrument zur Wahrnehmung des mitgliedschaftlichen Rechts darstellt, an der Willensbildung der Gesellschaft mitzuwirken¹¹. Da die Gesellschaft als juristisches Konstrukt keinen natürlichen

¹⁰ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 131, 136; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 2; *Soergel/Hadding* BGB § 32 Rn. 22; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 14 f.; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 25; *Zöllner*, Schranken, S. 12.

¹¹ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 57 f.; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 68; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 10; *Hölters/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 14; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 43; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 16; *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 43; *MüKo-BGB/Schäfer* § 709 Rn. 62; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG

Willen bilden kann, erfolgt eine Zurechnung des Willens der stimmberechtigten Gesellschafter im formalisierten Verfahren der Beschlussfassung.¹² Diese Zurechnung erfordert eine hinreichend präzise Bestimmung des Ergebnisses der Willensbildung.¹³ Bei dem Willensentschluss eines Individuums stellt die Identität zwischen Handlungs- und Zurechnungssubjekt die notwendige Präzisierung des Ergebnisses der Willensbildung sicher, beim Kollektivorgan wird sie durch Beschränkung der möglichen Beschlussfassungsergebnisse gewährleistet.¹⁴ Die Beschränkung besteht darin, dass sich die Stimmabgabe auf bereits vorformulierte Beschlussinhalte bezieht, die in Form von Beschlussanträgen zur Abstimmung gestellt werden.¹⁵ Die Stimmabgabe wirkt also nur noch in Relation zum jeweiligen Antrag.¹⁶ Der Gesellschafter kann ihm zustimmen, ihn ablehnen oder sich der Stimme enthalten.¹⁷ Dadurch kommt als Ergebnis der Beschlussfassung nur ein positiver, das bedeutet ein den Antrag annehmender, oder ein negativer, das bedeutet ein den Antrag ablehnender Gesellschafterbeschluss in Betracht.¹⁸

Rn. 14; Staudinger/*Weick* § 32 BGB Rn. 18; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 307; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 32; *Zöllner*, Schranken, S. 12.

¹² *Baltzer*, Der Beschluß, S. 11, 22, 41; *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 16; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 26; *Winnefeld*, DB 1972, 1053; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 1, 3.

¹³ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 36.

¹⁴ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 36 f., 168 f.; vgl. auch *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 22.

¹⁵ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 36 f., 168 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 12; vgl. auch: *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 22; *MüKo-AktG/Schröer* § 133 Rn. 13; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 24; *Winnefeld*, DB 1972, 1053.

¹⁶ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 137; *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 1; *Winnefeld*, DB 1972, 1053; *Zöllner* in: *Festschrift Lutter*, S. 822.

¹⁷ *MünchHdb. GesR IV/Austmann* § 40 Rn. 27; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 131; *Ernst* in: *Festschrift Leenen*, S. 18; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 72; *Hölter/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 19; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *Koppensteiner*, *Juristische Blätter* 2017, 273, 274; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 18; *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 374; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 21; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 15; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht II*, S. 308. Zur Frage, ob die Enthaltung als Stimmabgabe zu qualifizieren ist, siehe, § 2 1. Teil Die Enthaltung.

¹⁸ *Baltzer*, der Beschluß, S. 110, 137; *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 26; *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054; *Zöllner* in: *Festschrift Lutter*, S. 822. Da ein positiver Beschluss mindestens die einfache Mehrheit erfordert, führt Stimmgleichheit zu einem negativen Beschluss, siehe dazu: *MüKo-AktG/Schröer* § 133 Rn. 5; *Zöllner* in: *Festschrift Lutter*, S. 823. Zur Frage, ob ein Beschluss auch zustande kommt, wenn nur Enthaltungen oder nur unwirksame Stimmabgaben vorliegen, siehe § 3 1. Teil Sonderfälle der Beschlussfassung.

Der so entstehende Beschluss verkörpert den Willenstatbestand, welcher der Gesellschaft als eigener Wille zugerechnet wird und für alle Gesellschafter und Gesellschaftsorgane verbindlich ist.¹⁹

Das Stimmrecht folgt bei den Personengesellschaften direkt aus der Mitgliedschaft,²⁰ bei der GmbH räumt gem. § 47 II GmbHG jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme ein, bei der AG gewährt gem. § 12 I 1 AktG jede Aktie das Stimmrecht. Da die Geschäftsanteile und Aktien von den Mitgliedern gehalten werden, ist das Stimmrecht für alle zu untersuchenden Rechtsformen mit der Mitgliedschaft verbunden. Es kann grundsätzlich auch nicht losgelöst von der Mitgliedschaft übertragen werden.²¹ Die Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung sowie die Anzahl der Stimmen, die dem einzelnen Gesellschafter in Relation zur Gesamtanzahl der Stimmen zustehen, bestimmen seine individuelle Stimmrechtsmacht.²² Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung variiert je nach Verbandsform und Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags, sie kann Grundlagengeschäfte, Geschäftsführungsmaßnahmen und sonstige Angelegenheiten der Gesellschaft erfassen.²³ Nur die Änderung der Verbandsverfassung gehört für alle Verbandsformen zwingend zum Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung.²⁴

¹⁹ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 22, 24; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 7 f., 10; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 39, 41; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 2; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 2; *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 7; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 176; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 9.

²⁰ *MüKo-HGB/Enzinger* § 119 Rn. 13; *EBS/Freitag* § 119 HGB Rn. 11; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 5.

²¹ *BGHZ* 43, 261, 267; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 75; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 202 ff.; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 166; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 53; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 14; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr 7, S. 25 f. mit prägnanter dogmatischer Herleitung; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 40.

²² *Baltzer*, Der Beschluß, S. 1.

²³ Zur dreigliedrigen Aufteilung in Grundlagengeschäfte, Geschäftsführungsmaßnahmen und sonstigen Einzelmaßnahmen siehe nur: *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 11 ff.; *Zöllner*, Schranken, S. 13 f.

²⁴ *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 162; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 295 f.; *ders.*, ZGR 1996, 286, 292 f.; *MünchHdb. GesR III/Wolff* § 37 Rn. 71; *Zöllner*, Schranken, S. 13 f.

B) Empfangsbedürftige Willenserklärung

Bei der Stimmabgabe handelt es sich um eine Willenserklärung.²⁵ Der für das Vorliegen einer Willenserklärung notwendige angestrebte Rechtserfolg²⁶ liegt in der Herbeiführung eines positiven oder negativen Gesellschafterbeschlusses²⁷ oder jedenfalls in der Mitgestaltung an dem der Gesellschafterversammlung als rechtlicher Erfolg zurechenbaren Willen²⁸. Da auch aus einem Antrag, welcher die notwendige Mehrheit nicht erreicht, ein negativer Gesellschafterbeschluss erwächst,²⁹ sind Stimmabgaben, die den zur Abstimmung gestellten Antrag ablehnen, ebenfalls Willenserklärungen.³⁰ Die einzelne positive oder negative Stimmabgabe selbst führt jedoch noch keine Rechtsfolge herbei, erst in Verbin-

²⁵ Statt aller: RGZ 118, 67, 69; BGHZ 14, 264, 267; 48, 164, 173; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 142 f, 147; *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 34; RvWH/*Haas* § 119 HGB Rn. 1 f.; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 12 f.; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluß, S. 33 f.; MüKo-BGB/*Schröder* § 709 Rn. 74; MüKo-AktG/*Schröder* § 133 Rn. 3; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 12 ff.; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 26; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 7; *Zöllner* in: Festschrift Lutter, S. 821 f. A. A. für ablehnende und auf Verfahrensfragen gerichtete Stimmabgaben: *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054.

²⁶ Siehe nur: *Palandt/Ellenberger* Einf. v. § 116 BGB Rn. 1; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 31 Rn. 2.

²⁷ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 144, 147; *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 24; *Soergel/Hadding* BGB § 32 Rn. 25; *Hölters/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 19; MüKo-AktG/*Schröder* § 133 Rn. 20; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 55; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 11; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 7; *Zöllner* in: Festschrift Lutter, S. 821 f.

²⁸ *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 18. Mit ähnlichen Formulierungen: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 31, nach dem die innerverbandliche Entscheidung den Rechtserfolg darstellt; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44, die den Rechtserfolg in der Bildung des Kollektivwillens sehen; *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 374 f., nach dem die Stimmabgabe auf „[...] die verbindliche Formulierung des internen Willensentschlusses der Gesellschaft zu einer bestimmten Frage [...]“ abzielt, unabhängig davon, ob das Ergebnis dieser Willensbildung ein Rechtsgeschäft darstellt oder nicht; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 16, nach dem der rechtliche Erfolg in der Bildung eines Willens der Hauptversammlung besteht.

²⁹ BGHZ 88, 320, 328; 148, 335, 348 f.; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 7; RvWH/*Haas* § 119 HGB Rn. 3; *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 3; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 31; MüKo-AktG/*Schröder* § 133 Rn. 3; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 29; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 3; *Zöllner* in: Festschrift Lutter, S. 823.

³⁰ *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 23; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluß, S. 34; MüKo-AktG/*Schröder* § 133 Rn. 3; *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 419.

derung mit den übrigen Stimmabgaben entsteht ein Gesellschafterbeschluss, weswegen der Stimmabgabe kein Rechtsgeschäftscharakter zukommt.³¹ Die Entstehung des Gesellschafterbeschlusses führt nicht dazu, dass die Stimmabgaben mit diesem Zeitpunkt ihre rechtliche Eigenständigkeit einbüßen; die Stimmabgaben werden durch den zu fassenden Beschluss nicht konsumiert.³²

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass die Stimmabgabe empfangsbedürftig ist.³³ Teilweise wird dies wegen der Sonderstellung der Stimmabgabe neben Vertragserklärungen und Gestaltungsrechten aber auch verneint.³⁴ Ein zuletzt geäußertes konkreter Einwand lautet wie folgt³⁵: Der Abstimmende müsse die Stimmabgabe in der vom Versammlungsleiter festgelegten Weise vornehmen. Es sei dann Aufgabe des Versammlungsleiters, alle Stimmabgaben wahrzunehmen und zu erfassen, die im Einklang mit den angeordneten Modalitäten erfolgen. Der Versammlungsleiter sei insoweit zu einem aktiven Ordnungshandeln

³¹ Statt aller: *Baltzer*, Der Beschluß, S. 147; *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 35; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 48; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 24; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 13, 17; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 74; *Schilling* in: Festschrift Ballerstedt, S. 262; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 15 ff.; *Winnfeld*, DB 1972, 1053, 1054; a. A. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 15, der dies wegen der Bindung an die einmal abgegebene Stimme annimmt. Richtigerweise führt dies aber nicht zur Einordnung als Rechtsgeschäft, da der Gesellschafter mit der Stimmabgabe nicht den Zweck verfolgt, sich an seine Stimmabgabe zu binden und reflexartige Rechtsfolgen keine Rechtsgeschäftsqualität begründen, vgl. dazu Fn. 152. Zur Rechtsnatur von Enthaltungen siehe § 2 1. Teil Die Enthaltung.

³² *Baltzer*, Der Beschluß, S. 141, 170; *Ernst*, in: Festschrift Leenen, S. 17; nur sprachlich abweichend: *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 26, der zwar davon ausgeht, dass die Stimmabgaben mit Beschlussentstehung ihre rechtliche Selbstständigkeit verlieren, sie aber z. B. trotzdem noch – auch nach der Beschlussfassung – für anfechtbar hält.

³³ Statt aller: BGHZ 48, 163, 174; 152, 63, 67; BGH NJW 2012, 3372, beide Urteile bezogen auf die WEG; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 142 f, 147; *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 34; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 12 f.; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, S. 33 f.; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 74; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 24; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 3; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 26; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 7.

³⁴ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 179; ähnlich: *Flume*, AT I/2, S. 249.

³⁵ *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 20. Kritisch demgegenüber: *Koppensteiner*, Juristische Blätter 2017, 273, 274, dem nicht einleuchtet, wie die notwendige Kenntniserlangung des Versammlungsleiters ohne Zugang bei ihm vonstattengehen solle.

verpflichtet, wohingegen ein maßgebliches Charakteristikum einer empfangsbedürftigen Willenserklärung darin bestehe, dass sie gegenüber einem passiven Erklärungsempfänger erfolgen könne.

Zur Bestimmung der Empfangsbedürftigkeit bietet sich ein Blick auf die allgemeinen Grundsätze an, nach denen sich die Empfangsbedürftigkeit von Willenserklärungen bestimmt. Danach sind Willenserklärungen empfangsbedürftig, wenn das Gesetz dies vorsieht oder sich die Empfangsbedürftigkeit aus einer sachlichen Notwendigkeit ergibt.³⁶ Dies ist immer dann der Fall, wenn die Willenserklärung eine Reaktion einer bestimmten Person hervorrufen soll³⁷ oder in den Rechtskreis eines Dritten eingreift³⁸. Die Stimmabgabe soll als Reaktion jedenfalls in den Fällen, in denen eine Feststellung für den Beschlussstatbestand konstitutive Wirkung entfaltet,³⁹ ihre Berücksichtigung bei der Auszählung der Stimmen hervorrufen.⁴⁰ Durch die berechnete Stimmabgabe entsteht sogar ein Anspruch darauf, dass die Stimme erfasst und in die Auswertung des Abstimmungsergebnisses mit einbezogen wird,⁴¹ andernfalls würde das Stimmrecht als zentrales Herrschaftsrecht der Gesellschafter leerlaufen. Dieser Anspruch auf Erfassung und Berücksichtigung der Stimme muss sich gegen einen Dritten richten. Wird aber ein Dritter durch eine Erklärung Anspruchsschuldner, stellt dies einen Eingriff in seinen Rechtskreis dar. Schon diese beiden Aspekte, die notwendige Reaktion auf die Stimmabgabe und der Umstand, dass ein Anspruchsgegner zu einem Verhalten verpflichtet wird, sprechen dafür, dass die Kategorie der Empfangsbedürftigkeit auch auf die Stimmabgabe passt.

³⁶ MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 1; *Soergel/Hefermehl* § 130 Rn. 1; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 259, die darauf hinweisen, dass das BGB die Empfangsbedürftigkeit regelmäßig dadurch ausdrückt, dass es eine Erklärung „gegenüber“ einem anderen fordert; *Staudinger/Singer/Benedict* § 130 BGB Rn. 10.

³⁷ *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 259.

³⁸ *Bork*, BGB-AT, Rn. 603; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 92; *Flume*, BGB-AT II, S. 139 f.; *Staudinger/Singer/Benedict* § 130 BGB Rn. 10, die explizit betonen, dass es keinen Unterschied mache, ob durch die Willenserklärung in die subjektiven Rechte anderer eingegriffen werden soll oder ob deren Rechtspositionen erweitert werden; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 2, 10.

³⁹ Siehe dazu, wann die Beschlussfeststellung konstitutiv wirkt, Text zu Fn. 48–50.

⁴⁰ *Busche* in: *Festschrift Säcker*, S. 47.

⁴¹ *Bartholomeyczik*, *Die Stimmabgabe*, S. 28; *Ernst* in *Festschrift Leenen*, S. 17.

Richtigerweise geht die Gegenansicht zwar davon aus, dass der Stimmberechtigte seine Stimme nur in der von der Satzung oder vom Versammlungsleiter festgelegten Form abgeben muss, um einen Anspruch darauf zu haben, dass sie erfasst und in die Auswertung mit einbezogen wird.⁴² Dies zwingt aber nicht dazu, vom Kriterium der Empfangsbedürftigkeit abzusehen. Die Zugangsvoraussetzungen können nach dem Grundsatz der Privatautonomie von den Parteien vereinbart werden.⁴³ In Betracht kommt zudem, dass eine Seite der anderen die Möglichkeit einräumt, die Zugangsvoraussetzungen einseitig zu bestimmen. Schreiben Satzung oder Versammlungsleiter eine bestimmte Form der Stimmabgabe vor, stellt dies eine solche Vereinbarung oder Bestimmung dar. Der Stimmberechtigte unterwirft sich durch seinen Beitritt zur Gesellschaft bezüglich der Modalitäten der Beschlussfassung der Entscheidungshoheit der Satzung und, soweit in dieser vorgesehen, der des Versammlungsleiters. Der Versammlungsleiter muss beim Empfang der Stimmabgabe nicht mehr oder weniger aktiv tätig werden als der Adressat sonstiger Willenserklärungen: Jede natürliche Person trifft die Obliegenheit, an sie adressierte Willenserklärungen wahrzunehmen, andernfalls drohen verschiedene Konsequenzen, sei es Verzugseintritt oder das Erlöschen von rechtlichen Handlungsmöglichkeiten (vgl. §§ 146, 147 II BGB). Das folgt daraus, dass der Zugang, und damit die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, nicht von der tatsächlichen Wahrnehmung durch den Adressaten abhängt, sondern es bei Erklärungen unter Abwesenden nur auf das Gelangen in den Machtbereich dergestalt ankommt, dass unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahmemöglichkeit zu rechnen ist.⁴⁴ Bei nicht verkörperten Erklärungen unter Anwesenden kommt es nach der vorzugswürdigen eingeschränkten Vernehmungslehre darauf an, ob der Erklärende davon ausgehen durfte, dass der Erklärungsempfänger die Erklärung richtig vernommen hat.⁴⁵ Diese Zugangsvoraussetzungen für verkörperte und nicht verkörperte

⁴² *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 20; vgl. ferner KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 62.

⁴³ *Erman/Arnold* § 130 BGB Rn. 5; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 68; *Soergel/Hefermehl* § 130 BGB Rn. 15; *Staudinger/Singer/Benedict* § 130 BGB Rn. 22.

⁴⁴ Siehe zu dieser Zugangsdefinition nur: BGHZ 67, 271, 275; *Erman/Arnold* § 130 BGB Rn. 7 f.; *Bork*, BGB-AT, Rn. 622; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 149; MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 16; *Palandt/Ellenberger* § 130 Rn. 5; *Soergel/Hefermehl* § 130 BGB Rn. 8; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 274; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 12.

⁴⁵ *Bork*, BGB-AT, Rn. 631; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 156; MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 28; *Palandt/Ellenberger* § 130 Rn. 14; wohl auch: *Medicus/Petersen*, BGB-AT,

Stimmabgaben sind erfüllt, wenn der Gesellschafter seine Stimme in der vorgeschriebenen Weise abgibt, außer er hat bei nicht verkörperten Stimmabgaben Anhaltspunkte dafür, dass seine Stimme nicht in korrekter Weise wahrgenommen wurde. Bestehen solche Anhaltspunkte, kann ihm aber auch zugemutet werden, seine Stimmabgabe zu wiederholen.

Der Versammlungsleiter hat zwar nicht nur eine Obliegenheit, sondern sogar eine Pflicht, die abgegebenen Stimmabgaben aktiv zu erfassen und bei der Auszählung zu berücksichtigen.⁴⁶ Diese Pflicht entspringt aber nicht aus der besonderen Rechtsqualität der Stimmabgabe, sondern aus dem speziellen körperschaftsrechtlichen Verhältnis zwischen Versammlungsleiter und Gesellschaft.⁴⁷ Verletzt der Versammlungsleiter diese Pflicht, geht die Stimme nach den allgemeinen Regeln über Zugang von Willenserklärungen dem Adressaten trotzdem zu, da die abgegebene Stimme dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gerät, dass mit der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen zu rechnen ist bzw. der Abstimmende mit der Kenntnisnahme rechnen durfte. Die Stimme wird zu diesem Zeitpunkt wirksam, d.h. wenn der Versammlungsleiter sie mangels tatsächlicher Kenntnisnahme nicht in das Abstimmungsergebnis einbezieht, kann der Abstimmende den so entstandenen Beschluss unter Umständen rechtlich angreifen. Entfaltet die Beschlussfeststellung konstitutive Wirkung erfolgt

Rn. 289; a. A., wonach die Erklärung nur wirksam wird, soweit sie tatsächlich richtig verstanden wird: *Flume*, BGB-AT II, S. 240 f.; *Soergel/Hefermehl* § 130 BGB Rn. 21; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 37 ff. Die Argumente der Vertreter der strengen Vernehmungslehre sind in diesem Fall aber kaum überzeugend, da dem Gesellschafter bei vorgeschriebenen Abstimmungsmodalitäten gerade nicht die Möglichkeit der Wahl des sichereren Mittels der Übermittlung per verkörperter Erklärung offensteht, siehe dazu auch noch § 2 2. Teil D) I. Zugang.

⁴⁶ *Ernst* in: *Festschrift Leenen*, S. 20; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 48 GmbHG Rn. 17.

⁴⁷ *MHLS/Römermann* § 48 GmbHG Rn. 105 f., 112; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 48 GmbHG Rn. 17, 19; für die AG auch *Schürnbrand*, *Organschaft im Recht der privaten Verbände*, S. 146, der andererseits für die GmbH davon ausgeht, der Versammlungsleiter leite seine Kompetenzen von der Gesellschafterversammlung ab; nicht eindeutig: *Scholz* in: *Festschrift Spellenberg*, S. 64, der anführt, dass die Befugnisse des Versammlungsleiters aus seiner Bestellung herrühren und sich somit von den Gesellschaftern ableiten.

dies im Wege der Anfechtungsklage.⁴⁸ Kommt der Feststellung keine konstitutive Wirkung zu, also nach h. M. bei Personengesellschaften⁴⁹ und der GmbH, soweit bei letzterer eine Beschlussfeststellung unterbleibt⁵⁰, kommt nur die Beschlussfeststellungsklage als statthafte Klageart in Betracht⁵¹.

Die bekannte Kategorie der empfangsbedürftigen Willenserklärung passt somit auch auf die Stimmabgabe. Soweit gefestigte Kategorien definitorisch anwendbar sind, bietet es sich schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität an, in diesen Kategorien zu verweilen, statt neue zu schaffen.⁵² Die Stimmabgabe lässt sich deswegen mit ganz h. M. als empfangsbedürftige Willenserklärung qualifizieren.

C) Der korrekte Adressat der Stimmabgabe

Die Frage nach dem korrekten Adressaten der Stimmabgabe ist für die Anwendung vieler Normen des allgemeinen Teils des BGB von zentraler Bedeutung, z. B. für den richtigen Anfechtungsgegner (§ 143 III 1 BGB), den Zugang und Widerruf der Stimmabgabe (§ 130 BGB) oder auch zur Bestimmung desjenigen,

⁴⁸ *Zöllner*, Schranken, S. 363. Zur Anfechtbarkeit wegen fehlerhafter Beschlussfeststellung siehe nur: *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. zu § 47 GmbHG Rn. 116 ff. für die GmbH; *Schmidt/Lutter/Schwab* § 243 AktG Rn. 13 für die Aktiengesellschaft. Für Kritik zum Anfechtungsklageerfordernis bei der GmbHG siehe nur: *Casper*, ZHR 163 (1999), 54, 78 ff.; *Bork/Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 63.

⁴⁹ *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 64; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 88 f.; *Oetker/Lieder* § 119 HGB Rn. 40; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 322.

⁵⁰ BGH GmbHR 1999, 477, 478; NZG 2009, 1307; MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 117 f.; *UHL/Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 96 ff.; *Roth/Altmeyen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 106; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 118 ff.; ausführlich, auch zu den Voraussetzungen verbindlicher Ergebnisfeststellung: *Zöllner* in: Festschrift Lutter, S. 826 ff. A. A.: *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 9 ff., nach welchem jeder GmbH-Gesellschafterbeschluss einer konstitutiv wirkenden Feststellung bedürfe. Ablehnend gegenüber *Ernst: Koppensteiner*, Juristische Blätter 2017, 273, 276 f.

⁵¹ BGH GmbHR 1999, 477, 478; NZG 2009, 1307; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 31; *Roth/Altmeyen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 106; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 75 ff.; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 172 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 322; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 124, 181; *Zöllner*, Schranken, S. 363; a. A.: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 447 f., nach dem das Prinzip der Anfechtbarkeit (von Mehrheitsbeschlüssen) auf alle Verbandsformen auszudehnen sei; zustimmend: MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 99; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 82.

⁵² Vgl. *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 41.

dessen Kenntnis oder Unkenntnis von gewissen Umständen für den Eintritt daran geknüpfter Rechtsfolgen entscheidend ist (u. a. §§ 116 S. 2, 117 I, 122 II BGB).

Über die Frage des korrekten Adressaten der Stimmabgabe herrscht Streit. Für die Personengesellschaften sehen der überwiegende Teil der Autoren sowie die spärliche Rechtsprechung zu dem Thema die übrigen an der Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter als Adressaten an.⁵³ Für Körperschaften stellen die meisten Literaten auf die Gesellschaft ab.⁵⁴ Andere sehen ausschließlich denjenigen als Adressaten an, der die Einzelstimmen zum Zweck der Stimmauswertung sammelt, also z. B. den Versammlungsleiter.⁵⁵

Nach den allgemeinen Erkenntnissen über den Erklärungsgegner empfangsbedürftiger Willenserklärungen fungiert als Adressat derjenige, den die Erklärung unmittelbar betrifft.⁵⁶ Übertragen auf die Stimmabgabe muss dabei zunächst eine

⁵³ BGH WM 1957, 1128, 1130; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 41; EBSJ/*Freitag* § 119 HGB Rn. 49, mit der Einschränkung, dass lediglich die berechtigterweise an der Abstimmung teilnehmenden Gesellschafter Adressaten sind; RvWH/*Haas* § 119 HGB Rn. 2; Soergel/*Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 26; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 164; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 14; Oetker/*Lieder* § 119 HGB Rn. 12; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 34; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 5; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 24; MünchHdb. GesR I/*Weipert* § 57 Rn. 79; A. A. *Busche* in: Festschrift Sacker, S. 47, der auch bei Personengesellschaften die Kooperation als empfangszuständig ansieht; ähnlich *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 29 Rn. 13, der ausdrücklich nicht die anderen Abstimmenden, sondern die Personenvereinigung oder ihr Organ als Erklärungsgegner nennt.

⁵⁴ MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 37; *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 34; *Busche* in: Festschrift Sacker, S. 47; MüKo-GmbHG/ *Drescher* § 47 Rn. 35; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 14; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 68; Soergel/*Hadding* BGB § 32 Rn. 25; *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 25; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 16; *Vormbaum*, Beschluss und das Abstimmen, S. 29 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 39 Rn. 4; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 7.

⁵⁵ MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 27; *Baltzer*, Der Beschluss, S. 148; *Koppensteiner*, Juristische Blätter 2017, 273, 274; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 20; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 19.

⁵⁶ *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 27; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 92; MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 1; *Flume*, BGB-AT II, S. 139; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 10; vgl. auch *Bork*, BGB-AT, Rn. 604, wonach das Gesetz nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen immer dann genügen lässt, wenn es nach der Natur des Rechtsgeschäfts keinen schutzbedürftigen Adressaten gibt; ähnlich Soergel/*Hefermehl* § 130 BGB Rn. 1, nach dem die empfangsbedürftigen Willenserklärungen den Normalfall darstellen und bei den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen aus der Natur der Sache folge, dass es auf eine Kenntnisnahme Dritter nicht ankommen könne.

strikte Trennung vom Beschluss erfolgen: Der Beschluss betrifft für alle Verbandsformen sowohl die übrigen Gesellschafter als auch die Gesellschaft selbst, da er für die Gesellschafter als Willensbildung der Gesamtheit maßgeblich ist⁵⁷ und für die Gesellschaft den ihr zuzurechnenden Willenstatbestand bildet⁵⁸. Wie aber verhält es sich mit der Stimmabgabe?

Folgt man der Ansicht, die bei Personengesellschaften die verbandsinterne Willensbildung zumindest in manchen Fällen nicht als Beschluss, sondern als Vertrag zwischen den Gesellschaftern qualifiziert,⁵⁹ müsste man zumindest insoweit die übrigen Gesellschafter als Adressaten der Stimmabgabe ansehen, denn die auf einen Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen betreffen die jeweiligen Vertragspartner⁶⁰. Dieses „Vertragsmodell“⁶¹ überzeugt mit Blick auf den Charakter der Stimmabgabe als innerverbandliche Erklärung sowie mit Blick auf die fehlende Gegenseitigkeit der Stimmabgaben jedoch nicht.⁶² Klassifiziert man die verbandsinterne Willensbildung richtigerweise unabhängig von der Gesellschaftsform, den Mehrheitserfordernissen oder dem Beschlussgegenstand nicht als Vertrag, besteht zumindest aus Gründen der Rechtsnatur noch keine Notwendigkeit, die übrigen Gesellschafter als Adressaten anzusehen.⁶³

⁵⁷ Detailliert dazu: *Baltzer*, Der Beschluß, S. 91 ff.; vgl. auch: *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 25 f.; *Roth/Altmeyden/Roth* § 47 GmbHG Rn. 3.

⁵⁸ Siehe Fn. 19.

⁵⁹ In diesem Sinne die h. M., aber mit unterschiedlichen Vorstellungen im Detail, nämlich differenzierend nach Beschlussgegenstand oder Mehrheitserfordernis: *RvWH/Haas* § 119 HGB Rn. 3, 7; *Staudinger/Habermeier* § 709 Rn. 19; *Röll*, NJW 1979, 626, 630; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 25; *MüKo-BGB/Schäfer* § 709 Rn. 51; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 81 ff.; *Palandt/Sprau* Vorb. v. § 709 BGB Rn. 10; *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 24 ff.; *MünchHdb. GesR I/Weipert* § 57 Rn. 3; *Erman/Westermann* § 709 Rn. 18a; offenlassend: *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 17 f. Für eine Wahlmöglichkeit der Gesellschafter: *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085, 2090 ff.

⁶⁰ Siehe für die Annahmeerklärung bereits den Wortlaut des § 146 BGB. Ferner: *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 92; *MüKo-BGB/Einsele* § 130 Rn. 1; *Flume*, BGB-AT II, S. 222 f.

⁶¹ Ausführlich zum von ihm sogenannten Vertragsmodell und zum gegenteiligen organschaftlichen bzw. körperschaftlichen oder gesellschaftlichen Modell: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 291 ff.

⁶² Dazu ausführlicher und mit Nachweisen: § 3 1. Teil Rechtsnatur des Gesellschafterbeschlusses.

⁶³ Vgl. *Mülbert/Gramse*, WM 2002, 2085, 2087; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 29 Rn. 13.

Der Beantwortung der Frage nach dem richtigen Empfänger lässt sich aus anderer Richtung näher kommen: Jedenfalls in den Fällen, in denen die Feststellung des Beschlusses konstitutive Wirkung entfaltet, besteht ein Anspruch des Stimmrechtsträgers auf Erfassung und Berücksichtigung seiner Stimme bei der Auswertung des Abstimmungsergebnisses.⁶⁴ Ein Anspruch setzt zwingend einen Anspruchsgegner voraus. Dieser Anspruchsgegner ist dann jedenfalls derjenige, den die Stimmabgabe des Erklärenden unmittelbar betrifft. Grundsätzlich verpflichtet sich der Versammlungsleiter, die Stimmen korrekt zu erfassen und bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses zu berücksichtigen.⁶⁵ Diese Pflicht trifft ihn allerdings wegen seines speziellen körperschaftlichen Rechtsverhältnisses zur Gesellschaft,⁶⁶ sie macht ihn nicht schon zum Anspruchsgegner des Stimmrechtsträgers und somit zum Erklärungsempfänger.⁶⁷ Entweder legt die Satzung die Person des Versammlungsleiters fest, oder er wird durch die Gesellschafter per Beschluss bestimmt.⁶⁸ Da der Beschluss der Gesellschaft zugerechnet wird, steht der Versammlungsleiter also in unmittelbarer Beziehung nur zu der Gesellschaft und nicht zu den einzelnen Gesellschaftern.⁶⁹ Die Stimmen wertet er deswegen für die Gesellschaft aus, nicht für die übrigen Gesellschafter, zu denen er in keiner besonderen Beziehung steht.⁷⁰ Der Anspruch auf korrekte Erfassung der Stimmabgabe richtet sich demnach gegen die Gesellschaft, die sich

⁶⁴ Siehe Fn. 41.

⁶⁵ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 127; MHLS/*Römermann* § 48 GmbHG Rn. 112; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 48 GmbHG Rn. 17; ausdrücklich auch für Personengesellschaften: *Scholz* in: Festschrift Spellenberg, S. 58 f., nach dem die Kompetenzen des Versammlungsleiters einer Personengesellschaft sich im Grundsatz nicht von denen eines Versammlungsleiters einer GmbH unterscheiden.

⁶⁶ Siehe Fn. 47.

⁶⁷ Vgl. auch *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 30, wonach der Versammlungsleiter kein eigenes Interesse daran hat, von den Erklärungen Kenntnis zu nehmen; der Versammlungsleiter habe nur eine technische Rolle.

⁶⁸ Vgl. EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 59; MHLS/*Römermann* § 48 GmbHG Rn. 91 f., 95, 97; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 136; sehr ausführlich *Scholz* in: Festschrift Spellenberg, S. 52 ff.; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 180.

⁶⁹ Vgl. *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 30; ausdrücklich für Personengesellschaften: *Scholz* in: Festschrift Spellenberg, S. 55 f., nach dem der Versammlungsleiter zwar die Rechte und Interessen der Gesellschafter berücksichtigen muss, in erster Linie jedoch dem gemeinsamen Gesellschaftszweck verpflichtet ist.

⁷⁰ So für Körperschaften auch *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 31, der darauf abstellt, dass sich das unmittelbare Interesse der Körperschaft am Inhalt der einzelnen

zur Erfüllung dieser Verpflichtung des Versammlungsleiters bedient. Bei Vorhandensein eines Versammlungsleiters spricht dies für den Verband als korrekten Adressaten der Stimmabgabe. Da es nicht plausibel erscheint, die Empfangszuständigkeit des Verbands vom Vorhandensein eines Versammlungsleiters abhängig zu machen, lässt sich daraus auch für Versammlungen ohne Versammlungsleiter die Empfangszuständigkeit des Verbands ableiten.

Ein weiteres Argument spricht für alle Gesellschaftsformen für den Verband als Adressaten der Stimmabgabe: Inhaltlich betrifft die Stimmabgabe Gesellschafter und Gesellschaft zwar jeweils nur mittelbar, nämlich in ihrer Bedeutung für den Gesellschafterbeschluss.⁷¹ Ist der Gesellschafterbeschluss aber kein Vertrag, tritt die Bindungswirkung also ausschließlich wegen der Zugehörigkeit der Mitglieder zum Verband ein, dann kann sie in zeitlicher Hinsicht nur eine Folge der Zurechnung des Abstimmungsergebnisses an die Gesellschaft sein. Das heißt, zunächst erfolgt nach Abgabe der Stimmen die Zurechnung des Beschlusses an die Gesellschaft und erst frühestens eine logische Sekunde danach tritt die Bindungswirkung für die Gesellschafter ein. Aus dieser Sicht steht der Verband der Stimmabgabe auch inhaltlich zumindest näher als die übrigen Gesellschafter.⁷²

Richtigerweise stellt somit der Verband für alle Gesellschaftsformen den richtigen Adressaten der Stimmabgabe dar.⁷³ Bei Vorhandensein eines Versammlungsleiters erfolgt die Stimmabgabe ausschließlich ihm gegenüber.⁷⁴ Fehlt ein

Stimmabgaben daraus ergebe, dass sie die Verantwortung für die richtige Beschlussfeststellung treffe, weil sie vornehmlich die mit der Beschlussfassung verbundene Gefahr beherrsche.

⁷¹ Vgl. *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 30 f.

⁷² Ähnlich, allerdings im Kontext der Ermittlung des richtigen Anfechtungsgegners: *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 44.

⁷³ Ebenso: *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 47, der darauf abstellt, dass auch bei Personengesellschaften Ziel der Beschlussfassung die Ordnung der Verbandsangelegenheiten sei, weswegen auch hier Stimmadressat der Verband sein müsse.

⁷⁴ MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 37; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 48; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 49; Hopt/*Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 67; Soergel/*Hadding* BGB § 32 Rn. 25; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 35; Hüffer/*Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 19; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 25; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 24; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 16; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 7.

Versammlungsleiter, erfolgt die Stimmabgabe gegenüber allen an der Abstimmung beteiligten – das heißt anwesenden – Mitgesellschaftern⁷⁵ und zwar unabhängig davon, ob ihnen im konkreten Fall ein Stimmrecht zusteht oder nicht.⁷⁶ Denn bei körperschaftsrechtlichen Erklärungen dient die Gesellschafterversammlung – in Gestalt ihrer Organwalter, der anwesenden Gesellschafter – als organschaftliche Vertreterin des Verbands.⁷⁷ Die Passivvertretung der Gesellschafterversammlung durch die anwesenden Mitgesellschafter bei Entgegennahme der Stimmabgaben ist eine Gesamtvertretung, wobei die Regelungen § 26 II 2 BGB, § 125 II 3 HGB, § 35 II 2 GmbHG und § 78 II 2 AktG keine entsprechende Anwendung finden,⁷⁸ d.h. zu ihrer Wirksamkeit muss die Stimmabgabe jedem anwesenden Mitgesellschafter zugehen damit sie dem Verband gegenüber zugeht⁷⁹. Sowohl der Versammlungsleiter als auch die anwesenden Mitgesellschafter fungieren jeweils nur als Empfangsvertreter der Gesellschaft im Sinne des § 164 III BGB.⁸⁰ Der Adressat der Willenserklärung bleibt der Verband.

⁷⁵ Erfolgt die Stimmabgabe durch einen Gesellschafter, kommt es logischerweise nur noch auf den Zugang bei den Mitgesellschaftern an. Erfolgt die Stimmabgabe hingegen durch einen Vertreter, der nicht zugleich Gesellschafter ist, müsste terminologisch korrekt eigentlich von den anwesenden Gesellschaftern und nicht von den anwesenden Mitgesellschaftern gesprochen werden. Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden trotzdem nur noch von Mitgesellschaftern gesprochen, ohne damit den Fall der Stimmabgabe durch einen Vertreter ausklammern zu wollen.

⁷⁶ Vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 35; Soergel/Hadding/Kießling § 709 BGB Rn. 26; Roth/Altmeppen/Roth § 47 GmbHG Rn. 25; Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, S. 309; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 7; wohl auch: MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 14, bei dem aber nicht ganz klar ist, ob er sich nur auf Beschlüsse außerhalb von Versammlungen bezieht; ebenso: Ulmer in: Festschrift Niederländer, S. 421; a. A. EBJs/Freitag § 119 HGB Rn. 49, wonach nur die stimmberechtigten Gesellschafter Adressaten der Stimmabgabe sind; wohl auch RvWH/Haas § 119 HGB Rn. 2, nach dem die Stimmabgabe „gegenüber den Mitabstimmenden“ zu erfolgen habe.

⁷⁷ Vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 35; Roth/Altmeppen/Roth § 38 Rn. 22; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 38 GmbHG Rn. 43.

⁷⁸ Vgl. BGHZ 139, 89, 92; BGH NJW 2013, 2425; Erman/Belling/Riesenhuber § 626 BGB Rn. 148; Staudinger/Preis § 626 BGB Rn. 304.

⁷⁹ Siehe zur Wissenszurechnung den folgenden Abschnitt § 2 1. Teil D) Gesellschafter. Zum Zugang siehe § 2 2. Teil D) I. Zugang.

⁸⁰ Vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 35; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer § 47 GmbHG Rn. 14; Hölters/Hirschmann § 133 AktG Rn. 19; MünchHdb. GesR III/Wolff § 39 Rn. 5.

D) Kenntnis oder Kennenmüssen von bestimmten Umständen

Wiederholte Tatbestandsvoraussetzung der §§ 104–185 BGB ist die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des anderen Teils von gewissen Umständen.⁸¹ Wie dargelegt ist nach zutreffender Auffassung Adressat der Stimmabgabe der Verband. Da dieser selbst keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von Umständen haben kann, sondern allenfalls seine Organwalter oder Vertreter, stellt sich die Frage, wessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis sich der Verband beim Empfang der Stimmabgabe zurechnen lassen muss.⁸² Im Folgenden werden nacheinander die Zurechnung des Wissens von Organwaltern und die Zurechnung des Wissens von rechtsgeschäftlichen Vertretern der Gesellschaft untersucht. Diese getrennte Betrachtung bietet sich an, da für letztere mit § 166 BGB eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht, für erstere hingegen nicht.

I. Zurechnung des Wissens von Organwaltern

Als Organwalter, deren Wissen zugerechnet werden könnte, kommen in erster Linie die Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglieder und Gesellschafter in Betracht.

1. Geschäftsführer

Rechtsprechung und Literatur haben sich zwar lange Zeit und ausführlich mit dem Problem der Wissenszurechnung im Verband beschäftigt,⁸³ in der Regel beziehen sich die Ausführungen dabei aber ausschließlich auf die Wissenszurechnung der Vertretungsorganwalter im Rechtsverkehr gegenüber Dritten, also auf die Zurechnung des Wissens der Geschäftsführer bei einem Tätigwerden nach außen. Vom Ansatzpunkt her bestehen für diese Konstellation drei verschiedene Konzepte für eine Wissenszurechnung.

a) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Nach der ersten Konzeption wird das Wissen der Vertretungsorganwalter dem Verband immer dann zugerechnet, wenn sie mit dem Geschäft in irgendeiner

⁸¹ Konkret taucht das Tatbestandsmerkmal in den §§ 111 S. 3, 116 S. 2, 122 II, 123 II 2, 142 II, 169, 173, 174 S. 2, 178 S. 1, 179 III 1 BGB auf.

⁸² Vgl. ausführlich zur Organ- und Vertretertheorie und der Notwendigkeit der Zurechnung nach beiden Modellen *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 250 ff, 254, 284 f.

⁸³ Für eine ausführliche Darstellung des Meinungsstands bis ins Jahr 2002 siehe *Faßbender/Neuhaus* WM 2002, 1253.

Form zu tun hatten.⁸⁴ Zurechnungsnorm nach dieser Konzeption ist bei eigenem Handeln § 166 I BGB.⁸⁵ Nach § 166 II BGB (analog) wird außerdem das Wissen von solchen Vertretungsorganwaltern zugerechnet, die vom jeweiligen Geschäftsabschluss Kenntnis haben und ihn geschehen lassen; eine ausdrückliche Weisung muss nicht erfolgen.⁸⁶ Daneben ist dem Verband noch das durch einen Geschäftsführer aus sog. Wissenserklärungen erlangte Wissen nach § 28 II BGB (analog) zuzurechnen, unabhängig davon, welchem Vertretungsorgan gegenüber die Erklärung erfolgte.⁸⁷ Eine Wissenszurechnung scheidet nach dieser Ansicht hingegen aus, wenn der Organwalter mit dem Geschäft weder selbst zu tun hatte, noch von dessen Vornahme wusste.⁸⁸

Die zweite Konzeption rechnet das Wissen eines Vertretungsorganwalters dem Verband immer zu,⁸⁹ und zwar unabhängig davon, ob das Vertretungsorgan einzel- oder gesamtvertretungsberechtigt ist,⁹⁰ ob es am jeweiligen Rechtsgeschäft

⁸⁴ Roth/Altmeyen/*Altmeyen* § 35 GmbHG Rn. 115; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 400 ff.; für Personengesellschaften auch BeckOK-BGB/*H. Schäfer* § 166 Rn. 15.

⁸⁵ *Flume*, BGB-AT I 2, S. 405.

⁸⁶ Roth/Altmeyen/*Altmeyen* § 35 GmbHG Rn. 115; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 400.

⁸⁷ Roth/Altmeyen/*Altmeyen* § 35 GmbHG Rn. 114; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 402.

⁸⁸ *Flume*, BGB-AT I 2, S. 403 f.; vgl. auch Roth/Altmeyen/*Altmeyen* § 35 GmbHG Rn. 116, der eine Wissensorganisationspflicht (dazu sogleich die dritte Konzeption) allenfalls im Rahmen der prozessualen Darlegungs- und Beweislast berücksichtigen will, die fahrlässige Unkenntnis auf Grund mangelhafter Wissensorganisation aber der positiven Kenntnis jedenfalls nicht gleichsetzbar sieht.

⁸⁹ BGHZ 109, 327, 330 f., wobei hier schon anklingt, dass der BGH auch einer wertenden Betrachtung im Einzelfall nicht entgegensteht, wie sie sich später in der Rechtsprechung auch durchgesetzt hat, siehe Fn. 96; BGH NJW 1984, 1953, 1954. Für alle Gesellschaftsformen: *Bork*, BGB-AT, Rn. 1668, 1670; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 287, wobei nicht einmal Vertretungsbefugnis vorliegen müsse, sondern Geschäftsführungsbefugnis ausreiche (S. 288); *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 626 ff., der die GbR allerdings ausnimmt (S. 632 f.); für die GbR: *Staudinger/Habermeier* § 714 BGB Rn. 12; für die OHG: *RvWH/Haas* § 125 HGB Rn. 3b; *UHL/Paefgen* § 35 GmbHG Rn. 199; *MüKo-HGB/Schmidt* § 125 Rn. 13, 50; für die GmbH: *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baukelmann* § 35 GmbHG Rn. 63 f., wobei dieser der differenzierenden Lösung der Rechtsprechung auch nicht abgeneigt gegenübersteht; für die AG: *MüKo-AktG/Spindler* § 78 Rn. 93; für den Verein: *BeckOK-BGB/Schöpflin* § 26 Rn. 21.

⁹⁰ BGHZ 20, 149, 152 f.; 62, 166, 172 f.; *Staudinger/Habermeier* § 714 BGB Rn. 12; *UHL/Paefgen* § 35 GmbHG Rn. 200; *MüKo-HGB/Schmidt* § 125 Rn. 13, 50; *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 288; *MüKo-AktG/Spindler* § 78 Rn. 96; *ders.*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 627, 631 f.

mitgewirkt oder Kenntnis von ihm hatte⁹¹ oder in welchem Kontext die relevante Kenntniserlangung erfolgte⁹². Gestützt wird dies zumeist auf den Rechtsgedanken des § 31 BGB,⁹³ alternativ auf die verschiedenen Passivvertretungsregelungen, also § 26 II 2 BGB, 125 II 3 HGB, 35 II 2 GmbHG und § 78 II 2 AktG⁹⁴ oder auf § 166 BGB analog⁹⁵.

Nach der dritten Konzeption bedarf es für die Zurechnung jeweils einer wertenden Betrachtung im Einzelfall.⁹⁶ Den entscheidenden Faktor bildet dabei der Verkehrsschutz, aus welchem eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Wissensorganisation des Verbands und darauf aufbauend eine Wissenszurechnung resultieren kann,⁹⁷ und zwar weitgehend unabhängig davon, welche Person die entscheidende Kenntnis erlangt⁹⁸. Diese Ansicht stützt sich auf den Rechtsgedanken des

⁹¹ BGHZ 109, 327, 330 f.; BGH NJW 1984, 1953, 1954; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Baukelmann* § 35 GmbHG Rn. 64; Staudinger/*Habermeier* § 714 BGB Rn. 12; UHL/*Paefgen* § 35 GmbHG Rn. 208; MüKo-HGB/*Schmidt* § 125 Rn. 13; *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 287; BeckOK-BGB/*Schöpflin* § 26 Rn. 21; MüKo-AktG/*Spindler* § 78 Rn. 96.

⁹² BGH WM 1955, 830, 832; UHL/*Paefgen* § 35 GmbHG Rn. 200; BeckOK-BGB/*Schöpflin* § 26 Rn. 21.

⁹³ RvWH/*Haas* § 125 HGB Rn. 3b; Staudinger/*Habermeier* § 714 BGB Rn. 12; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 287 f.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 628 für Wissenszurechnung außerhalb des Rechtsverkehrs, S. 631 f. für die OHG bei Einzelvertretung.

⁹⁴ *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 626 f. für Körperschaften, S. 628 f. für die OHG bei Gesamtvertretung, ablehnend hingegen auf S. 632 f. für die GbR.

⁹⁵ UHL/*Paefgen* § 35 GmbHG Rn. 199, der an anderer Stelle aber auf § 35 II 2 GmbHG abstellt, vgl. Rn. 208; BeckOK-BGB/*Schöpflin* § 26 Rn. 21.

⁹⁶ H. M.: BGHZ 135, 202, 205, der zumindest nicht ausdrücklich nach Gesellschaftsformen differenziert; weitere Nachweise für alle Gesellschaftsformen: *Bork*, BGB-AT, Rn. 1671, der zwar grundsätzlich Organwissen immer zurechnen will, bei ausgeschiedenen Organwaltern aber eine wertende Betrachtung vornimmt; Heidel/*Schall/Freitag* § 125 HGB Rn. 19 f.; Staudinger/*Schilken* § 166 BGB Rn. 32; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 27 f.; für die GbR: BGHZ 140, 54, 61 f.; für die OHG: Staub/*Habersack* § 125 HGB Rn. 22; für die GmbH: Scholz/*U. H. Schneider/S. H. Schneider* § 35 GmbHG Rn. 124; MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves* § 35 Rn. 214, 217; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 35 GmbHG Rn. 150; für die AG: Hüffer/*Koch/Koch* § 78 AktG Rn. 24; Hölter/*Weber* § 78 AktG Rn. 15 f.

⁹⁷ BGHZ 132, 30, 37; Staub/*Habersack* § 125 HGB Rn. 22; Staudinger/*Schilken* § 166 BGB Rn. 32; MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves* § 35 Rn. 217; Hölter/*Weber* § 78 AktG Rn. 15 f.; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 35 GmbHG Rn. 150.

⁹⁸ *Bork*, BGB-AT, Rn. 1671; Heidel/*Schall/Freitag* § 125 HGB Rn. 20; Staudinger/*Schilken* § 166 BGB Rn. 32; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 35 GmbHG Rn. 150.

§ 31 BGB⁹⁹ oder des § 166 BGB¹⁰⁰, teilweise wird auch von einer Rechtsfortbildung ohne gesetzlichen Anknüpfungspunkt ausgegangen¹⁰¹.

b) Übertragung auf die Stimmabgabe

Keine der drei Konzeptionen lässt sich ohne weiteres auf die Wissenszurechnung bei Entgegennahme der Stimmabgabe übertragen. Denn Gegenstand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur war bislang beinahe ausschließlich die Wissenszurechnung bei Auftreten des Verbands gegenüber Dritten. Auf die Wissenszurechnung bei verbandsinternen Erklärungen wurde auf abstrakter Ebene kaum einmal explizit eingegangen.¹⁰² Nach hier zugrunde gelegtem Verständnis zeichnen sich verbandsinterne Erklärungen dadurch aus, dass nicht der Verband mit Dritten, sondern der Verband, Organe, Organwalter oder Mitglieder in ihrer Funktion als solche untereinander interagieren. Nicht jede Beteiligung eines Mitglieds oder Organwalters macht eine Erklärung zu einer verbandsinternen Erklärung. Soweit das Mitglied oder der Organwalter dem Verband wie ein Dritter gegenübersteht, finden die genannten Konzeptionen Anwendung. Im verbandsinternen Bereich hingegen können die Zuständigkeiten der Beteiligten untereinander abgegrenzt werden.¹⁰³ Es handelt also, anders als nach außen, nicht immer der Verband als solcher, sondern ggf. seine Organe als abgrenzbare Funktionseinheiten. Dies rechtfertigt eine andere Beurteilung der Zurechnung des Geschäftsführerwissens als bei Auftreten des Verbands im Rechtsverkehr mit Dritten.

⁹⁹ Staub/*Habersack* § 125 HGB Rn. 20; Hüffer/*Koch/Koch* § 78 AktG Rn. 24; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 27; Hölters/*Weber* § 78 AktG Rn. 15.

¹⁰⁰ Baumbach/*Hopt/Roth* § 115 HGB Rn. 4, der daneben auf § 125 II 3 HGB abstellt; Staudinger/*Schilken* § 166 BGB Rn. 32.

¹⁰¹ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 720 f.

¹⁰² Unter der gesichteten Literatur vertritt *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 297 f. die Ansicht, dass es für die Anwendung des § 116 BGB einzig auf die Kenntnis des Versammlungsleiters als Vertreter der Gesellschaft ankomme, eine organschaftliche Zurechnung finde darüber hinaus nicht statt. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 627, weist darauf hin, dass bei der Zurechnung von Wissen auf Organebene für verbandsinterne Erklärungen andere Maßstäbe gelten mögen, als für ein Auftreten im Rechtsverkehr mit Dritten. Selbst dieser Hinweis erfolgt aber nur im Kontext des Urteils BGHZ 139, 89 ff., in dem es schwerpunktmäßig um den Zeitpunkt der Wissenszurechnung an die Gesellschafterversammlung bei Kündigung des Anstellungsvertrags eines GmbH-Geschäftsführers ging.

¹⁰³ Vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 83.

So ist die pauschale Zurechnung des Wissens der Geschäftsführung bei innerverbandlichen Erklärungen schon deswegen zu bezweifeln, weil die Geschäftsführer für die Entgegennahme verbandsinterner Erklärungen, anders als im rechtsgeschäftlichen Verkehr,¹⁰⁴ nicht pauschal zuständig sind¹⁰⁵. Die Zuständigkeit oder Vertretungsberechtigung wird aber teilweise ausdrücklich als Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung angeführt.¹⁰⁶ Das zeigt sich auch bei denjenigen Literaturstimmen, welche die Regelungen zur Passivvertretung als Anknüpfungspunkt für eine Wissenszurechnung wählen.¹⁰⁷ Der Gedankengang, der dahinter steckt, lautet wie folgt: Wenn schon die Willens- bzw. Wissenserklärung an sich einem beliebigen Vorstandsmitglied gegenüber wirksam abgegeben werden könne, so müsse auch die Kenntnis oder das Kennenmüssen, das der Empfangsvertreter bei Entgegennahme der Erklärung erlangt dem Verband zugerechnet werden.¹⁰⁸ Wo die Geschäftsführer, wie bei der Stimmabgabe, aber gar nicht zur Passivvertretung befugt sind, zielt diese Argumentation ins Leere.

¹⁰⁴ Siehe nur § 26 II 2 BGB, 125 II 3 HGB, 35 II 2 GmbHG und § 78 II 2 AktG.

¹⁰⁵ Ähnlich für die Stimmabgabe in Bezug auf die Anwendung des § 116 BGB *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 297: „Die Kenntnis der Körperschaft wird durch die Kenntnis eines einzigen Organträgers oder Vertreters nur vermittelt, wenn es mehrere gleichgeordnete und gleich zuständige Vertreter gibt, [...] die denselben, gerade diesem Arbeitsgebiet gewidmeten Geschäftskreis haben.“; vgl. ferner zur Vertretungsbefugnis der Gesellschafterversammlung bei Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 38 Rn. 43, ebenso bei Kündigung dessen Anstellungsvertrags *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 46 GmbHG Rn. 36, 40. Hier erschöpft sich die Zuständigkeit des Organs der Gesellschafterversammlung nicht in der internen Willensbildung, sondern umfasst auch die Vertretung des Verbands gegenüber dem Erklärungsgegner, wohingegen die organschaftliche Vertretungsmacht der Geschäftsführer ausgeschlossen ist.

¹⁰⁶ Vertretungsberechtigung „in der Angelegenheit“ als Anknüpfungspunkt: BGHZ 109, 327, 330 f.; Zuständigkeit als Anknüpfungspunkt: *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baukelmann* § 35 Rn. 63.

¹⁰⁷ Siehe Fn. 94; zu einem anderen Ergebnis könnte *K. Schmidt* kommen, der die Vertretungsbefugnis gerade nicht voraussetzt, sondern die Geschäftsführungsbefugnis für eine organschaftliche Zurechnung ausreichen lässt, *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 288.

¹⁰⁸ Exemplarisch *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 626 ff.; ähnlich *Flume*, BGB-AT I 2, S. 402, 404.

Die dritte Konzeption, die eine Wissenszurechnung nach wertenden Kriterien im Einzelfall vornehmen will, orientiert sich dabei in erster Linie am Verkehrsschutz.¹⁰⁹ Verkehrsschutz meint allgemein, dass der Schutz des redlichen rechtsgeschäftlichen Verkehrs es gebieten kann, statt auf die wirkliche Rechtslage auf diejenige abzustellen, auf die ein anderer Teilnehmer am Rechtsverkehr zulässigerweise vertraut, soweit nicht übergeordnete Gesichtspunkte dem entgegenstehen.¹¹⁰ Zwar erfolgen verbandsinterne Erklärungen gerade nicht im sondern außerhalb des Rechtsverkehrs.¹¹¹ Trotzdem kann der Verkehrsschutzgedanke auf die Stimmabgabe übertragen werden: auch bei ihr kann es vorkommen, dass ein redlicher Erklärender oder Erklärungsempfänger in zulässiger Weise auf etwas vertraut, was der tatsächlichen Tatsachen- oder Rechtslage nicht entspricht.¹¹² So richtet sich die Auslegung der Stimmabgabe nach §§ 133, 157 BGB,¹¹³ was letztlich ebenfalls nur auf Verkehrsschutzgesichtspunkte zurückzuführen sein kann¹¹⁴. Diese Konzeption lässt sich somit noch am besten auf verbandsinterne Erklärungen und somit auf die Stimmabgabe übertragen. Für die Stimmrechtsträger gibt es bei Anwendung dieser Abwägungslösung aber keinen Grund, darauf zu vertrauen, dass Geschäftsführer ihr auf einzelne Stimmabgaben bezogenes Wissen organisieren und weiterreichen, jedenfalls nicht, solange die Geschäftsführer nicht in den Abstimmungsprozess funktional eingebunden sind. Die Stimmrechtsträger können also nicht in zulässiger Weise darauf vertrauen, dass das Wissen der Geschäftsführer bezüglich der Stimmabgabe dem Wissen des Verbands entspricht.

Auch wenn sich in Rechtsprechung und Literatur keine abstrakten Ausführungen zur Wissenszurechnung bei verbandsinternen Erklärungen finden,¹¹⁵ so gibt es immerhin einen konkreten Fall, der den Gegenstand ausführlicher Erörterung

¹⁰⁹ Siehe Fn. 97.

¹¹⁰ *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 1417 mit Verweis auf den Gutglaubensschutz (S. 627).

¹¹¹ Vgl. *Baltzer*, Der Beschluß, S. 150.

¹¹² *Baltzer*, Der Beschluß, S. 149 f.

¹¹³ Dazu siehe detailliert und mit Nachweisen: § 2 2. Teil D) Auslegung (§§ 133, 157 BGB).

¹¹⁴ Vgl. zur Auslegung nach §§ 133, 157 BGB aus Gründen des Verkehrsschutzes: *Erman/Arnold* § 133 BGB Rn. 19; *MüKo-BGB/Busche* § 133 Rn. 12; *Palandt/Ellenberger* § 133 BGB Rn. 7, 9; *Staudinger/Singer* § 133 BGB Rn. 6; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 133 Rn. 19.

¹¹⁵ Siehe Fn. 102.

bildet: die Wissenszurechnung für den Beginn des Fristenlaufs der Kündigungs-
erklärungsfrist nach § 626 II BGB bei Kündigung des Anstellungsvertrags eines
Geschäftsführers bei juristischen Personen. Es entspricht ständiger Rechtspre-
chung und der allgemeinen Ansicht in der Literatur, dass für den Beginn des
Fristenlaufs die Kenntnis des zur Kündigung berechtigten Organs entscheidend
sei,¹¹⁶ bei der GmbH im gesetzlichen Regelfall also diejenige der Gesellschaf-
tersversammlung gem. § 46 Nr. 5 GmbHG analog¹¹⁷. Die Kenntnis eventueller
Mitgeschäftsführer spiele hingegen keine Rolle.¹¹⁸ Überträgt man diese Sicht-
weise auf die Stimmabgabe, kommt auch dort allenfalls eine Zurechnung des
Wissens der empfangsvertretungsberechtigten Organwalter, also jedenfalls nicht
der Geschäftsführer, in Betracht.

Im Ergebnis scheidet eine grundsätzliche Zurechnung des Wissens der Ge-
schäftsführer für die Stimmabgabe demnach aus.¹¹⁹

2. Aufsichtsratsmitglieder

Der Aufsichtsrat und seine Mitglieder haben mit der Stimmabgabe ebenso wenig
zu tun, wie die Geschäftsführer. Eine Wissenszurechnung findet aus denselben
Gründen, aus denen die Zurechnung des Wissens der Geschäftsführer ausschei-
det, nicht statt.

3. Gesellschafter

Überträgt man die Wertungen der Rechtsprechung und Literatur zum Beginn des
Fristenlaufs nach § 626 II BGB auf die Stimmabgabe, ist auch bei dieser auf das

¹¹⁶ BGHZ 139, 89, 92; BGH NJW 1980, 2411, 2412; NJW 1993, 463, 464; NJW 2000, 1864,
1866; NJW 2013, 2425, 2426; Erman/*Belling/Riesenhuber* § 626 BGB Rn. 145; MüKo-
BGB/*Henssler* § 626 Rn. 295; Staudinger/*Preis* § 626 BGB Rn. 304; MüKo-BGB/
Schubert § 166 Rn. 82, allerdings allgemein und nicht nur in Bezug auf § 626 BGB;
Palandt/*Weidenkaff* § 626 BGB Rn. 24.

¹¹⁷ BGH NJW 1991, 1680, 1681; 2013, 2425, 2426; in der Literatur wird statt von einer
Analogie zu § 46 Nr. 5 GmbHG häufig von einer Annexkompetenz gesprochen, was am
Ergebnis nichts ändert, siehe dazu: MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 46 Rn. 124; MHLS/
Römermann § 46 GmbHG Rn. 246 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 37 Rn. 29; Baumbach/
Hueck/Zöllner/Noack § 46 GmbHG Rn. 36.

¹¹⁸ So ausdrücklich BGH NJW 1993, 463, 464.

¹¹⁹ I. E. gleich *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 297 f.; anders anscheinend UHL/
Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 103, welche für die Kenntnis oder fahrlässige Un-
kenntnis im Sinne des § 173 BGB unter anderem auf den Geschäftsführer abstellen.

Wissen des für die Entgegennahme der Erklärung zuständigen Organs abzustellen. Da der Verband bei Entgegennahme der Stimmabgabe im Fall des Nichtvorhandenseins eines Versammlungsleiters durch die Gesamtheit der anwesenden Mitgesellschafter des Erklärenden vertreten wird,¹²⁰ kommt einzig die Gesellschafterversammlung als für die Entgegennahme der Stimmabgaben ihrer Mitglieder zuständiges Organ in Betracht. Als Kollegialorgan bestimmt sich das Wissen der Gesellschafterversammlung nach ihren Organwaltern, das heißt nach den Gesellschaftern in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Willensbildung.¹²¹

Fraglich bleibt, welche Anforderungen an das Wissen der Gesellschafter für eine Zurechnung an die Gesellschafterversammlung und darüber an den Verband¹²² zu stellen sind, insbesondere ob die Kenntnis eines einzelnen Mitgesellschafter genügt oder ob alle Mitgesellschafter die entsprechende Kenntnis haben müssen.

Bei § 626 II BGB gehen Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass die Erklärungsfrist erst zu laufen beginnt, wenn alle bei einer Gesellschafterversammlung anwesenden Gesellschafter informiert wurden, das isolierte Wissen einzelner Gesellschafter sei demgegenüber unbeachtlich.¹²³ Überträgt man diesen Gedanken auf die Stimmabgabe, wäre die Kenntnis eines einzelnen Mitgesellschafter des Abstimmenden ebenfalls unbeachtlich.

Auch der Rechtsgedanke, wonach bei Gesamtvertretung generell die Kenntnis eines einzigen Organwalters für die Wissenszurechnung an das gesamte Organ und damit den Verband genügt,¹²⁴ findet auf die Gesellschafterversammlung

¹²⁰ Siehe Text zu Fn. 75 ff.

¹²¹ BGHZ 139, 89, 92.

¹²² Zu diesem Prinzip der doppelten Zurechnung von den Gesellschaftern an die Gesellschafterversammlung an den Verband: BGHZ 109, 327, 331: „Das Wissen schon eines in der Angelegenheit vertretungsberechtigten Organmitglieds ist als Wissen des Organs anzusehen und damit auch der juristischen Person zuzurechnen [...]“; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 4; Mülbart/Gramse, WM 2002, 2085 f.; Schürnbrand, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 45; Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, S. 293.

¹²³ BGHZ 139, 89, 92, wonach sogar das isolierte Wissen aller Gesellschafter unbeachtlich sei, soweit es außerhalb der Versammlung erworben wird; MüKo-BGB/Arnold § 26 Rn. 23; Erman/Belling/Riesenhuber § 626 Rn. 148, wie BGHZ 139, 89, 92; MüKo-BGB/Henssler § 626 Rn. 302; Staudinger/Preis § 626 BGB Rn. 304; MüKo-BGB/Schubert § 166 Rn. 82; Palandt/Weidenkaff § 626 Rn. 24.

¹²⁴ Nachweise siehe Fn. 94.

nach allgemeiner Ansicht keine Anwendung¹²⁵. So wird die Stimmabgabe bei Abwesenheit eines Versammlungsleiters z. B. erst nach ihrem Zugang bei jedem auf der Versammlung anwesenden Mitgesellschafter wirksam.¹²⁶ Die Zurechnung des Wissens schon eines einzigen Mitgesellschafter lässt sich deswegen nicht auf den Rechtsgedanken der Vorschriften zur Passivvertretung durch die Geschäftsführer stützen.¹²⁷

Ebenso scheidet § 166 I BGB analog als Zurechnungsnorm aus, denn der Gesellschafterversammlung soll nicht das Wissen einer dritten Person mit unterschiedlichem Wissensstand zugerechnet werden, sondern in Frage steht, ob dem Wissen der Gesellschafterversammlung das Wissen ihrer Organwalter, den Gesellschaftern auf der Gesellschafterversammlung, gleichsteht.¹²⁸ § 166 BGB bietet deswegen mangels vergleichbarer Interessenlage auch in analoger Anwendung keine hinreichende Grundlage für eine organschaftliche Wissenszurechnung bei verbandsinternen Erklärungen.

Insofern ließe sich die Wissenszurechnung eines einzelnen Organwalters allenfalls mit einer auf Vertrauensschutz basierenden Wissensorganisationspflicht begründen. Erneut spricht aber die fehlende Übertragbarkeit des Rechtsgedanken der Regelungen zur Passivvertretung in § 26 II 2 BGB, § 125 II 3 HGB, § 35 II 2 GmbHG und § 78 II 2 AktG dagegen. Der Gesellschafter, der seine Stimme abgibt, darf nicht zulässigerweise vertrauen, dass ein einzelner Mitgesellschafter, der Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von gewissen Umständen hat, sein Wissen der gesamten Gesellschafterversammlung zugänglich macht. Denn wenn ihm alleine gegenüber schon die Stimmabgabe nicht wirksam zugehen kann, dann kann auch sein isolierter Kenntnisstand von bestimmten Umständen, den er bei Entgegennahme der Stimmabgabe hat, keine Rolle spielen. Häufige Grundlage der Argumentation für eine normative Wissenszurechnung bietet zudem das

¹²⁵ Siehe Fn. 78.

¹²⁶ Siehe § 2 2. Teil D) I. Zugang.

¹²⁷ Vgl. MüKo-BGB/*Arnold* § 26 Rn. 23.

¹²⁸ Genau mit diesem Argument wird richtigerweise auch gegen § 166 BGB als dogmatische Grundlage für die Wissenszurechnung von den Geschäftsführern an den Verband argumentiert, siehe dazu: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 287; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 27; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 626; *Hölters/Weber* § 78 AktG Rn. 15; vgl. auch *Staub/Habersack* § 125 HGB Rn. 20; a. A. aber *Roth/Altmeppen/Altmeppen* § 35 GmbHG Rn. 115; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 404 f.; *Baumbach/Hopt/Roth* § 115 HGB Rn. 4; MüKo-BGB/*Schubert* § 166 Rn. 8.

Gleichstellungsargument, nach dem ein Dritter, der einer Gesellschaft gegenüber eine Erklärung abgibt, nicht schlechter stehen soll, als er einer natürlichen Person gegenüberstünde.¹²⁹ Auch diesem Argument kommt bei verbandsinternen Erklärungen weniger Gewicht zu, weil die Gesellschafter sich dem Verbandsgefüge willentlich angeschlossen und untergeordnet haben. Ihre Schutzbedürftigkeit ist geringer zu bewerten als diejenige dritter Personen, die auf Grund faktischer Zwänge mit Gesellschaften rechtsgeschäftlich interagieren müssen, soweit sie überhaupt am Rechtsverkehr teilnehmen wollen.

Die besseren Argumente sprechen deswegen dafür, die Kenntnis einzelner Mitgesellschafter unbeachtet zu lassen. Eine Wissenszurechnung findet im Rahmen der Stimmabgabe demnach erst dann statt, wenn alle bei der Versammlung anwesenden Mitgesellschafter des abstimmenden Gesellschafters Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von dem jeweils entscheidenden Umstand haben. Ob ihnen im konkreten Fall ein Stimmrecht zusteht, spielt hingegen keine Rolle, da sie ihre Funktion als Organwalter nicht verlieren, wenn sie für einen Beschlussgegenstand von einem Stimmverbot betroffen sind. Schließlich dürfen sie auch weiterhin, etwa durch Teilnahme an der Diskussion, an der Willensbildung partizipieren.¹³⁰ Für eine fahrlässige Unkenntnis aller anwesenden Mitgesellschafter wird es in der Regel bereits ausreichen, wenn eine Person ihren Kenntnisstand den anwesenden Mitgesellschaftern mitteilt¹³¹ und letztere trotzdem keine ihnen möglichen und zumutbaren Nachforschungen anstellen.

¹²⁹ BGHZ 109, 327, 332; 132, 30, 36 f.; 135, 202, 205; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1666; UHL/*Paefgen* § 35 GmbHG Rn. 208; MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves* § 35 Rn. 217; vgl. zudem *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 35 GmbHG Rn. 150, der das Argument dort aber in entgegengesetzter Richtung verwendet, also eine Schlechterstellung der Gesellschaft gegenüber natürlichen Personen vermeiden will; etwas abstrakter: *Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider* § 35 GmbHG Rn. 126, nach denen „[...] die Arbeitsverteilung und damit auch die Dezentralisierung des Wissens in der Gesellschaft nicht zu Lasten Dritter gehen [...]“ dürfe; insgesamt kritisch gegenüber dem Argument der Gleichstellung *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 643 ff.

¹³⁰ Siehe so ähnlich schon: Text zu Fn. 76.

¹³¹ Vgl. UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 103, welche für die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen im Rahmen des § 173 BGB unter anderem anführen, dass die Kenntnis eines einzelnen Mitgesellschafter nicht ausreiche, solange er sich der Gesellschafterversammlung nicht mitgeteilt habe.

Bisher Gesagtes gilt jedenfalls für Versammlungen ohne Versammlungsleiter. Aber auch wenn ein Versammlungsleiter eingeschaltet wird, der die entsprechende Kenntnis nicht hat, muss sich die Gesellschafterversammlung und damit der Verband die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Mitgesellschafter des Abstimmenden zurechnen lassen.¹³² Denn dann kommt § 166 II 1 BGB zum Tragen, der auch einschlägig ist, wenn der Vertretene nach Bevollmächtigung trotz Kenntnis vom Rechtsgeschäft nicht eingreift, obwohl er dies könnte¹³³ oder im Falle der Fahrlässigkeit jedenfalls hätte können müssen. Liegt Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis bei allen Mitgesellschaftern, somit der Gesellschafterversammlung und somit dem Verband vor, hätten die Mitgesellschafter den Versammlungsleiter über den entsprechenden Umstand aufklären müssen.

4. Ergebnis zur organschaftlichen Zurechnung

Anders als beim Auftreten des Verbands im Rechtsverkehr mit Dritten findet bei der Stimmabgabe keine generelle Zurechnung des Geschäftsführerwissens statt. Entscheidend ist die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des für die Entgegennahme der Erklärung intern zuständigen Vertretungsorgans, im Falle der Stimmabgabe also der Gesellschafterversammlung. Diese muss sich das Wissen einzelner ihrer Organwalter, das heißt der anwesenden Mitgesellschafter des Abstimmenden, nicht zurechnen lassen. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Gesellschafterversammlung liegt erst vor, wenn alle bei der Versammlung anwesenden Mitgesellschafter Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von dem jeweiligen Umstand haben. Haben sie die entsprechende Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis, spielt es keine Rolle mehr, ob ein anwesender Versammlungsleiter selbst keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis hat.

¹³² A. A. *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 296 ff., nach dem es – zumindest im Fall des § 116 BGB – ausschließlich auf die Kenntnis des Versammlungsleiters ankomme, weil ansonsten die Gefahr drohe, dass dieser eine nichtige Stimme ins Beschlussergebnis mit einbeziehe und somit den Beschluss fehlerhaft feststelle. M. E. ist diese Gefahr hinzunehmen, schließlich haben es die übrigen Gesellschafter in der Hand, den Versammlungsleiter vor der fehlerhaften Beschlussfeststellung zu bewahren.

¹³³ BGHZ 50, 364, 368; Palandt/*Ellenberger* § 166 BGB Rn. 11; Erman/*Maier-Reimer* § 166 BGB Rn. 38; Baumbach/*Hopt/Schäfer* § 166 BGB Rn. 25; Staudinger/*Schilken* § 166 BGB Rn. 27; MüKo-BGB/*Schubert* § 166 Rn. 95.

II. Zurechnung des Wissens von rechtsgeschäftlichen Vertretern

Fungiert ein Versammlungsleiter für die Entgegennahme der Stimmabgaben als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Verbands, ist auf ihn § 166 BGB ohne weiteres anwendbar.¹³⁴ Hat der Versammlungsleiter bei Entgegennahme der Stimmabgabe also Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von gewissen Umständen, muss der Verband sich diese grundsätzlich nach § 166 I BGB zurechnen lassen.

E) Die Enthaltung

Die rechtliche Qualifikation der Enthaltung bildet den Gegenstand eines lebhaften Meinungsstreits. Manche ordnen sie als Unterkategorie der Stimmabgabe ein und sehen sie mit dieser als empfangsbedürftige Willenserklärung an,¹³⁵ andere betrachten sie als einer eigenen Kategorie außerhalb der Stimmabgabe zugehörig, wobei die Willenserklärungsqualität dann teils bejaht¹³⁶, teils verneint¹³⁷, teils nicht näher behandelt¹³⁸ wird.

Die Vertreter der ersten Auffassung argumentieren in etwa gleichgerichtet: auch der sich enthaltende Gesellschafter wolle einen Beschluss herbeiführen und auch er beeinflusse den Erfolgswert der übrigen Stimmen und damit das Resultat der Abstimmung.¹³⁹ Demgegenüber bestehen für die Gegenansicht unterschiedliche Argumentationslinien: die Enthaltung sei erklärte Nichtausübung des Stimmrechts,¹⁴⁰ es fehle am Merkmal der Abgabe, jedenfalls soweit nicht abgegebene

¹³⁴ Vgl. Heidel/Schall/*Freitag* § 125 HGB Rn. 19; Staub/*Habersack* § 125 HGB Rn. 20; MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves* § 35 Rn. 226; Hölters/*Weber* § 78 AktG Rn. 15.

¹³⁵ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 131, 142 ff.; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 48; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 17; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 18 f.; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 19; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 74; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 24; *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 419; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 308; *ders.*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 26; wohl auch: UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44.

¹³⁶ *Bork/Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 16.

¹³⁷ *Hölters/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 19; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 19; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 55.

¹³⁸ *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 24; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 72; *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 556; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 Rn. 15 f.

¹³⁹ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 137 f.; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *Hüffer/Koch* § 133 AktG Rn. 18; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 19.

¹⁴⁰ *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 24.

Stimmen als Enthaltung gewertet würden¹⁴¹ oder die Enthaltung sei nicht auf Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet, da dem Abstimmenden das Ergebnis und damit auch das „ob“ der Willensbildung überhaupt gleichgültig sei¹⁴².

Richtigerweise muss zwischen den im Rahmen des Abstimmungsprozesses erklärten Enthaltungen und sonstigen Gründen, aus denen ein Verhalten wie eine Enthaltung behandelt wird, z. B. dem Nichterscheinen zur Abstimmung,¹⁴³ unterschieden werden. Das rein faktische Nichterscheinen zu einer Abstimmung kann keine Willenserklärung sein, nicht einmal eine konkludente, denn der Wille des nicht erschienenen Stimmrechtsträgers überhaupt eine rechtserhebliche Handlung vorzunehmen bleibt völlig offen. Ein Nichterscheinen kann viele Gründe haben, aus ihm kann nicht auf einen bestimmten Rechtsfolgewillen geschlossen werden. Dass ein Nichterscheinen in der Rechtsfolge einer Enthaltung in vielen Fällen faktisch gleichsteht, folgt daraus, dass die Stimmabgabe mit Rücksicht auf eine abschließende Ergebnisermittlung meist innerhalb eines relativ knappen Zeitrahmens erfolgen muss.¹⁴⁴ Wird die Stimme innerhalb dieses Zeitrahmens nicht abgegeben, muss über die Behandlung der nicht rechtzeitig erfolgten Stimmabgaben entschieden werden. Die naheliegendste Lösung besteht darin, sie für das Abstimmungsergebnis außen vor zu lassen, was der Rechtsfolge der Enthaltung entspricht. Im Gegensatz zum Nichterscheinen besteht bei erklärter Enthaltung aber Gewissheit dahingehend, dass der Stimmrechtsträger seine Stimme für diesen Beschlussgegenstand nicht berücksichtigt wissen will. Die Rechtsfolge des Stimmrechtsverfalls entspricht dann dem Willen des Stimmrechtsträgers. Die Enthaltung steht deswegen den sonstigen Gründen, aus denen ein Verhalten wie eine Enthaltung gewertet wird, nur von der Rechtsfolge, nicht aber von der sonstigen Bedeutung her gleich.¹⁴⁵

¹⁴¹ MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 19.

¹⁴² Sinngemäß mit dieser oder ähnlicher Argumentation: *Hölters/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 19; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 16; wohl auch *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 72.

¹⁴³ Vgl.: *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 75; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 30.

¹⁴⁴ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333; vgl. zur zeitlichen Begrenzung der Möglichkeit der Stimmrechtsausübung ferner *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 20.

¹⁴⁵ Im Ergebnis gleich: *Baltzer*, Der Beschluß, S. 137 f.; a. A. *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 72, der die Möglichkeit einer Enthaltung auch durch schlichtes Nichtabstimmen, also Nichtstun für möglich hält.

Betrachtet man ausschließlich die erklärten Stimmhaltungen, kann man nicht davon sprechen, dass es schon wörtlich am Merkmal der Abgabe fehle. Denn auch Enthaltungen können aktiv gegenüber dem Adressaten der Stimmabgaben erklärt werden. Dieses Argument bietet demnach keine Rechtfertigung dafür, die Enthaltungen nicht als Stimmabgaben zu qualifizieren.

Trotzdem sprechen die besseren Argumente dagegen, die Enthaltung als Stimmabgabe einzustufen, denn die Gründe für eine Enthaltung können vielfältig sein: dem Stimmrechtsträger kann z. B. der Beschlussgegenstand insgesamt gleichgültig sein, seine Meinungsbildung zum Beschlussantrag kann ergebnislos gewesen sein, er kann sich aus Rücksichtnahme auf Mitgesellschafter oder das Interesse eines Dritten enthalten, ggf. auch einer (schuldrechtlichen) Stimmrechtsbindung unterliegen,¹⁴⁶ er kann sein Stimmrecht aus persönlichen Gründen nicht ausüben wollen oder es kann ihm sogar um die Vermeidung strafrechtlicher Konsequenzen¹⁴⁷ gehen. Die verschiedenen möglichen Motive, die zur Stimmhaltung führen können, sprechen dagegen, dass der Gesellschafter in allen Fällen einen Beschluss herbeiführen will. Dass er das Ergebnis der Abstimmung beeinflusst, folgt bereits aus seiner Funktion als Stimmrechtsträger, auf Grund derer er das Ergebnis der Abstimmung notwendigerweise beeinflusst, sei es durch positive oder negative Stimmabgabe, sei es durch Enthaltung. Auch wer der Abstimmung insgesamt fernbleibt, beeinflusst das Stimmgewicht der anderen Stimmen und damit das Ergebnis der Abstimmung, gibt aber seine Stimme zweifelsfrei nicht ab. Die Beeinflussung des Ergebnisses stellt bei der Enthaltung also nur eine Nebenfolge dar, die unabhängig vom Willen des Stimmrechtsträgers eintritt. Überzeugender ist es deswegen, davon auszugehen, dass es sich bei der Enthaltung tatsächlich um eine erklärte Nichtausübung des Stimmrechts handelt.¹⁴⁸ Unabhängig von der Motivation im konkreten Fall will der Stimmrechtsträger jedenfalls immer, dass für diesen Abstimmungsgegenstand sein Stimmrecht erlischt, ohne dass er den Antrag gutheißen oder ihn ablehnen muss.

¹⁴⁶ Ausführlich zu Stimmrechtsbindungsverträgen: Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 70 ff.; siehe ferner die Nachweise in Fn. 235.

¹⁴⁷ Zur Strafbarkeit von zustimmender und ablehnender Stimmabgabe sowie der Enthaltung in strafrechtlich relevanten Gremienentscheidungen siehe nur Schönke/Schröder/*Heine/Weißer* § 25 StGB Rn. 80 ff.

¹⁴⁸ Bis hierhin also im Ergebnis gleich wie *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 24.

Definiert man die Stimmabgabe als Mittel zur Ausübung des Stimmrechts,¹⁴⁹ kann die Enthaltung als erklärte Nichtausübung des Stimmrechts keine Stimmabgabe sein. Auch die Mitteilung über die erklärte Nichtausübung des Stimmrechts muss aber dem Erklärungsgegner zugehen. Erst dadurch tritt die Rechtsfolge des Erlöschens des Stimmrechts ein. Nur wenn dem Erklärungsgegner bis zum Ende des Abstimmungs Vorgangs keine Stimme des Gesellschafters zugeht, verfällt dessen Stimmrecht wegen Zeitablaufs.¹⁵⁰ Bei aktiver Enthaltung und passiver Nichtabstimmung bzw. dem Fernbleiben von der Abstimmung bestehen verschiedene Rechtsgründe für den Stimmrechtsverfall. Die Enthaltung führt unmittelbar zum Erlöschen des Stimmrechts für den konkreten Antrag, das Fernbleiben erst mit Ablauf des für die Abstimmung vorgesehenen Zeitraums. Da die Enthaltung also unmittelbar zu einem Rechtserfolg führt, der auch nur deswegen eintritt, weil er gewollt ist,¹⁵¹ ist sie nicht nur wie die positive und negative Stimmabgabe einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern sogar einseitiges Rechtsgeschäft. Auf positive und negative Stimmabgaben trifft diese Überlegung nicht zu. Zwar entfällt auch bei ihnen mit Zugang beim Verband das Stimmrecht für den konkreten Abstimmungsgegenstand. Jedoch tritt diese Rechtsfolge, anders als bei der Enthaltung, nicht deswegen ein, weil sie gewollt ist, sondern es handelt sich um eine Nebenfolge, die unabhängig vom Willen des Stimmrechtsträgers eintritt.¹⁵²

Nach dem Gesagten sind Stimmabgabe und Enthaltung nicht deckungsgleich. Jedoch beteiligt sich auch der Stimmrechtsträger, der sich ausdrücklich der Stimme enthält, aktiv am Abstimmungs Vorgang, wenn auch nicht in Form einer Stimmabgabe. Soweit die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe und Enthaltung gleich zu beurteilen ist, gilt im Folgenden das zur Stimmabgabe Gesagte auch für die Enthaltung. Andernfalls erfolgen gesonderte Ausführungen zur Enthaltung. Die Nichtteilnahme an der Versammlung oder die passive Verweigerung der Stimmabgabe ist hingegen weder Stimmabgabe noch Enthaltung und wird deswegen im Folgenden nicht näher behandelt.

¹⁴⁹ Siehe Fn. 10.

¹⁵⁰ Vgl. *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333.

¹⁵¹ So die gängige Definition des Rechtsgeschäfts, siehe nur: *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 175; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 28 Rn. 2.

¹⁵² Vgl. mit ähnlicher Argumentation gegen die Rechtsgeschäftsqualität der Stimmabgabe: *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 16 f.; detailliert zum Erfordernis der Finalität beim Rechtsgeschäft *Flume*, BGB-AT II, S. 24 f., 104 ff.

F) Besondere Beschlussformen

In dieser Arbeit liegt der Fokus der Untersuchung auf der Beschlussfassung im Rahmen einer Gesellschafterversammlung unter Anwesenheit von mindestens zwei Gesellschaftern. Es gibt jedoch auch Gesellschafterbeschlüsse, die außerhalb von Versammlungen oder von nur einer Person gefasst werden. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass sich die bisherigen Erkenntnisse und damit ebenfalls die im besonderen Teil ermittelten Ergebnisse bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe auch auf Stimmabgaben im Rahmen solcher Beschlussfassungen weitestgehend übertragen lassen. Wo Besonderheiten bestehen werden diese im Rahmen der Behandlung der jeweiligen Paragraphen gesondert erörtert.

I. Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung

Weder §§ 705 ff. BGB noch §§ 105 ff. HGB normieren die Notwendigkeit, Beschlüsse in Gesellschafterversammlungen zu fassen, eine solche Versammlung ist deswegen in Personengesellschaften nicht erforderlich.¹⁵³ Der Gesellschaftsvertrag kann aber die Beschlussfassung auf einer Versammlung vorsehen.¹⁵⁴ Die Notwendigkeit der Abhaltung einer Versammlung kann sich zudem aus der Treuepflicht ergeben, wenn Informations- bzw. Diskussionsbedarf besteht.¹⁵⁵ Die Gesellschafter von Personengesellschaften fassen ihre Beschlüsse deswegen zwar nicht zwingend, aber trotzdem häufig auf Versammlungen.¹⁵⁶ § 48 I GmbHG sieht die Präsenzversammlung für die GmbH als gesetzlichen Normalfall an, § 48 II GmbHG lässt als Ausnahme aber eine Abstimmung im schriftlichen Verfahren zu. Bei der AG gilt der Grundsatz der Präsenzversammlung nach

¹⁵³ Vgl. BGH WM 1957, 1128, 1130; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 40; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 45; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 11, 16; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 163; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 26; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 71 f.; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 15; MünchHdb. GesR I/*Weipert* § 57 Rn. 79; *Erman/Westermann* § 709 BGB Rn. 28.

¹⁵⁴ *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 11; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 16; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 7; *Wiedemann*, ZGR 1996, 286, 294; vgl. auch *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 26.

¹⁵⁵ *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 16; *Wiedemann*, ZGR 1996, 286, 294 f.

¹⁵⁶ *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 16; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 7.

§ 118 I 1 AktG und wird streng durchgehalten, nicht anwesende Aktionäre können ihre Rechte nur im Rahmen des § 118 I 2, II AktG geltend machen, eine Hauptversammlung ist aber in jedem Falle erforderlich.¹⁵⁷

Außerhalb der Gesellschafterversammlung sind die Personengeschafter vorbehaltlich anderslautender Vereinbarungen in der Art und Weise der Beschlussfassung völlig frei. Diese kann z. B. im schriftlichen Umlaufverfahren erfolgen, die Gesellschafter können sich aber auch nacheinander persönlich absprechen.¹⁵⁸ Für die GmbH gilt § 48 II GmbHG, die AG bedarf hingegen zwingend einer Präsenzversammlung, nur einzelne Stimmabgaben können gem. § 118 I 2 AktG elektronisch oder gem. § 118 II AktG schriftlich erfolgen. Selbst wenn bei Personengesellschaften oder bei der GmbH keine Gesellschafterversammlung stattfindet, trägt die Gesellschaftergesamtheit in ihrer funktionalen Verbundenheit den Beschluss, welcher der Gesellschaft zugerechnet wird.¹⁵⁹ Ob man sie als Organ bezeichnet oder nicht spielt insofern keine Rolle.¹⁶⁰ Folgt man dieser Konzeption, ergibt sich für die Stimmabgabe außerhalb der Gesellschafterversammlung kein grundlegender Unterschied zur Stimmabgabe innerhalb der Gesellschafterversammlung. Die Stimmabgabe bleibt empfangsbedürftige Willenserklärung, adressiert an die Gesellschaft.¹⁶¹ Diese wird entweder durch einen oder mehrere Abstimmungsleiter, häufig in Person der Geschäftsführer, rechtsgeschäftlich vertreten, oder (organschaftlich) durch die Gesamtheit der Gesellschafter.¹⁶² Für die Wissenszurechnung bedeutet das: Das Wissen eines eventuellen Abstimmungsleiters ist dem Verband immer zuzurechnen, § 166 I BGB.

¹⁵⁷ Vgl. Spindler/Stilz/Rieckers § 134 AktG Rn. 83 ff.

¹⁵⁸ Für die letzten beiden Sätze: Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 15.

¹⁵⁹ Ausführlich, insbesondere auch in Bezug auf die Personenmehrheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit: Baltzer, Der Beschluß, S. 25 ff.; für die GmbH: Koppensteiner, Juristische Blätter 2017, 273, 275; MünchHdb. GesR III/Wolff § 36 Rn. 1, der selbst wenn eine Gesellschafterversammlung stattfindet die Gesamtheit der Gesellschafter als das Willensbildungsorgan der GmbH bezeichnet; vgl. ferner Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 434 ff.; Wiedemann, ZGR 1996, 286, 292 ff.

¹⁶⁰ Ausführlich zur Möglichkeit die Gesellschaftergesamtheit der GbR als Organ anzusehen: Mülbart/Gramse, WM 2002, 2085, 2090 ff.

¹⁶¹ Scholz/Seibt § 48 GmbHG Rn. 60; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 48 GmbHG Rn. 31.

¹⁶² Für Geschäftsführer oder speziellen Abstimmungsleiter: Scholz/Seibt § 48 GmbHG Rn. 60; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 48 GmbHG Rn. 31; für Vertretung durch alle übrigen Gesellschafter falls kein Abstimmungsleiter vorhanden ist: MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 14, ohne jedoch überhaupt explizit zwischen Beschlüssen auf der

Daneben erfolgt eine Zurechnung des Wissens, das bei allen an der Beschlussfassung beteiligten Mitgesellschaftern gleichermaßen vorhandenen ist.

II. Einpersonenbeschlüsse

Bei den Personengesellschaften werden regelmäßig mehrere Stimmrechtsträger an der Abstimmung beteiligt sein, da es grundsätzlich keine Einmann-Personengesellschaften gibt.¹⁶³ Bei den Kapitalgesellschaften ist dies anders: Gem. § 1 GmbHG können Gesellschaften mit beschränkter Haftung durch eine oder mehrere Personen errichtet werden, nach § 2 AktG müssen sich eine oder mehrere Personen an der Feststellung des Gesellschaftsvertrags der Aktiengesellschaft beteiligen. Auch bei nachträglicher Reduzierung der Gesellschafterzahl auf eine Person bleiben Kapitalgesellschaften bestehen.¹⁶⁴ Sowohl in Personen- als auch in Kapitalgesellschaften kann es ferner vorkommen, dass nur ein Gesellschafter zur Versammlung erscheint, nur ein Gesellschafter im konkreten Fall stimmberechtigt ist oder nur ein Gesellschafter seine Stimme abgibt.¹⁶⁵

Bei Einpersonengesellschaften gelten einige Besonderheiten bezüglich des Verfahrens der Beschlussfassung, z. B. ist kein Beschlussantrag erforderlich, da keine verschiedenen Individualwillen vereinheitlicht werden müssen.¹⁶⁶ Beschlüsse können bei der GmbH ad-hoc, also ohne Gesellschafterversammlung gefasst werden.¹⁶⁷ Stimmabgabe, Beschluss und Ausführungsgeschäft können zeitlich zusammentreffen und in derselben äußerlichen Handlung zum Ausdruck

Versammlung und außerhalb von Versammlungen zu differenzieren; ebenso *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 421; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 308.

¹⁶³ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 209. Auch bei den Personengesellschaften kann es durch einen Stimmrechtsausschluss oder Nichterscheinen anderer Gesellschafter allerdings dazu kommen, dass nur ein Stimmrechtsträger an der Abstimmung partizipiert.

¹⁶⁴ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 209.

¹⁶⁵ Vgl. für die GmbH *Lindemann*, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, S. 64.

¹⁶⁶ *Lindemann*, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, S. 73; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 10.

¹⁶⁷ BGHZ 12, 337, 339; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 48 GmbHG Rn. 28; *Lindemann*, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, S. 67 f.

kommen.¹⁶⁸ Bei der GmbH ist gem. § 48 III GmbHG eine Niederschrift der Beschlussfassung anzufertigen. Bei der AG entfällt die Notwendigkeit der Beschlussfeststellung.¹⁶⁹

Eine dogmatische Trennung zwischen Stimmabgabe, Beschluss und Ausführungsgeschäft bleibt selbst dann sinnvoll, wenn alle drei Geschäfte in einem äußerlichen Akt zusammenfallen.¹⁷⁰ Denn für sie gelten jeweils unterschiedliche Regelung zur Wirksamkeit: während die Stimmabgabe als einfache Willenserklärung gegenüber dem Verband grundsätzlich den Regelungen der §§ 104 ff. BGB unterliegt, bestehen für den Beschluss in Kapitalgesellschaften mit §§ 241 ff. AktG¹⁷¹ spezielle Vorschriften bezüglich des Beschlussmängelrechts. Bei der Beurteilung der Nichtigkeit des Ausführungsgeschäfts ist, anders als bei der Beurteilung der Nichtigkeit der Stimmabgabe oder des Beschlusses, das Interesse des Geschäftspartners zu berücksichtigen.

Nimmt man diese Trennung vor, ändert sich für Einpersonenbeschlüsse im Vergleich zu Mehrpersonenbeschlüssen nicht viel: die Stimmabgabe bleibt empfangsbedürftige Willenserklärung ohne Rechtsgeschäftsqualität.¹⁷² Schon um in einer einheitlichen Konzeption zu verweilen, bietet es sich an, als notwendigen Empfänger der Stimmabgabe auch hier die Gesellschaft anzusehen.¹⁷³ Empfangsvertreter ist dann aber, soweit kein Versammlungsleiter eingesetzt wurde,

¹⁶⁸ Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 23.

¹⁶⁹ Schmidt/*Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 41.

¹⁷⁰ *Lindemann*, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, S. 135 f.; vgl. auch MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 74.

¹⁷¹ Diese werden für die GmbH bei konstitutiv wirkender Beschlussfeststellung nach h. M. analog herangezogen, siehe dazu: BGHZ 11, 231, 235; OLG Köln BB 1982, 579; *Hüffer*, ZGR 2001, 833, 863 ff., ohne jedoch zwischen festgestellten und nicht festgestellten Beschlüssen zu unterscheiden; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 3; MHLS/*Römermann* Anh. § 47 GmbHG Rn. 17 ff.; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 1; a. A. siehe nur Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 3 ff. m. w. N.

¹⁷² Wie hier: *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 48; ebenso, aber abstrakter: *Lindemann*, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, S. 141 ff.; a. A.: *Vormbaum*, Beschluss und das Abstimmen, S. 17; wohl ebenfalls *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 420.

¹⁷³ Vgl. MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 35; ausführlich *Lindemann*, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, S. 137 ff., die ebenfalls eine möglichst weitgehende Gleichbehandlung von ein- und mehrgliedrigen Gesellschaften anstrebt; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 377.

der alleinige Gesellschafter selbst, § 181 BGB findet in diesem Fall keine Anwendung.¹⁷⁴ Bezüglich der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis besteht die Besonderheit, dass es keine anderen Gesellschafter gibt, deren Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis zugerechnet werden kann. Wird also kein Versammlungsleiter eingesetzt, kommt es einzig auf die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Alleingesellschafters an. Selbst wenn die Stimmabgabe gegenüber einem Versammlungsleiter erfolgt, findet eine Wissenszurechnung des Wissens des Alleingesellschafters statt, da er der einzige an der Willensbildung der Gesellschaft beteiligte organschaftliche Vertreter des Verbands ist.

G) Zusammenfassung

Die Stimmabgabe des einzelnen Gesellschafters stellt seine mitgliedschaftliche Handlungsmöglichkeit im konkreten Fall dar, durch positive oder negative Stellungnahme zu einem Beschlussantrag inhaltlich im Rahmen seiner Stimmrechtsmacht darauf hinzuwirken, den jeweiligen Beschlussantrag mit seinem vorformulierten Inhalt entweder zum positiven Gesellschafterbeschluss zu erheben oder zu verwerfen und so die Ausrichtung der Gesellschaft durch Einflussnahme auf die interne Willensbildung in seinem Sinne zu bestimmen.

Als zentrale Erkenntnisse und Grundlagen für die folgende Erörterung der Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe im Einzelnen lässt sich festhalten: Bei der Stimmabgabe handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Adressat für alle Gesellschaftsformen der Verband ist, welcher seinerseits regelmäßig durch den rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Versammlungsleiter, andernfalls durch die organschaftlich vertretungsberechtigten anwesenden Mitgesellschafter vertreten wird. Ein Rechtsgeschäft ist die Stimmabgabe für sich genommen nicht. Für die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von gewissen Umständen kommt es zum einen auf die Person des Versammlungsleiters, zum anderen auf alle anwesenden Mitgesellschafter an. Hat der Versammlungsleiter oder haben alle anwesenden Mitgesellschafter entsprechende Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis, wird diese dem Verband zugerechnet.

¹⁷⁴ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 35; *Lindemann*, Die Beschlußfassung in der Einmann-GmbH, S. 139 f.; *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 377; *MünchHdb. GesR III/Wolff* § 39 Rn. 5.

Die erklärte Enthaltung als dritte Möglichkeit der aktiven Beteiligung am Abstimmungsvorgang ist keine Stimmabgabe, ihrerseits jedoch ebenfalls empfangsbedürftige Willenserklärung und sogar einseitiges Rechtsgeschäft. Im Unterschied zur Enthaltung stellt die Nichtteilnahme am Abstimmungsvorgang keine Willenserklärung dar. Für außerhalb von Gesellschaftsversammlungen gefasste Beschlüsse gelten bis hierhin keine, für von einer Person gefasste Beschlüsse kaum Besonderheiten.

2. Teil: Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB im Einzelnen

Der dritte Abschnitt des ersten Buchs des BGB firmiert unter dem Begriff „Rechtsgeschäfte“. Trotzdem sind viele der Vorschriften zumindest auch für solche Willenserklärungen konzipiert, denen selbst gar kein Rechtsgeschäftscharakter zukommt, sondern die nur auf die Herbeiführung eines Rechtsgeschäfts gerichtet sind.¹⁷⁵ So beziehen sich §§ 105, 107, 116–120, 123, 124, 130–133, 164–166 BGB ausdrücklich auf Willenserklärungen statt auf Rechtsgeschäfte. Andere Vorschriften beziehen sich nach ihrem Wortlaut zwar nur auf Rechtsgeschäfte, sind aber trotzdem häufig auch auf Willenserklärungen ohne Rechtsgeschäftsqualität anwendbar.¹⁷⁶ Obschon der Stimmabgabe also kein Rechtsgeschäftscharakter zukommt, sind die meisten Normen des dritten Abschnitts des ersten Buchs grundsätzlich auf sie anwendbar.

Im Folgenden werden nacheinander die Paragraphen dieses Abschnitts dahingehend überprüft, ob und in welcher Weise sie auf die Stimmabgabe anwendbar sind, ob im Falle einer Nichtanwendbarkeit Analogien in Betracht kommen oder die Stimmabgabe im Wege einer teleologischen Reduktion aus dem Anwendungsbereich bestimmter Normen herausgenommen werden muss.

¹⁷⁵ Zur häufig synonymen Verwendung der Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung durch den Gesetzgeber: *Bork*, BGB-AT, Rn. 398; *Flume*, BGB-AT II, S. 25 ff.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 242.

¹⁷⁶ Vgl. z. B. zu § 111 BGB *Bork*, BGB-AT, Rn. 996; zu § 125 BGB *Bork*, BGB-AT Rn. 1044 f.; für weitere Normen siehe im jeweiligen Abschnitt.

A) Geschäftsfähigkeit (§§ 104–113 BGB)

I. Geschäftsunfähigkeit (§§ 104–105a BGB)

§ 105 I BGB regelt die Nichtigkeit der Willenserklärung eines gem. § 104 BGB Geschäftsunfähigen. Die Regelungen über die Geschäftsunfähigkeit sind auf die Stimmabgabe als Willenserklärung unproblematisch anwendbar. § 105a BGB findet mangels Vertragscharakter des Beschlusses und der daraus resultierenden nicht zu beurteilenden Geringwertigkeit der eingesetzten Mittel hingegen keine Anwendung.¹⁷⁷ Die Stimmabgabe eines Geschäftsunfähigen ist deswegen immer nichtig.¹⁷⁸

II. Beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106–113 BGB)

1. Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB)

Nach § 107 BGB bedarf ein beschränkt Geschäftsfähiger zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Teile der Literatur bewerten die Stimmabgabe immer als rechtlich nachteilhaft, weswegen sie in jedem Falle der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedürfe.¹⁷⁹ Andere wollen die Norm mit Blick auf Besonderheiten der Stimmabgabe und des Gesellschaftsrechts nicht anwenden, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters muss nach dieser Ansicht ebenfalls immer vorliegen.¹⁸⁰ Eine dritte Gruppe hält die Vorschrift für anwendbar, überwiegend jedoch ohne darzulegen, in welchen Fällen die Stimmabgabe rechtlich vorteilhaft, nachteilhaft oder neutral ist.¹⁸¹

¹⁷⁷ Zum mangelnden Vertragscharakter des Beschlusses siehe, Text zu Fn. 59–63. Zur Anwendbarkeit des § 105a BGB ausschließlich auf Verträge siehe nur Staudinger/*Klumpp* § 105a BGB Rn. 17.

¹⁷⁸ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 294; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 26; *v. Thur*, BGB-AT, S. 516; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 30; *Staudinger/Weick* § 32 BGB Rn. 30.

¹⁷⁹ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 295; *J. Flume*, NZG 2014, 17 f.; wohl auch: *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 33.

¹⁸⁰ Vgl. *Ernst* in: *Festschrift Leenen*, S. 21 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 8.

¹⁸¹ *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 48; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 26; *Hölters/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 19; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 55 f.,

Stuft man die Stimmabgabe als Willenserklärung ein, kann eine Nichtanwendung des § 107 BGB nur auf einer teleologischen Reduktion beruhen. Um die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion zu erörtern, muss zuvor ermittelt werden, wie die Rechtslage bei unmodifizierter Anwendung des § 107 BGB aussähe. Denn nur wenn die Anwendung des § 107 BGB zu Ergebnissen führt, die mit dem vom Gesetzgeber vorgesehenen Gesetzeszweck nicht vereinbar sind, kommt eine teleologische Reduktion überhaupt in Betracht.¹⁸²

Demnach wird im Folgenden zuerst dargelegt, ob und in welchen Fällen die Stimmabgabe durch einen im Sinne des § 106 BGB beschränkt Geschäftsfähigen nach § 107 BGB rechtlich neutral oder vorteilhaft sein kann, oder ob sie in jedem Falle rechtliche Nachteile mit sich bringt. Gleiches erfolgt für die Enthaltung. Erst danach stellt sich die Frage, ob das nach den allgemeinen Regeln gefundene Ergebnis mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmt oder eine teleologische Reduktion des § 107 BGB indiziert.

a) Rechtliche Vorteilhaftigkeit, Nachteilhaftigkeit oder Neutralität der Stimmabgabe

Durch die Formulierung „rechtlicher“ Vorteil stellt der Gesetzgeber klar, dass es bei der Beurteilung der Vor-, Nachteilhaftigkeit oder Neutralität einer Willenserklärung nicht auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung sondern eine rechtliche Bewertung ankommt. Auch ein wirtschaftlich günstiges Geschäft kann der beschränkt Geschäftsfähige demnach nicht abschließen, soweit aus dem jeweiligen Geschäft ein rechtlicher Nachteil erwächst.¹⁸³ Trotz Abstellens auf den rechtlichen Nachteil liegt der Hauptzweck des § 107 BGB darin, den beschränkt Geschäftsfähigen vor wirtschaftlichen Schäden zu schützen.¹⁸⁴ Daneben dient er

allerdings nur, wenn der Beschluss vermögensrechtlichen Charakter hat; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 30 ff., der als einziger der genannten Autoren konkrete Beschlussgegenstände beleuchtet, dazu sogleich; *Staudinger/Weick* § 32 BGB Rn. 30.

¹⁸² *Bork*, BGB-AT, Rn. 142; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, Rn. 902 f.

¹⁸³ Siehe bis hierhin: *Bork*, BGB-AT, Rn. 998; *Flume*, BGB-AT II, S. 191; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 560; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 34 Rn. 21, der bei Rn. 31 dann aber klarstellt, dass dieses Prinzip aus seiner Sicht nicht vollständig konsequent durchzuhalten ist.

¹⁸⁴ BGHZ 161, 170, 178; *Harte*, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i. S. d. § 107 BGB, S. 20 f.; *Soergel/Hefermehl* § 107 BGB Rn. 1; *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 418.

der Schaffung von Rechtssicherheit.¹⁸⁵ Rechtliche Nachteile im Sinne des § 107 BGB ergeben sich zum einen aus der Begründung von Verpflichtungen, insbesondere jedem Vertragsschluss, der dem beschränkt Geschäftsfähigen eine Leistungspflicht auferlegt, zum anderen durch jeden Eingriff in seine Rechte.¹⁸⁶ Daneben wird als Korrektiv häufig auf den Zweck des Minderjährigenschutzrechts abgestellt.¹⁸⁷

Als dritte Kategorie neben rechtlich vorteilhaften und rechtlich nachteilhaften Geschäften sind rechtlich neutrale Geschäfte anerkannt. Rechtlich neutral ist ein Geschäft, das dem Handelnden weder rechtlichen Vor- noch Nachteil bringt, weil die Rechtsfolgen nicht bei ihm sondern allenfalls bei einem Dritten eintreten.¹⁸⁸ Auch solche Geschäfte kann der beschränkt Geschäftsfähige über den Wortlaut des § 107 BGB hinaus¹⁸⁹ nach allgemeiner Ansicht ohne Einwilligung vornehmen.¹⁹⁰

Wendet man diese allgemeinen Regeln auf die Stimmabgabe an, stellt sich zuerst die Frage, ob schon der Verlust des Stimmrechts für den konkreten Abstimmungsvorgang, der durch die Stimmabgabe zwangsläufig eintritt, zu einem Rechtseingriff führt, der ausreicht, die rechtliche Nachteilhaftigkeit zu begründen.¹⁹¹ Fasste man den Begriff des rechtlichen Nachteils aber derart weit, wäre der Anwendungsbereich des § 107 BGB verschwindend gering.¹⁹² Ein beschränkt Geschäftsfähiger könnte dann zum Beispiel ohne Einwilligung auch

¹⁸⁵ *Harte*, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i. S. d. § 107 BGB, S. 26 f.; *Soergel/Hefermehl* § 107 BGB Rn. 1; *Erman/Müller* Vor § 104 BGB Rn. 1; *MüKo-BGB/Schmitt* Vor § 104 Rn. 9; *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 419.

¹⁸⁶ *Bork*, BGB-AT, Rn. 998, 1004; *Flume*, BGB-AT II, S. 191; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 560; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 34 Rn. 21, 26.

¹⁸⁷ BGHZ 161, 170, 178 f.; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1001; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 563; sehr ausführlich *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 416 ff.

¹⁸⁸ *Bork*, BGB-AT, Rn. 1008; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 567; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 34 Rn. 33.

¹⁸⁹ Zu der unglücklichen Formulierung im Gesetz ausführlich *Bork*, BGB-AT, Rn. 997.

¹⁹⁰ *Bork*, BGB-AT, Rn. 997, 1008; *Flume*, BGB-AT II, S. 193 f.; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 34 Rn. 33.

¹⁹¹ In diesem Sinne: *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 295; *J. Flume*, NZG 2014, 17 f.

¹⁹² Vgl. BGHZ 78, 28, 35 wonach „[...] der Begriff der ausschließlichen Lukrativität unter dem Schutzzweck des § 107 BGB zu sehen ist.“; zustimmend BGHZ 161, 170, 178; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1001; *Harte*, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i. S. d. § 107

kein Schenkungsversprechen annehmen oder Eigentum erwerben, da er durch die Annahmeerklärung die rechtliche Handlungsmöglichkeit verlöre, den Vertragsschluss durch Ablehnung des Angebots zu verhindern. Diese Geschäfte sind einem beschränkt Geschäftsfähigen aber nach einhelliger Ansicht grundsätzlich möglich.¹⁹³ Es reicht somit nicht schon der Verlust einer beliebigen rechtlichen Handlungsmöglichkeit, um einen rechtlichen Nachteil im Sinne des § 107 BGB zu begründen. Wie beim Vertrag muss auch beim Beschluss gar nicht auf die einzelnen Erklärungen, sondern auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts abgestellt werden, um zu beurteilen, ob ein Verlust einer rechtlichen Handlungsmöglichkeit einen rechtlichen Nachteil birgt.¹⁹⁴ Der Verlust der Möglichkeit, ein rechtlich ausschließlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft zu verhindern, begründet ebenso wenig einen Rechtsnachteil, wie der Verlust der Möglichkeit, ein ausschließlich nachteilhaftes Rechtsgeschäft herbeizuführen. Nur wenn ein Rechtsgeschäft gleichzeitig Vor- und Nachteile bringt, stellt der Verlust der entgegengesetzten Handlungsmöglichkeit einen rechtlichen Nachteil dar.¹⁹⁵ Durch den Verlust des Stimmrechts tritt somit nur dann ein rechtlicher Nachteil im Sinne des § 107 BGB ein, wenn der Beschluss für den Minderjährigen weder ausschließlich rechtlich vorteilhaft noch ausschließlich rechtlich nachteilhaft ist. Es kommt deswegen zur Beurteilung der rechtlichen Vor- oder Nachteilhaftigkeit auf den Beschlussgegenstand an.¹⁹⁶ Der Verlust des Stimmrechts für den konkreten Abstimmungsvorgang begründet pauschal gesehen noch keinen rechtlichen Nachteil.

BGB, S. 15, 45 f.; MüKo-BGB/Schmitt § 107 Rn. 34; Stürner, AcP 173 (1973), 402, 416 f., 420; Wolf/Neuner, BGB-AT, § 34 Rn. 25.

¹⁹³ Für Schenkungen: BGHZ 15, 168, 169 f.; BayObLG, NJW 1998, 3574, 3575; Bork, BGB-AT, Rn. 1000; Wolf/Neuner, BGB-AT, § 34 Rn. 24; für Verfügungen: BGHZ 161, 170, 173 ff. zur Wirksamkeit der Auflassung an einen Minderjährigen; Bork, BGB-AT, Rn. 1006; Flume, BGB-AT II, S. 193; MüKo-BGB/Schmitt § 107 Rn. 56; Wolf/Neuner, BGB-AT, § 34 Rn. 26.

¹⁹⁴ Vgl. für Verträge: Bork, BGB-AT, Rn. 1000; Flume, BGB-AT II, S. 193; Medicus/Petersen, BGB-AT, Rn. 560. Zwar stellt der Beschluss nach hier vertretener Auffassung keinen Vertrag dar, ähnlich wie die auf einen Vertragsschluss gerichteten Einigungserklärungen zielen die Stimmabgaben aber darauf ab, durch privatautonome Entscheidung einen Tatbestand zu begründen, von dem verbindliche Rechtswirkungen für die ihm Unterworfenen ausgehen. Zu Argumentationszwecken bietet sich der Vergleich zum Vertrag deswegen an.

¹⁹⁵ Vgl. für Verträge: Erman/Armbrüster § 146 BGB Rn. 2; MüKo-BGB/Busche § 145 Rn. 21 und § 146 Rn. 3; Palandt/Ellenberger § 146 BGB Rn. 1; Soergel/Wolf § 146 BGB Rn. 4.

¹⁹⁶ Ausdrücklich auch auf den Beschlussgegenstand abstellend: Soergel/Hadding § 32 BGB Rn. 26.

Ebenso begründet die vom Beschluss ausgehende Bindungswirkung¹⁹⁷ gegenüber den Gesellschaftern und den Gesellschaftsorganen noch keinen rechtlichen Nachteil im Sinne des § 107 BGB. Der beschränkt geschäftsfähige Gesellschafter unterliegt zwar auch dieser Bindungswirkung, sie besteht aber unabhängig davon, ob sich der Beschlussinhalt für ihn rechtlich vorteilhaft, nachteilhaft oder neutral gestaltet. Die Bindung an den Beschluss wirkt nur dann rechtlich nachteilhaft, wenn der Beschluss seinem Gegenstand nach einen rechtlichen Nachteil begründet. Die Bindung an einen Beschluss mit vorteilhaftem oder neutralem Inhalt stellt keinen rechtlichen Nachteil im Sinne des § 107 BGB dar.

Es leuchtet demnach nicht ein, warum die Stimmabgabe per se als rechtlich nachteilhaft qualifiziert werden sollte, denn mit Sicherheit bestehen auch Beschlussgegenstände, die sich für den beschränkt Geschäftsfähigen entweder ausschließlich rechtlich vorteilhaft oder ausschließlich rechtlich nachteilhaft gestalten. Für erstere wird man bei uneingeschränkter Anwendung der allgemeinen Regeln davon ausgehen können, dass der beschränkt Geschäftsfähige dem Beschlussantrag ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zustimmen kann,¹⁹⁸ dagegen stimmen kann er in solchen Fällen nicht. Umgekehrt müsste man ihm ermöglichen, für rechtlich ausschließlich nachteilhafte Beschlüsse ohne Einwilligung mit „Nein“ zu stimmen. Dafür stimmen könnte er nicht. Bringt der Beschluss rechtlich voneinander unabhängige Vor- und Nachteile dürfte der beschränkt Geschäftsfähige weder für noch gegen den Beschluss stimmen, der Verlust der Möglichkeit das Stimmrecht in entgegengesetzter Weise auszuüben begründet in diesen Fällen bereits einen rechtlichen Nachteil im Sinne des § 107 BGB.¹⁹⁹ Rechtlich neutralen Beschlüssen dürfte er nach allgemeinen Regeln wahlweise seine Zustimmung oder Ablehnung geben, da die Rechtsfolgen ihn ohnehin nicht tangieren.²⁰⁰

Ob ein Beschluss zu seiner Wirksamkeit noch weitere Voraussetzungen erfüllen muss, z. B. die Eintragung ins Handelsregister oder die Zustimmung eines dritten Gesellschafters, kann nach Sinn und Zweck des Minderjährigenschutzrechts für

¹⁹⁷ Nachweise siehe, Fn. 19.

¹⁹⁸ EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 48; *Jüdel*, *Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften*, S. 55 f., allerdings nur, wenn der Beschluss vermögensrechtlichen Charakter hat.

¹⁹⁹ Siehe Fn. 195.

²⁰⁰ Zur generellen Nachteilhaftigkeit der Enthaltung siehe § 2 2. Teil A) II. 1. Rechtliche Nachteilhaftigkeit der Enthaltung.

die Beurteilung der rechtlichen Vor- oder Nachteilhaftigkeit keine Rolle spielen. Der Minderjährige beraubt sich durch die Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung jedenfalls seiner weiteren Einflussmöglichkeiten und wirkt durch die Beschlussfassung daran mit, dass die Rechtsfolge in Gestalt des Beschlusses eintreten kann.

Die rechtliche Nachteilhaftigkeit, Vorteilhaftigkeit oder Neutralität eines Beschlusses ist jeweils im Einzelfall zu ermitteln.²⁰¹ Es werden im Folgenden einige typisierte Fallkonstellationen betrachtet und exemplarisch eingeordnet um eine Diskussionsgrundlage für eine mögliche teleologische Reduktion zu schaffen.

aa) Zustimmungsbefürchtete Beschlüsse

Es gibt Beschlüsse, bei denen die Wirksamkeit im Außenverhältnis von der gesonderten Zustimmung eines Gesellschafters abhängt. Ein solches Zustimmungserfordernis kann sich aus gesetzlichen Vorschriften (z. B. §§ 34 II, 53 III GmbHG), der Satzung oder besonderen Fallkonstellationen ergeben.²⁰² Da der Eintritt der Wirksamkeit des Beschlusses nach außen dann ausschließlich vom Willen des Gesellschafters abhängt, treten durch den Beschluss selbst noch keine nachteilhaften Rechtsfolgen bei dem Gesellschafter ein, der das Zustimmungserfordernis besitzt. Zwar wird häufig in der positiven Stimmabgabe schon eine konkludente Zustimmung zum Beschluss gesehen,²⁰³ diese konkludente Zustimmung stellt aber ein eigenständiges Rechtsgeschäft dar,²⁰⁴ welches seinerseits den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unterliegt. Die Zustimmung bedarf deshalb bei rechtlicher Nachteilhaftigkeit der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Kann sich der Minderjährige, ggf. unter Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters, den Eintritt der Wirksamkeit des Beschlusses durch ge-

²⁰¹ Ebenso: *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 33.

²⁰² MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 60 f.; vgl. für Eingriffe in den Kernbereich auch: *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 6; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 23; zu verschiedenen Fallgruppen: *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 32; *UHL/Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 23; sehr ausführlich: *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 40 ff.; für satzungsmäßige Zustimmungsvorbehalte: *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 14.

²⁰³ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 62; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 38; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 33.

²⁰⁴ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 62; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 38.

sonderte Zustimmung frei aussuchen, bringt der Beschluss dem beschränkt Geschäftsfähigen ausschließlich einen rechtlichen Vorteil. Er erweitert seine rechtlichen Handlungsmöglichkeiten, da die übrigen Stimmrechtsträger auf die Wirksamkeit nach Beschlussfassung zunächst keinen Einfluss mehr haben. Beschlüsse, deren Wirksamkeit von der Zustimmung des beschränkt Geschäftsfähigen abhängen, sind für diesen somit immer lediglich rechtlich vorteilhaft.

bb) Rechtsstellung des Minderjährigen als Beschlussgegenstand

Beschlüsse, die inhaltlich ausdrücklich die Rechtsstellung des beschränkt Geschäftsfähigen in der Gesellschaft betreffen, bringen rechtliche Vorteile, wenn sie seine Rechtsstellung verbessern.²⁰⁵ Dazu gehören beispielsweise Beschlüsse, die ihm Sonderrechte einräumen, etwa einen Zustimmungsvorbehalt bezüglich bestimmter Beschlussgegenstände oder einen höheren Gewinnanteil. Rechtliche Nachteile birgt spiegelbildlich die Verschlechterung seiner Rechtsstellung, etwa durch den Entzug von Sonderrechten,²⁰⁶ das Auferlegen von Pflichten oder das Ausscheiden aus der Gesellschaft. Wie bei Verträgen geht es nicht darum, ob der Beschluss sich bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung als sinnvoll darstellt,²⁰⁷ etwa wegen drohender zukünftiger Verluste der Gesellschaft. Der Verlust der Rechtsstellung als Gesellschafter als solche reicht aus, um den entscheidenden rechtlichen Nachteil zu begründen. Dementsprechend bleibt auch außer Betracht, ob der Minderjährige eine Ausgleichsleistung für seinen rechtlichen Nachteil erhalten soll.

Übertragen kann man diese Gedanken auf solche Beschlüsse, die zwar nicht ausschließlich den Minderjährigen, dafür aber alle Gesellschafter oder zumindest eine bestimmte Gruppe von Gesellschaftern betreffen, zu denen auch der Minderjährige zählt. Rechtlich vorteilhaft sind Beschlüsse, die der Gruppe, der er angehört, Sonderrechte einräumen. Beschlüsse, die dieser Gruppe Pflichten auferlegen oder Sonderrechte entziehen, sind nachteilhaft.

²⁰⁵ *Vormbaum*, *Beschluß und das Abstimmen*, S. 33. Vgl. zur rechtlichen Vorteilhaftigkeit von Verfügungsgeschäften, soweit der beschränkt Geschäftsfähige durch sie Rechte erwirbt oder seine Rechtsstellung verbessert *Bork*, *BGB-AT*, Rn. 1006; *Wolf/Neuner*, *BGB-AT*, § 34 Rn. 26.

²⁰⁶ Häufig wird in diesen Fällen aber die gesonderte Zustimmung des beschränkt Geschäftsfähigen erforderlich sein, was den Beschluss wieder lediglich rechtlich vorteilhaft macht, siehe dazu die vorherige Fallgruppe.

²⁰⁷ Siehe Fn. 183.

Geht es um die Bestellung eines Minderjährigen als Gesellschaftsorgan, müssen die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsform beachtet werden:

Bei der Aktiengesellschaft besteht wegen § 100 I 1 AktG schon gar nicht die Möglichkeit, dass ein beschränkt Geschäftsfähiger wirksam in den Aufsichtsrat gewählt wird. Ein hierauf gerichteter Beschluss ist nach § 250 I Nr. 4 AktG nichtig.²⁰⁸ Der Vorstand wiederum wird vom Aufsichtsrat und nicht durch Gesellschafterbeschluss bestellt, § 84 I 1 AktG.

Bei der GmbH gilt für den obligatorischen Aufsichtsrat dasselbe wie bei der AG, § 1 I Nr. 3 S. 2 DrittelbG und § 6 II 1 MitbestG enthalten entsprechende Verweise auf § 100 I 1 AktG. Hier folgt die Nichtigkeit bei einem Verstoß aus § 250 I Nr. 4 AktG analog.²⁰⁹ Vorbehaltlich abweichender Satzungsvereinbarung gilt das für den fakultativen Aufsichtsrat gem. § 52 I GmbHG i. V. m. § 100 I AktG ebenso.²¹⁰ Uneinheitlich beantwortet die Literatur die Frage, ob in der Satzung eine von § 100 I 1 AktG abweichende Bestimmung dahingehend getroffen werden kann, minderjährige Aufsichtsratsmitglieder zuzulassen. Während der Wortlaut des § 52 I GmbHG dafür spricht, eine Abweichung zu erlauben,²¹¹ lehnen viele Stimmen dies mit unterschiedlicher Begründung ab²¹². Hält man eine entsprechende Satzungsregelung für zulässig, bleibt die Frage, ob der Bestellungsbeschluss rechtliche Nachteile mit sich bringt. Zur Begründung der Organstellung muss die Bestellung durch den Bestellten aber jedenfalls noch angenommen werden.²¹³ Es gilt deswegen dasselbe wie für zustimmungsbedürftige

²⁰⁸ Zur Möglichkeit der Abstimmung über bereits aus anderem Grunde nichtige Beschlüsse siehe § 2 2. Teil A) II. 1. a) Nichtige Beschlüsse.

²⁰⁹ UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 69, 73; Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 78; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 84; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 61.

²¹⁰ UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 71.

²¹¹ MüKo-GmbHG/*Spindler* § 52 Rn. 135; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 52 GmbHG Rn. 34.

²¹² MHLS/*Giedinghagen* § 52 GmbHG Rn. 58 unter Berufung auf den Schutz des Minderjährigen; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 71; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Schnorbus* § 52 GmbHG Rn. 12; wohl auch UHL/*Raiser/Heermann* § 52 GmbHG Rn. 30, nach denen § 100 I AktG einen generell geltenden Grundsatz des Körperschaftsrechts darstellt, der eine abweichende Satzungsregelung verbietet.

²¹³ MHLS/*Giedinghagen* § 52 GmbHG Rn. 86; UHL/*Raiser/Heermann* § 52 GmbHG Rn. 47; MüKo-GmbHG/*Spindler* § 52 Rn. 114.

Beschlüsse: durch den körperschaftlichen Akt der Bestellung wird der Rechtskreis des Minderjährigen ausschließlich erweitert, er erhält die Möglichkeit seine Organstellung durch Annahmeerklärung herbeizuführen. Diese Annahmeerklärung bedarf ihrerseits der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Der Bestellungsbeschluss gestaltet sich für den Minderjährigen somit lediglich rechtlich vorteilhaft. Zu einer anderen Beurteilung gelangt man nur, wenn die Gesellschafter gesellschaftsvertraglich verpflichtet sind, die Wahl in den Aufsichtsrat anzunehmen.²¹⁴ Dann folgt schon unmittelbar aus dem Bestellungsbeschluss eine Verpflichtung und somit ein rechtlicher Nachteil. Zum Geschäftsführer kann ein Minderjähriger bei der GmbH nicht bestellt werden, § 6 II 1 GmbHG, ein dies missachtender Bestellungsversuch ist gem. § 134 BGB nichtig.²¹⁵

Bei der GbR kann im Gesellschaftsvertrag gem. § 710 S. 1 BGB die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden, die übrigen Gesellschafter sind dann von der Geschäftsführung ausgeschlossen. § 114 II HGB regelt entsprechendes für die OHG. Durch satzungsändernden Beschluss²¹⁶ kann aber in beiden Gesellschaftsformen auch nachträglich ein Gesellschafter, der zuvor von der Geschäftsführung ausgeschlossen war, zum Geschäftsführer bestellt werden. Bei Personengesellschaften besteht Einigkeit darüber, dass die Bestellung Minderjähriger als Geschäftsführer zulässig ist.²¹⁷ Genau wie bei der GmbH ergibt sich aus der Gegenseitigkeit des Akts der Organeinsetzung allerdings, dass der Bestellte die Bestellung noch annehmen muss.²¹⁸ Auch hier stellt sich die Bestellung zum Organ für den Minderjährigen also lediglich rechtlich vorteilhaft dar.

²¹⁴ Zu dieser Möglichkeit: UHL/Raiser/Heermann § 52 GmbHG Rn. 47; MüKo-GmbHG/Spindler § 52 Rn. 114.

²¹⁵ Vgl. BT-Drucksache 8/1347 S. 31 f.; MüKo-GmbHG/Goette § 6 Rn. 43; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff § 6 GmbHG Rn. 42; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider § 6 GmbHG Rn. 38; MHLS/Tebben § 6 GmbHG Rn. 88; ausführlich zur Anwendbarkeit des § 134 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse GmbH-Gesellschafterversammlung siehe § 3 2. Teil B) Kapitalgesellschaften.

²¹⁶ Dazu, dass auch Satzungsänderungen in Personengesellschaften durch Beschluss und nicht durch Vertrag erfolgen siehe § 3 1. Teil Rechtsnatur des Gesellschafterbeschlusses.

²¹⁷ Für die GbR: Soergel/Hadding/Kießling § 709 BGB Rn. 7; MüKo-BGB/Schäfer § 709 Rn. 27; Erman/Westermann § 709 Rn. 12; für die OHG: EBJs/Drescher § 114 HGB Rn. 10; MüKo-HGB/Rawert § 114 Rn. 34; Baumbach/Hopt/Roth § 114 HGB Rn. 4; Staub/Schäfer § 114 HGB Rn. 27.

²¹⁸ Vgl. neben den in Fn. 213 genannten Autoren ausdrücklich für Personengesellschaften noch: Staub/Schäfer § 114 HGB Rn. 77.

cc) Sonderrechte und Organbestellungen anderer Gesellschafter oder sonstiger Dritter als Beschlussgegenstand

Rechtlich nachteilhaft sind Beschlüsse, die einem anderen Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern, zu denen der Minderjährige nicht zählt, oder Dritten Sonderrechte einräumen, wenn dies zu einer Schwächung der Rechtsposition des Minderjährigen führt. Darunter fallen z. B. Beschlüsse die Dritten Zustimmungsvorbehalte bezüglich bestimmter Beschlussgegenstände einräumen. Umgekehrt sind Beschlüsse rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral, die andere Gesellschafter im Vergleich zum Minderjährigen schwächen.

Organwahlen, bei denen der Minderjährige nicht zur Wahl steht, sind hingegen immer rechtlich neutrale Beschlüsse. Die Rechtsfolgen treten ausschließlich bei Dritten, nämlich bei den gewählten Mitgliedern und der Gesellschaft ein.²¹⁹

dd) Geschäftsführungsbeschlüsse

Auf wirtschaftliches Tätigwerden der Geschäftsführung gerichtete Beschlüsse sind jedenfalls dann regelmäßig mit rechtlichen Nachteilen behaftet, wenn die Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich haften. Zwar führt nicht schon der Beschluss selbst zu der Haftung im Außenverhältnis, sondern erst dessen Umsetzung.²²⁰ Nach Sinn und Zweck des Minderjährigenschutzrechts muss es aber ausreichen, dass die Geschäftsführung, an den Beschluss gebunden, die dort festgelegte Handlung vornehmen wird. Bei der GbR und OHG sind Beschlüsse also rechtlich nachteilhaft, wenn die jeweilige Geschäftsführungshandlung zu einer potenziellen persönlichen Haftung führt. Das ist bei jedem auf einen Vertragsschluss gerichteten Beschluss der Fall, der für die Gesellschaft rechtliche Nachteile birgt. Ebenso z. B. bei Beschlüssen, die auf die Abgabe von Gestaltungserklärungen gerichtet sind, die eine rechtliche Pflicht der Gesellschaft begründen.²²¹ Demgegenüber sind Beschlüsse, die keine persönliche Haftung des Minderjährigen herbeiführen, rechtlich neutral. Das gilt

²¹⁹ *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 34.

²²⁰ *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 11; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 76; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 39; *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 2a; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 29; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 23, 29 f.

²²¹ Vgl. zur rechtlichen Nachteilhaftigkeit von Gestaltungserklärungen: *Bork*, BGB-AT, Rn. 1004; *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 439; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 34 Rn. 26.

z. B. für Beschlüsse, die darauf gerichtet sind, ein Vertragsangebot abzulehnen. Hier treten zwar negative Rechtsfolgen bei der Gesellschaft ein, nämlich der Verlust der Möglichkeit den Vertrag anzunehmen. Dadurch entsteht aber, anders als bei der Vertragsannahme, keine persönliche Haftung beim Gesellschafter.

Da die Gesellschafter bei der GmbH gem. § 13 II GmbHG und bei der AG gem. § 1 I 2 AktG grundsätzlich nicht persönlich haften,²²² betreffen Geschäftsführungsbeschlüsse in diesen Gesellschaftsformen rechtlich gesehen nur das Geschäftsführungsorgan und die Gesellschaft, nicht aber den Gesellschafter. Letzterer ist vom Beschlussgegenstand nicht unmittelbar rechtlich betroffen. Es handelt sich also selbst dann um rechtlich neutrale Beschlüsse, wenn sie auf einen mit rechtlichen Nachteilen behafteten Vertragsschluss oder die Ausübung eines Gestaltungsrechts gerichtet sind.

ee) Verfahrens- und Ordnungsbeschlüsse

Verfahrens- und Ordnungsbeschlüsse sind rechtlich nachteilhaft, wenn die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten des Minderjährigen beschränkt werden. Wird etwa eine bestimmte Form für die Stimmabgabe per Beschluss festgelegt, schränkt dies die Rechte der Gesellschafter ein, die andernfalls ihre Stimmen in beliebiger Form abgeben dürften.²²³ Soll hingegen z. B. über die Zulässigkeit der Stellvertretung eines Gesellschafters per ad-hoc Beschluss entschieden werden,²²⁴ betrifft der Beschluss nur den in Frage stehenden Gesellschafter und ggf. das Geheimhaltungsinteresse bezüglich der Angelegenheiten der Gesellschaft, für die übrigen Gesellschafter stellt sich der Beschluss aber als rechtlich neutral dar.

ff) Mehrere Beschlussgegenstände

Sind in einem Beschluss mehrere Beschlussgegenstände zusammengefasst²²⁵, reicht die rechtliche Nachteilhaftigkeit eines Beschlussgegenstandes, um den gesamten Beschluss als rechtlich nachteilhaft i. S. d. § 107 BGB zu qualifizieren. Werden dem Minderjährigen durch den Beschluss Rechte eingeräumt, die mit

²²² Zu den Ausnahmen siehe für die AG MüKo-AktG/*Heider* § 1 Rn. 45 ff.; für die GmbH MüKo-GmbHG/*Merkt* § 13 Rn. 343 ff.

²²³ Nachweise s.u. Fn. 549.

²²⁴ Zu dieser Möglichkeit siehe Text zu Fn. 692.

²²⁵ Zur Zulässigkeit der Zusammenfassung verschiedener Beschlussgegenstände: *Baltzer*, Der Beschluss, S. 107; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 84; *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 117; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 78.

einer Belastung einhergehen, kommt es darauf an, ob Rechte und Pflichten unabhängig nebeneinander stehen, dann birgt der Beschluss einen rechtlichen Nachteil, oder ob das Recht durch die Pflicht nur wieder begrenzt wird, dann bleibt in der Summe ein Zuwachs an Rechten, der zur Vorteilhaftigkeit des Beschlusses gereicht.²²⁶ Erwächst aus einem der Beschlussgegenstände ein rechtlicher Vorteil, aus den übrigen zumindest keine Nachteile, verbleibt der gesamte Beschluss rechtlich vorteilhaft. Sind alle Beschlussgegenstände rechtlich neutral, gilt dies auch für den gesamten Beschluss.

gg) Nichtige Beschlüsse

Ein Beschluss, dessen Gegenstand schon zu seiner eigenen Nichtigkeit führt, z. B. im Falle der §§ 241 Nr. 3 und 4, 250 I AktG oder der §§ 134, 138 BGB, setzt keine Rechtsfolgen. Dies könnte dazu verleiten, nichtige Beschlüsse immer als rechtlich neutral zu behandeln. Auch in anderen Bereichen gilt allerdings die unabhängige Beurteilung verschiedener Nichtigkeitsgründe, z. B. kann ein Vertrag sowohl nach § 107 BGB als auch nach § 142 I BGB unwirksam sein.²²⁷ Selbst wenn Beschlüsse möglicherweise bereits aus anderen Gründen nichtig sind, muss zur Beurteilung des Beschlusses nach § 107 BGB immer noch gefragt werden, ob der Beschlussgegenstand für den Minderjährigen bei Wirksamkeit des Beschlusses rechtlich nachteilhaft wäre oder nicht.

b) Rechtliche Nachteileilhaftigkeit der Enthaltung

Die Enthaltung beseitigt ausschließlich das Stimmrecht für den konkreten Antrag.²²⁸ Ein bewusst herbeigeführter Rechtsverzicht stellt, anders als der mit der positiven oder negativen Stimmabgabe automatisch einhergehende Rechtsverlust, immer einen rechtlichen Nachteil dar.²²⁹ Die Enthaltung bedarf deswegen immer der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

²²⁶ Vgl. zum Erwerb eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks BGHZ 161, 170, 176; vgl. aus der Literatur ferner: Staudinger/*Klumpp* § 107 BGB Rn. 46; Erman/*Müller* § 107 BGB Rn. 7; MüKo-BGB/*Schmitt* § 107 Rn. 38.

²²⁷ Ausführlich zur Lehre von der Doppelnichtigkeit mit historischer Herleitung und vielen weiteren Nachweisen siehe nur *Würdinger*, JuS 2011, 769 ff.

²²⁸ Siehe § 2 1. Teil Die Enthaltung.

²²⁹ Vgl. *Bork*, BGB-AT, Rn. 1004; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 34 Rn. 26.

c) Korrektur der allgemeinen Regeln erforderlich?

Hält man § 107 BGB auf die Stimmabgabe für uneingeschränkt anwendbar, könnte der beschränkt Geschäftsfähige Beschlüssen, die zu ihrer Wirksamkeit seiner gesonderten Zustimmung bedürfen, eigenständig zustimmen. Er könnte auch für solche Beschlüsse stimmen, die seine Rechtsstellung innerhalb der Gesellschaft verbessern und gegen Beschlüsse, die seine Rechtsstellung verschlechtern. Spiegelbildlich könnte er Beschlüsse ablehnen, welche die Rechtsstellung Dritter verbessern, wenn damit als Reflex eine Schwächung seiner Stellung einhergeht und Beschlüssen seine Zustimmung geben, welche die Rechtsstellung Dritter verschlechtern. Bei Organwahlen könnte er für sich stimmen, stünde er nicht zur Wahl könnte er frei von seinem Stimmrecht Gebrauch machen. Bei Geschäftsführungsbeschlüssen könnte er in den Personengesellschaften jedenfalls dann nicht selbstständig abstimmen, wenn eine aus der Umsetzung des Beschlusses resultierende persönliche Haftungsgefahr besteht. Bei Kapitalgesellschaften könnte er in Geschäftsführungsfragen in der Regel frei abstimmen. Verfahrens- und Ordnungsbeschlüssen könnte er teilweise eigenständig seine Zustimmung oder Ablehnung erteilen. Seiner Stimme enthalten dürfte sich der Minderjährige hingegen nie ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

Nach den allgemeinen Regeln dürfte also die Anzahl an Beschlüssen, bei denen der beschränkt Geschäftsfähige eigenständig von seinem Stimmrecht zumindest in einer bestimmten Richtung Gebrauch machen könnte, deutlich höher ausfallen, als dies von den Befürwortern der Anwendung des § 107 BGB auf die Stimmabgabe erwartet wird.²³⁰ Das liegt insbesondere an den neutralen Beschlüssen. Denn der beschränkt Geschäftsfähige dürfte von seinem Stimmrecht auch immer dann freien Gebrauch machen, wenn die Rechtsfolgen des Beschlusses ausschließlich bei Dritten, z. B. der Gesellschaft, eintreten.²³¹ Es bleibt zu klären, ob Wertungen des Gesellschaftsrechts oder des Minderjährigenschutzes zumindest in manchen Fällen eine teleologische Reduktion der Vorschrift in der Weise erfordern, dass die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters unabhängig von der Vor- oder Nachteilhaftigkeit bzw. Neutralität der Stimmabgabe

²³⁰ In EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 48 heißt es z. B., dass für beschränkt Geschäftsfähige die allgemeine Regel des § 107 BGB Anwendung finde, sie also grundsätzlich der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters bedürften; etwas anderes gelte nur, „[...] wenn die Beschlussfassung ganz ausnahmsweise ‚lediglich rechtlich vorteilhaft‘ sein sollte.“

²³¹ Zu diesem Zwischenergebnis kommt auch *Ernst*, in Festschrift Leenen, S. 21 f., wobei er am Ende eine teleologische Reduktion befürwortet.

im konkreten Fall erforderlich ist. Dies kommt wegen verschiedener Aspekte in Betracht, die im Folgenden näher dargestellt werden.

aa) Freiheit des Gesellschafters bei der Stimmabgabe

Eine teleologische Reduktion des § 107 BGB wird vereinzelt mit der Begründung befürwortet, die Vorschrift ließe dem beschränkt Geschäftsfähigen häufig nur eine der möglichen Abstimmungsalternativen ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters offen. In dieser Beschränkung der Privatautonomie des Stimmrechtsträgers wird ein Konflikt mit seiner konzeptionell notwendigen Freiheit bei der Ausübung des Stimmrechts gesehen, weswegen § 107 BGB nicht anzuwenden und immer die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sei.²³²

Wenn überhaupt rechtfertigt dies aber nur eine teleologische Reduktion der Vorschrift in den Fällen, in denen der beschränkt Geschäftsfähige von seinem Stimmrecht tatsächlich keinen freien Gebrauch machen kann. Bei neutralen Beschlüssen kann der beschränkt Geschäftsfähige nach den allgemeinen Regeln frei entscheiden, ob er zustimmt oder ablehnt. Durch schlichtes Nichtabstimmen kann er zudem die Rechtsfolgen der Enthaltung weitestgehend kopieren. Er ist bei Ausübung des Stimmrechts in diesen Fällen somit gar nicht eingeschränkt. Aus den genannten Gründen rechtfertigt der Gesichtspunkt der Freiheit des Stimmrechtsträgers jedenfalls keine vollständige teleologische Reduktion der Vorschrift. Aber auch für vor- und nachteilhafte Beschlüsse, bei denen der beschränkt Geschäftsfähige nur in bestimmter Weise eigenständig von seinem Stimmrecht Gebrauch machen kann, überzeugt die dargestellte Begründung, wie ein Vergleich zu der Freiheit der übrigen Gesellschafter zeigt, für eine teleologische Reduktion nicht:

Erstens kann für die Gesellschafter auch aus der Treuepflicht das Gebot folgen, von ihrem Stimmrecht nur in bestimmter Weise Gebrauch zu machen;²³³ eine

²³² *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 21 f.

²³³ BGHZ 44, 40, 41 f. bei einem Beschluss zur Erhöhung der gesellschaftsvertraglich zugesagten Geschäftsführervergütung; BGHZ 64, 253, 257 f. bei Ausschließung eines Gesellschafters aus der Gesellschaft; BGH NJW 1987, 952, 953 bei Übertragung eines Gesellschaftersanteils; Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 23; Grunewald, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 79 f. und § 10 Rn. 131; Schmidt/Lutter/Fleischer § 53a AktG Rn. 56 ff.; MüKo-AktG/Heider § 12 Rn. 23; Hueck, Das Recht der OHG, S. 173 ff.; MüKo-BGB/Schäfer § 709 Rn. 112; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 55; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 616; BeckOK-BGB/Schöne § 705 Rn. 106; MünchHdb. GesR III/Wolff

entgegen der Treuepflicht abgegebene Stimme ist in diesen Fällen nichtig²³⁴. Auch Stimmrechtsbindungsverträge sind zulässig.²³⁵ Zwar führt eine der Bindung widersprechende Stimmrechtsausübung nicht zur Unwirksamkeit der Stimmabgabe,²³⁶ die Ausübung in einer der Bindung entsprechenden Weise kann aber eingeklagt werden²³⁷. Ebenso ist die Ausübung des Stimmrechts entsprechend der Treuepflicht einklagbar.²³⁸ In beiden Fällen findet § 894 ZPO Anwendung.²³⁹ Schon daraus wird deutlich, dass das Prinzip der Freiheit des Stimmrechtrügers nicht durchgehend oberste Priorität hat.

Zweitens wird der beschränkt geschäftsfähige Gesellschafter durch § 107 BGB, anders als im Falle der Treuepflicht oder des Stimmrechtsbindungsvertrags, nicht einmal dazu gezwungen, von seinem Stimmrecht in bestimmter Weise Gebrauch

§ 38 Rn. 72; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 111; Zöllner, Schranken, S. 353 ff.

²³⁴ BGHZ 102, 172, 176; Schmidt/Lutter/Fleischer § 53a AktG Rn. 63; Hueck, Das Recht der OHG, S. 180; MüKo-BGB/Schäfer § 709 Rn. 112; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 55; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 616; BeckOK-BGB/Schöne § 705 Rn. 107; Münch-Hdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 81; Zöllner, Schranken, S. 366 ff. sehr ausführlich, auch in Bezug auf Körperschaften.

²³⁵ BGHZ 48, 163, 166 f.; BGH NJW 1983, 1910, 1911; 1987, 1890; Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 25; Grunewald, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 75; MüKo-AktG/Heider § 12 Rn. 22; Hölter/Hirschmann § 133 AktG Rn. 40 f.; Hueck, Das Recht der OHG, S. 167; Renkl, Der Gesellschafterbeschuß, S. 68; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 492; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 71 gegenüber Mitgesellschaftern, Stimmrechtsbindungsverträge mit Nichtgesellschaftern hält Schäfer hingegen für grundsätzlich nichtig, siehe Rn. 72; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 617 ff.; BeckOK-BGB/Schöne § 709 Rn. 45 f.; sehr ausführlich Vogel, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 65 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 113.

²³⁶ MüKo-AktG/Heider § 12 Rn. 22; Hölter/Hirschmann § 133 AktG Rn. 37; Renkl, Der Gesellschafterbeschuß, S. 68; BeckOK-BGB/Schöne § 709 Rn. 45.

²³⁷ BGHZ 48, 163, 170 ff.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 78; MüKo-AktG/Heider § 12 Rn. 22; Hölter/Hirschmann § 133 AktG Rn. 39; Renkl, Der Gesellschafterbeschuß, S. 68; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 620 f.; BeckOK-BGB/Schöne § 709 Rn. 45; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 Rn. 110.

²³⁸ Grunewald, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 82; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 56; BeckOK-BGB/Schöne § 705 Rn. 107; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 Rn. 111.

²³⁹ Für Stimmbindungen kraft Treuepflicht: Grunewald, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 82; Hueck, Das Recht der OHG, S. 175; BeckOK-BGB/Schöne § 705 Rn. 107; Münch-Hdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 73; Für Stimmrechtsbindungsverträge: BGHZ 48, 163, 173 f.; Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 29; Hölter/Hirschmann § 133 AktG Rn. 39; Renkl, Der Gesellschafterbeschuß, S. 68; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 70; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 620 f.; BeckOK-BGB/Schöne § 709 Rn. 47.

zu machen. Ihm bleibt nur eine der beiden Möglichkeiten der Stimmabgabe verwehrt. Eine Verpflichtung von der anderen Abstimmungsmöglichkeit Gebrauch zu machen besteht nicht. Fehlt ihm die für eine wirksame Stimmabgabe notwendige Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, hat er die Wahl, von seinem Stimmrecht in für ihn lediglich rechtlich vorteilhafter Weise Gebrauch zu machen oder eine Stimmabgabe zu unterlassen. Somit bleibt § 107 BGB hinsichtlich der Intensität des Eingriffs in die Privatautonomie sogar hinter der Treuepflicht oder Stimmbindungsvereinbarungen zurück.

Drittens liegt es in der Natur der §§ 106 ff. BGB, die Privatautonomie des Minderjährigen zu begrenzen. Auch Verträge bilden eine Hauptausprägung des Prinzips der Privatautonomie,²⁴⁰ d.h. der Möglichkeit der freien Entscheidung kommt auch bei ihnen essenzielle Bedeutung zu. Nach § 107 BGB kann ein beschränkt Geschäftsfähiger ein Schenkungsversprechen oder eine Übereignungserklärung nur eigenständig annehmen, nicht ablehnen.²⁴¹ Trotzdem bestehen keine Bestrebungen dahingehend, § 107 BGB im Falle des Vertragsschlusses teleologisch zu reduzieren, weil er mit der konzeptionell notwendigen Freiheit beim Abschluss von Verträgen kollidiere. Dies wäre auch insofern kontraproduktiv, als man § 107 BGB dann wegen seiner beschränkenden Wirkung teleologisch dahingehend reduzierte, dass von der Privatautonomie des Minderjährigen gar nichts mehr bliebe.

Vor dem Hintergrund dieser Betrachtungen ist eine teleologische Reduktion des § 107 BGB mit Blick auf die fehlende Freiheit des Minderjährigen bei der Ausübung des Stimmrechts abzulehnen.

bb) Haftung wegen treurechtswidrigen Stimmrechtsgebrauchs

Aus einem anderen Gesichtspunkt heraus ist eine Nichtanwendung des § 107 BGB jedoch indiziert: Das Stimmrecht stellt ein teilweise uneigennütziges Recht dar. D.h. der Stimmrechtsträger kann in bestimmten Fällen aus der Treuepflicht verpflichtet sein, zum Wohle der Gesellschaft und Mitgesellschafter und nicht

²⁴⁰ Bork, BGB-AT, Rn. 100; Flume, BGB-AT II, S. 7; Medicus/Petersen, BGB-AT, Rn. 174; Wolf/Neuner, BGB-AT, § 10 Rn. 31 f.

²⁴¹ Vgl. Erman/Armbrüster § 146 BGB Rn. 2; MüKo-BGB/Busche § 145 Rn. 21 und § 146 Rn. 3; Palandt/Ellenberger § 146 BGB Rn. 1; Soergel/Wolf § 146 BGB Rn. 4.

zum eigenen Vorteil von ihm Gebrauch zu machen.²⁴² § 107 BGB hat hingegen ausschließlich das Wohl des Minderjährigen im Blick. Danach könnte der beschränkt Geschäftsfähige eigenständig von seinem Stimmrecht Gebrauch machen, wenn ihm daraus kein rechtlicher Nachteil erwächst. Ob das Abstimmungsverhalten zu einem Nachteil für die Gesellschaft führt, spielt nach § 107 BGB keine Rolle.

Entspringt aus der Treuepflicht ein Gebot, vom Stimmrecht in bestimmter Weise Gebrauch zu machen, droht bei treuwidrigem Gebrauch des Stimmrechts jedoch eine Haftung auf Schadensersatz wegen Verletzung der Treuepflicht gegenüber den nachteilig Betroffenen, insbesondere gegenüber der Gesellschaft.²⁴³ Dies ist für den Minderjährigen deswegen besonders gefährlich, weil es auf die Wirksamkeit der Stimmabgabe für eine solche Haftung nicht einmal ankommt. Es reicht, wenn schuldhaft entgegen der Treuepflicht abgestimmt wird und der Versammlungsleiter die Stimmabgabe fälschlicherweise bei der Beschlussfeststellung berücksichtigt.²⁴⁴

Diese Erwägungen gebieten eine Modifikation des § 107 BGB dahingehend, dass der Minderjährige in solchen Fällen nicht eigenständig abstimmen kann, in denen er sich bei Ausübung des Stimmrechts primär dem Gesellschaftsinteresse unterordnen muss. Namentlich kommen dabei hauptsächlich Geschäftsführungsbeschlüsse in Betracht,²⁴⁵ wohingegen z. B. bei Satzungsänderungen und bei

²⁴² Nachweise für Stimmpflichten aus der Treuepflicht siehe Fn. 233; zur abstrakten Unterscheidung von eigennützigen („*Mitgliedsrechte*“) und uneigennützigen („*Organrechte*“) Gesellschafterrechten in Personengesellschaften: *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 23.

²⁴³ Bork/Schäfer/*Casper* § 47 GmbHG Rn. 22; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 261; Schmidt/Lutter/*Fleischer* § 53a AktG Rn. 70; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 205; MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 242; BeckOK-BGB/*Schöne* § 705 Rn. 107; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 109.

²⁴⁴ Das lässt sich daraus schlussfolgern, dass nach einhelliger Ansicht eine entgegen der Treuepflicht abgegebene Stimme nichtig ist (siehe Fn. 234), trotzdem aber ein Schadensersatzanspruch bei treuwidrigem Gebrauch des Stimmrechts in Betracht kommt (siehe Fn. 243). Der Schadensersatzanspruch muss demnach bereits durch Abgabe der nichtigen Stimme in Verbindung mit der fehlerhaften Einbeziehung der Stimme in das Beschlussergebnis begründet werden. Auf die Wirksamkeit der Stimmabgabe kann es nicht ankommen, wenn jede treuwidrige Stimmabgabe ohnehin nichtig ist.

²⁴⁵ EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 36; Hueck, *Das Recht der OHG*, S. 171; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 55; BeckOK-BGB/*Schöne* § 705 Rn. 103; MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 226; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 29; *Zöllner*, *Schranken*, S. 344.

sonstigen Grundlagengeschäften oder der Geltendmachung von Kontroll- oder Vermögensrechten, bei denen in der Regel eigennützig vom Stimmrecht Gebrauch gemacht werden darf,²⁴⁶ eine gegenüber § 107 BGB erweiterte Zustimmungsbedürftigkeit mit Rücksicht auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht regelmäßig nicht indiziert ist.²⁴⁷ Diese Modifizierung dient dem Vermögensschutz des beschränkt Geschäftsfähigen, der sich einem geringeren Schadenserisikozusatzrisiko ausgesetzt sieht, wenn der Versammlungsleiter die Stimmabgabe des beschränkt Geschäftsfähigen für von der Treuepflicht durchdrungene Abstimmungsgegenstände generell als unwirksam behandeln muss und nicht zu prüfen hat, ob im Einzelfall ein Verstoß gegen die Treuepflicht vorliegt. Damit entspricht die Modifizierung in diesem Fall dem Zweck des § 107 BGB.

cc) Typischerweise langfristige wirtschaftliche Auswirkungen von Beschlüssen

Ein weiterer Punkt spricht für bestimmte Beschlussgegenstände gegen Anwendung des § 107 BGB auf die Stimmabgabe: Viele Beschlüsse haben Auswirkungen erst auf den langfristigen wirtschaftlichen Erfolg des Verbandes. Ein Beschluss, der für den einzelnen Gesellschafter rechtlich vorteilhaft wirkt, kann für den Verband zu Verlusten führen. Diese Verluste schmälern ihrerseits den Gewinnanteil des Gesellschafters, führen somit mittelbar zu einem wirtschaftlichen Nachteil des Gesellschafters. Als Beispiel mag ein Beschluss dienen, durch welchen die Gesellschafter den kompletten Gewinn des Verbandes ausschütten und keinen Teil der Gewinne reinvestieren. Ein solcher Beschluss wäre, wegen der Erhöhung der Gewinnausschüttung, isoliert betrachtet für den einzelnen Gesellschafter rechtlich vorteilhaft. Die realen wirtschaftlichen Folgen, nämlich der

²⁴⁶ Vgl. EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 36; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 173; KKR/M/*Kindler* § 105 HGB Rn. 47; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 55; BeckOK-BGB/*Schöne* § 705 Rn. 104; MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 227; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 29. Zu Fällen, in denen aber z. B. auch bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags, bei Ausschluss eines Gesellschafters oder bei der Übertragung eines Geschäftsanteils die Treuepflicht ein bestimmtes Abstimmungsverhalten erfordert, siehe die BGH-Entscheidungen in Fn. 233. Daneben: *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 173 ff.; *Zöllner*, Schranken, S. 345.

²⁴⁷ Für eine detaillierte Darstellung der maßgeblich von der Treuepflicht durchdrungenen siehe: *Staub/Schäfer* § 105 HGB Rn. 234 f., dort allerdings nicht nur in Bezug auf das Stimmrecht; *Zöllner*, Schranken, S. 344 ff., sehr ausführlich mit ausdrücklichem Bezug auf das Stimmrecht und auf S. 349 ff. dann auch bezüglich der Pflicht zu Rücksichtnahme auf Interessen der Mitgesellschafter.

Rückgang der zukünftigen Gewinne oder sogar der Eintritt von Verlusten und damit verbunden, je nach Gesellschaftsform, die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verluste und der Wertverlust der Gesellschaftsanteile, könnten nach den allgemeinen Grundsätzen des § 107 BGB als ungewisse und rechtlich nicht direkt auf der Stimmabgabe beruhende wirtschaftliche Folgen nicht berücksichtigt werden.²⁴⁸ Als weiteres Beispiel stelle man sich einen Gesellschafterbeschluss in einer Personengesellschaft vor, der auf einen Vertragsabschluss gerichtet ist. Für die Gesellschafter kommt einem solchen Beschluss wegen der persönlichen Haftung zwar in der Regel eine teilweise rechtlich nachteilhafte Qualität zu, während die Ablehnung des Angebots sich rechtlich neutral gestaltet. Für eine auf wirtschaftliche Tätigkeit ausgerichtete Gesellschaft muss das dauerhafte Unterlassen von Vertragsabschlüssen aber finanziell negative Auswirkungen haben.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 führt der BGH aus, dass trotz der Formulierung des § 107 BGB, der auf rechtliche Nachteile abzielt, der vorwiegende Zweck der Norm darin bestehe, den Minderjährigen vor wirtschaftlichen Schäden zu bewahren. Der Begriff des rechtlichen Nachteils in § 107 BGB werde aus Gründen der Rechtssicherheit verwendet, da die Beurteilung der wirtschaftlichen Nachteile mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein könne. Trotzdem müssten, um dem Schutzzweck der Norm gerecht zu werden, bestimmte Geschäfte aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift herausgenommen werden, wenn ihnen typischerweise ein nur ganz unerhebliches Vermögensgefährdungspotenzial zukommt.²⁴⁹ Im Anschluss an diese Erwägungen kann im gegenteiligen Fall, wenn die Willenserklärung für den Minderjährigen zwar keinen direkten rechtlichen Nachteil birgt, dafür aber potenziell erhebliche wirtschaftliche Folgen mit sich bringt, ebenso eine teleologische Reduktion der Vorschrift geboten sein. Nicht zuletzt stehen die §§ 104 ff. BGB unter der Prämisse, dass Minderjährige die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen von Erklärungen auf die eigene Lage nicht vollständig erfassen können.²⁵⁰ Es wäre widersprüchlich, dem

²⁴⁸ Vgl. zur Nichtberücksichtigung ungewisser zukünftiger Belastungen BGHZ 161, 170, 180; 162, 137, 142. Beide Urteile beziehen sich auf außerordentliche Grundstückslasten.

²⁴⁹ BGHZ 161, 170, 178 f.; zuvor bereits ganz ähnlich und sehr ausführlich, auch mit entsprechenden Nachweisen zur rechtshistorischen Herleitung: *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 416 ff.

²⁵⁰ *Bork*, BGB-AT, Rn. 968; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 259 f.; *Harte*, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i. S. d. § 107 BGB, S. 20; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 34 Rn. 2.

beschränkt geschäftsfähigen Gesellschafter die Möglichkeit der Einflussnahme auf die wirtschaftliche Lenkung einer Gesellschaft zuzugestehen, nur weil er davon nicht unmittelbar rechtlich nachteilhaft im Sinne des § 107 BGB betroffen ist.

Diese Erwägungen rechtfertigen es, solche Beschlüsse vom Anwendungsbereich des § 107 BGB auszunehmen, die das wirtschaftliche Interesse des Verbandes berühren. Der beschränkt Geschäftsfähige kann dann nur noch in solchen Fällen eigenständig abstimmen, die lediglich die Mitglieder und nicht den Verband als solchen betreffen. Beispielsweise dürfte er bei einer Verschiebung des den einzelnen Gesellschaftern zustehenden quotalen Gewinns zu seinen Gunsten abstimmen, bei einer Erhöhung der Gewinnausschüttung insgesamt oder der Entscheidung, in einem Geschäftsjahr aus unternehmerischen Gründen keinen Gewinn auszuschütten, hingegen nicht. Auch Organwahlen dürfte der Minderjährige nicht selbstständig vornehmen, da er die der Kompetenz des zur Wahl stehenden Kandidaten zur Wahrnehmung des jeweiligen Amtes und damit verbunden die wirtschaftlichen Folgen der Wahl häufig nicht abschätzen können.

Zwar mag es beschränkt Geschäftsfähige geben, welche die wirtschaftlichen Folgen ihrer Erklärungen bereits überschauen können, die starre Grenze des § 106 BGB dient aber primär der Rechtssicherheit, es soll gerade nicht auf die Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall ankommen.²⁵¹

dd) Rechtssicherheit

Auf praktischer Ebene stellt sich zudem das Problem, dass der Versammlungsleiter bereits bei Auswertung der abgegebenen Stimmen feststellen müsste, ob sich der Beschlussgegenstand für den abstimmenden Minderjährigen als rechtlich vorteilhaft, nachteilhaft oder neutral darstellt. Die §§ 104 ff. BGB dienen zwar schwerpunktmäßig dem Vermögensschutz von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen, aber daneben auch der Rechtssicherheit.²⁵² Rechtssicherheit bedeutet auf Normebene, die Norm muss „[...] in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sein, daß die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können.“²⁵³ Dies ist für § 107

²⁵¹ Bork, BGB-AT, Rn. 970; Medicus/Petersen, BGB-AT, Rn. 536 f.; Wolf/Neuner, BGB-AT, § 34 Rn. 2.

²⁵² Nachweise zum Zweck der §§ 104 ff. BGB siehe, Fn. 184 f.

²⁵³ BVerfGE 21, 73, 79 in Bezug auf die Zulässigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.

BGB in Bezug auf die Stimmabgabe nicht mehr gewährleistet, wenn der Empfangsvertreter des Adressaten der Stimmabgabe zur Klärung der rechtlichen Vor-, Nachteilhaftigkeit oder Neutralität der Stimmabgabe z. B. bereits zu klären hätte, ob den beschränkt Geschäftsfähigen aus der Stimmabgabe eine Haftung wegen Verstoßes gegen die Treuepflicht treffen könnte. Darüber hinaus würde die gesamte Prozedur der Beschlussfassung stark belastet werden.

Auch aus diesen Gründen ist eine teleologische Reduktion des § 107 BGB dahingehend angebracht, dass Sachverhalte aus dem Anwendungsbereich des § 107 BGB genommen werden, die für den Empfangsvertreter, der die Wirksamkeit der Stimmabgabe für die Ermittlung und ggf. Feststellung des Abstimmungsergebnisses beurteilen muss, mit zu hohem Prüfungsaufwand verbunden wären.

ee) Zusammenfassung der erforderlichen Korrekturen

Demnach ist eine teleologische Reduktion des § 107 BGB sowohl mit Blick auf den Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen als auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Beschlussfassung gerechtfertigt. Der beschränkt Geschäftsfähige kann bei solchen Beschlussgegenständen nicht eigenständig mitstimmen, die von der Treuepflicht determiniert werden. Ferner bleibt ihm die eigenständige Stimmrechtsausübung in den Fällen verwehrt, in denen der Beschluss mit wirtschaftlichen Folgen für die Gesellschaft verbunden ist. Die Notwendigkeit der rechtssicheren Ermittlung des Abstimmungsergebnisses stützt diese Einschränkungen.

Zur eigenständigen Abstimmung verbleiben dem beschränkt Geschäftsfähigen in erster Linie solche Beschlüsse, welche seine Rechtsstellung nur relativ zu den anderen Gesellschaftern gesehen verbessern, ohne dass die Gesellschaft dadurch wirtschaftlich belastet wird. Bei solchen Beschlussgegenständen wird ein Versammlungsleiter die Vor- oder Nachteilhaftigkeit auch ohne größere rechtliche Prüfung feststellen können. Daneben kann der beschränkt Geschäftsfähige für Beschlüsse stimmen, die für ihre Wirksamkeit ohnehin noch seiner gesonderten Zustimmung bedürfen. Das gilt wegen der wirtschaftlichen Implikationen für die Gesellschaft aber nicht für Organwahlen. Bei Verfahrensbeschlüssen darf der beschränkt Geschäftsfähige im Zweifel nach den allgemeinen Regeln eigenständig abstimmen, hier besteht auf Grund der fehlenden wirtschaftlichen Relevanz keine Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion.

d) Ergebnis zu § 107 BGB

Im Ergebnis ist § 107 BGB demnach zwar grundsätzlich anwendbar, in den meisten Fällen aber teleologisch zu reduzieren. Der beschränkt Geschäftsfähige kann eigenständig nur für solche Beschlussanträge stimmen, die ihm selbst einen rechtlichen Vorteil bringen, aber keine wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft haben, und bei denen ihn die Treuepflicht nicht potenziell zu einem fremdnützigen Gebrauch des Stimmrechts verpflichtet. Umgekehrt kann er nur solchen Beschlussanträgen seine Ablehnung erteilen, die für ihn rechtlich nachteilhaft sind und ebenso keine wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft haben oder von der Treuepflicht determiniert werden. Neutralen Beschlüssen kann er unter gleichen Voraussetzungen nach eigener Wahl seine Zustimmung oder Ablehnung erteilen.

2. Rechtsfolge bei fehlender Einwilligung (§ 111 BGB)

Fehlt die für die Stimmabgabe erforderliche Einwilligung, greift § 111 S. 1 BGB, der nicht nur für einseitige Rechtsgeschäfte, sondern auch für einseitige Willenserklärungen gilt, die nicht auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet sind.²⁵⁴ Eine ohne die erforderliche Einwilligung abgegebene Stimme ist deshalb unheilbar nichtig.²⁵⁵ Auch § 111 S. 2 BGB findet Anwendung, d.h. die Stimmabgabe des beschränkt Geschäftsfähigen kann unverzüglich zurückgewiesen werden, wenn der beschränkt Geschäftsfähige die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht in schriftlicher Form vorlegen kann und der Vertreter den anderen Teil nicht nach § 111 S. 3 BGB über die Einwilligung in Kenntnis gesetzt hat.²⁵⁶ Die Kenntnis muss entweder beim Versammlungsleiter oder bei allen an der Abstimmung beteiligten Mitgesellschaftern vorliegen.²⁵⁷ Aus der Anwendbarkeit des § 111 BGB folgt, dass die §§ 108, 109 BGB nicht anwendbar

²⁵⁴ MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 33; Soergel/Hadding § 32 BGB Rn. 26; ausführlich *J. Flume*, NZG 2014, 17, 20 mit Nachweisen zur ehemals anderen Ansicht. Generell zur Anwendbarkeit des § 111 BGB auf Willenserklärungen: *Bork*, BGB-AT, Rn. 996.

²⁵⁵ A. A. anscheinend *Koppensteiner*, Juristische Blätter 2017, 273, 278, der die Stimmabgaben beschränkt Geschäftsfähiger – allerdings in einer eher beiläufigen Stellungnahme – für genehmigungsfähig hält.

²⁵⁶ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 331 f.; *J. Flume*, NZG 2014, 17, 20.

²⁵⁷ Siehe § 2 1. Teil Kenntnis oder Kennenmüssen von bestimmten Umständen.

sind. Für § 110 BGB gilt das zu § 105a BGB Gesagte entsprechend, die Norm ist mangels Vertragscharakter des Beschlusses nicht anwendbar.²⁵⁸

3. Generalkonsens (§§ 112, 113 BGB)

In der Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zur Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäfts durch den beschränkt Geschäftsfähigen kann unter Umständen ein Generalkonsens zur Vornahme damit verknüpfter weiterer rechtserheblicher Tätigkeit liegen. §§ 112, 113 BGB normieren dies für den selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder für den Abschluss eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses ausdrücklich. Der beschränkt Geschäftsfähige darf, soweit eine Ermächtigung zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses vorliegt, die mit dem Abschluss des ersten Rechtsgeschäfts einhergehenden folgenden Rechtshandlungen selbstständig vornehmen, wobei im ersten Fall noch die Genehmigung des Familiengerichts hinzukommen muss. Soweit die Stimmabgabe im Rahmen einer Gesellschaftsversammlung zu den Rechtshandlungen gehört, welche der Betrieb des Erwerbsgeschäfts mit sich bringt (§ 112 BGB), kann der Minderjährige von seinem Stimmrecht freien Gebrauch machen.²⁵⁹ § 112 BGB findet ferner Anwendung, wenn es um die eigenständige Rechtswahrnehmung resultierend aus der Gesellschafterstellung in einer GbR oder OHG oder die Komplementärstellung in einer KG geht, nicht hingegen auf die Kommanditistenstellung oder die Gesellschafterstellung in Kapitalgesellschaften.²⁶⁰ § 113 BGB findet z. B. auf den Gewerkschaftsbeitritt Anwendung.²⁶¹ Wird dem Minderjährigen schon der Beitritt ermöglicht, liegt es durchaus nahe, ihm auch die Mitgliedschaftsrechte zur eigenständigen Ausübung zu gewähren.

²⁵⁸ Zum fehlenden Vertragscharakter des Beschlusses siehe § 3 2. Teil Rechtsnatur des Gesellschafterbeschlusses.

²⁵⁹ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 332; *Bork/Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 34; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 90; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 48; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 117; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 47; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 43.

²⁶⁰ *J. Flume*, NZG 2014, 17, 21; zustimmend *BeckOK-BGB/Wendtland* § 112 Rn. 2.

²⁶¹ *Staudinger/Klumpp* § 113 BGB Rn. 32; *Erman/Müller* § 113 BGB Rn. 13; *MüKo-BGB/Schmitt* § 113 Rn. 24; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 113 Rn. 13.

Abseits der gesetzlich normierten Fälle wird teilweise vertreten, die Zustimmung zur Gründung oder zum Beitritt zu einer Gesellschaft umfasse – mit verschiedenen Einschränkungen – zugleich die Einwilligung dahingehend, vom Stimmrecht eigenständig Gebrauch zu machen.²⁶² Letztlich handelt es sich dabei um eine Frage der Auslegung der Zustimmungserklärung des gesetzlichen Vertreters. In der Regel wird sich die Zustimmung zur Gründung oder zum Beitritt zu einer Gesellschaft auf Grund der potenziell hohen Tragweite insbesondere einstimmiger Gesellschafterbeschlüsse, wie der Beitragserhöhung nach § 707 BGB, nicht zugleich auf die selbstständige Wahrnehmung des Stimmrechts durch den beschränkt Geschäftsfähigen beziehen.²⁶³ Ergibt die Auslegung ausnahmsweise einen Generalkonsens, muss weiter festgestellt werden, ob er sich nur auf bestimmte Beschlussgegenstände erstreckt.

B) Willensmängel (§§ 116–124, 142–144 BGB)

I. Geheimer Vorbehalt, Scheingeschäft und Mangel der Ernstlichkeit (§§ 116–118 BGB)

Die §§ 116–118 BGB beschäftigen sich mit verschiedenen Konstellationen, in denen jeweils ein Erklärender bewusst eine Willenserklärung bestimmten Inhalts abgibt, deren Wirkung er in Wirklichkeit gar nicht herbeiführen will.²⁶⁴ Die Tatbestände unterscheiden sich zunächst hinsichtlich der Vorstellung des Erklärenden darüber, ob der Erklärungsempfänger seinen Willensvorbehalt erkennen wird bzw. bereits kennt.²⁶⁵ So ordnet § 116 S. 1 BGB an, eine Erklärung sei nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Wegen der Verwendung des Wortes „insgeheim“ erfasst die Norm nur Fälle, in denen der Erklärende zumindest mit der Möglichkeit rechnet, dem

²⁶² MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 38; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 296; *Soergel/Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 33; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgemeinschaften, S. 55; *v. Thur*, BGB-AT, S. 516 Fn. 38; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 34; *Staudinger/Weick* § 32 BGB Rn. 30.

²⁶³ Ebenfalls restriktiv: *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 296, nach welchem das bei Vereinen vorkommen mag, bei Kapitalgesellschaften aber die Ausnahme darstellt; *Soergel/Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 33, nach denen keine vermögensrechtliche Haftung des Minderjährigen begründet werden darf.

²⁶⁴ *Bork*, BGB-AT, Rn. 794; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 591; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 40 vor Rn. 1.

²⁶⁵ Vgl. *Bork*, BGB-AT, Rn. 794; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 592.

Erklärungsempfänger könne sein Willensvorbehalt verborgen bleiben (sog. Mentalreservation²⁶⁶).²⁶⁷ Gem. § 117 I BGB ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Einverständnis des Empfängers nur zum Schein abgegeben wurde, nichtig. § 118 BGB erklärt eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung für nichtig, wenn sie in der Erwartung abgegeben wird, der andere Teil werde den Mangel der Ernstlichkeit erkennen. In beiden Fällen setzt der Erklärende, im Gegensatz zum Tatbestand des § 116 BGB, Kenntnis des Erklärungsempfängers vom Willensvorbehalt voraus. Während § 117 I BGB das Einverständnis des anderen Teils mit dem Willensvorbehalt verlangt, darf im direkten Anwendungsbereich²⁶⁸ des § 118 BGB keine Kenntnis des anderen Teils vorliegen. Hat im Falle der Mentalreservation der Erklärungsempfänger Kenntnis vom Willensvorbehalt, führt dies gem. § 116 S. 2 BGB zur Nichtigkeit der Erklärung. Auf die Stimmabgabe als empfangsbedürftige Willenserklärung finden die §§ 116–118 BGB grundsätzlich Anwendung.²⁶⁹ Ist jedoch die Stimmabgabe aus besonderen Gründen der Anfechtung entzogen,²⁷⁰ kann sie auch nicht nach §§ 116 S. 2, 117 I, 118 BGB nichtig sein.²⁷¹ Darüber hinaus bezweifeln für die

²⁶⁶ Allg. Sprachgebrauch in der einschlägigen Literatur, siehe nur: MüKo-BGB/*Armbrüster* § 116 Rn. 1; *Bork*, BGB-AT, Rn. 795; *Flume*, BGB-AT II, S. 398 ff.; *Staudinger/Singer* § 116 BGB Rn. 1.

²⁶⁷ Mit dieser zurückhaltenden Formulierung auch *BeckOK-BGB/Wendtland* § 116 Rn. 2. In der sonstigen Literatur wird meist Absicht oder Bewusstsein beim Erklärenden dahingehend gefordert, den Willensvorbehalt geheim zu halten. Soweit ersichtlich ergibt sich daraus aber kein inhaltlicher Unterschied zur hier gewählten Formulierung des für möglich Haltens, vgl.: *Bork*, BGB-AT, Rn. 795; *Flume*, BGB-AT II, S. 403; *Staudinger/Singer* § 116 BGB Rn. 4; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 40 Rn. 1.

²⁶⁸ Zu dem gesetzlich nicht explizit geregelten Fall, dass der Erklärungsgegner zwar den Willensvorbehalt erkennt, mit ihm aber nicht einverstanden ist, siehe Text zu Fn. 311.

²⁶⁹ MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 38; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 152 f.; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 295, 297; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 249; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 55; *RvWH/Haas* § 119 HGB Rn. 9a; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 20; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 180; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 74, allerdings nur bezüglich §§ 116–117 BGB, auf § 118 BGB geht er nicht ein; *UHL/Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 18; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 74; *MünchHdb. GesR I/Weipert* § 57 Rn. 79; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 8; *Zöllner*, Schranken, S. 364.

²⁷⁰ Dazu, wann die Anfechtung ausnahmsweise ausgeschlossen ist, siehe § 2 2. Teil B) II. Kein Ausschluss der Anfechtung.

²⁷¹ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 298. Insbesondere dürfte im Falle der Rechtsnachfolge ein entsprechender Ausschluss gelten, siehe dazu für die Anfechtung § 2 2. Teil B) II. 4. Ausscheiden und Eintreten eines Gesellschafters aus der Gesellschaft.

§§ 116 S. 2, 117 und 118 BGB Teile der Literatur in bestimmten Fällen die Anwendbarkeit, worauf im Folgenden näher eingegangen wird. Es gilt dabei auch hier die Prämisse, dass eine Nichtanwendung nur auf einer besonders zu begründenden teleologischen Reduktion basieren kann.²⁷²

1. Geheimer Vorbehalt (§ 116 BGB)

§ 116 S. 1 BGB kann auf die Stimmabgabe zweifelsfrei angewendet werden.²⁷³ Für § 116 S. 2 BGB bestehen hingegen Bedenken: § 116 S. 2 BGB findet gemeinhin dann keine Anwendung, wenn zwar der Empfänger den Vorbehalt kennt, eine andere Person, für welche die Erklärung gleichfalls bestimmt ist, aber nicht.²⁷⁴ Sieht man nun neben dem Verband als Erklärungsempfänger²⁷⁵ auch die übrigen Gesellschafter als solche Personen an, für die die Stimmabgabe bestimmt ist, findet § 116 S. 2 BGB jedenfalls dann keine Anwendung, wenn zwar der Verband sich die Kenntnis über das Bestehen des Willensvorbehalts zurechnen lassen muss, diese Kenntnis aber nicht zugleich auch bei den übrigen an der Abstimmung beteiligten Gesellschaftern vorliegt.²⁷⁶

Die Stimmabgabe ist aber nicht im Sinne des § 116 S. 2 BGB gleichfalls für die Mitgesellschafter bestimmt: die Stimmabgabe richtet sich an den Verband, welcher sie zwecks Auszählung zu sammeln verpflichtet ist und sich dafür in der Regel des Versammlungsleiters bedient.²⁷⁷ Auch das Rechtsgeschäft, auf dessen Hervorbringen die Stimmabgaben gerichtet sind, also der Beschluss, entsteht zunächst beim Verband und entfaltet seine Bindungswirkung erst in einem zweiten Schritt gegenüber allen Verbandsmitgliedern, Organen und Organwaltern.²⁷⁸ Die

²⁷² Siehe dazu und zu den Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion schon den Text zu Fn. 182.

²⁷³ Ausdrücklich: *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 35; vgl. ferner die Nachweise in Fn. 269.

²⁷⁴ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 116 Rn. 10; *Flume*, BGB-AT II, S. 404; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 593; *Staudinger/Singer* § 116 Rn. 12.

²⁷⁵ Siehe § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe.

²⁷⁶ Sinngemäß mit dieser Argumentation MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 38; in Bezug auf § 117 BGB auch v. *Thur*, BGB-AT, S. 516; diesem zustimmend und die Argumentation ausdrücklich auch auf § 116 S. 2 BGB erweiternd *Flume*, BGB-AT I 2, S. 250, der die Stimmabgabe aber auch gar nicht für eine empfangsbedürftige Willenserklärung hält (S. 249), womit die Nichtanwendung des § 116 S. 2 BGB natürlich konsequent ist.

²⁷⁷ Siehe § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe.

²⁷⁸ Siehe § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe.

Stimmabgabe ist deswegen materiell-rechtlich ausschließlich für den Verband und nicht auch für die übrigen Mitglieder bestimmt.²⁷⁹ Ein weiterer Aspekt spricht gegen eine teleologische Reduktion: die fehlende Gefahr einer rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung der Vorschrift. Der Stimmrechtsträger muss es im Anwendungsbereich des § 116 S. 2 BGB nach seiner Vorstellung zumindest für möglich halten, dass der Erklärungsempfänger seinen Willensvorbehalt nicht durchschaut. Im Falle einer vorherigen Absprache zwischen Stimmrechtsträger und Versammlungsleiter ist das praktisch ausgeschlossen. Bei kollusivem Zusammenwirken zwischen Stimmrechtsträger und Versammlungsleiter fände § 117 BGB, nicht § 116 S. 2 BGB Anwendung.²⁸⁰

Es reicht für die Anwendung des § 116 S. 2 BGB demnach bereits aus, wenn ausschließlich der Versammlungsleiter den geheimen Vorbehalt durchschaut, denn dann wird seine Kenntnis dem Verband gem. § 166 I BGB zugerechnet, und er kann die Unwirksamkeit der Stimmabgabe für die Feststellung oder Kundgabe des Abstimmungsergebnisses auch berücksichtigen.²⁸¹

Fehlt ein Versammlungsleiter, sind alle auf der Versammlung anwesenden Gesellschafter organschaftliche Empfangsvertreter des Verbandes.²⁸² Da dem Verband nicht bereits das Wissen eines einzelnen Mitglieds der Gesellschafterversammlung zugerechnet wird, sondern eine Wissenszurechnung Kenntnis aller anwesenden Organwalter erfordert,²⁸³ greift § 116 S. 2 BGB bei Fehlen eines Versammlungsleiters nur, wenn alle anwesenden Mitgesellschafter Kenntnis

²⁷⁹ Anders nach ganz h. M. z. B. bei amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen, in denen die Behörde nur formalrechtlich Empfänger der Erklärung ist, vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster* § 117 Rn. 7; anschaulich *Staudinger/Singer* § 116 Rn. 12, nach dem es keine Rolle spiele, ob z. B. der Empfänger der Erbschaftsausschlagung, also der Rechtspfleger, den Vorbehalt durchschaut. Aus den dargelegten Gründen ist diese Wertung auf die Stimmabgabe jedoch nicht übertragbar, a. A. aber MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 38, der für die Stimmabgabe gerade auf die Ausführungen zu amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen verweist.

²⁸⁰ Vgl. auch MüKo-BGB/*Armbrüster* § 117 Rn. 9, nach dem sich die Täuschungsabsicht des Erklärenden bei der Mentalreservation gegen den Erklärungsempfänger richte, bei § 117 I BGB sollen hingegen regelmäßig Dritte getäuscht werden.

²⁸¹ Ebenso: *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 296 f.; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 35.

²⁸² Nachweise siehe Fn. 76.

²⁸³ Siehe § 2 1. Teil D) I. Gesellschafter.

vom geheimen Vorbehalt haben.²⁸⁴ Liegt dieser Fall vor, besteht in der Anwendung des § 116 S. 2 BGB aber kein Wertungswiderspruch, der über die Zweifel an dem Regelungsinhalt der Norm in ihrem sonstigen Anwendungsbereich²⁸⁵ hinausgeht.

Haben alle Organwalter Kenntnis, so ist die Stimmabgabe auch dann nach § 116 S. 2 BGB nichtig, wenn der Versammlungsleiter keine Kenntnis hat. Dem wurde teilweise die drohende Gefahr falscher Ergebnisfeststellung durch den Versammlungsleiter entgegengehalten, weswegen es auf die Kenntnis aller anderen Organwalter nicht ankomme, sondern einzig auf die des Versammlungsleiters.²⁸⁶ Erstens greifen diese Bedenken aber ohnehin nur, wenn die Beschlussfeststellung konstitutive Wirkung entfaltet. Zweitens besteht bei Kenntnis aller anwesenden Organwalter auch die Möglichkeit, den Versammlungsleiter aufzuklären.²⁸⁷ Die Gesellschafter haben es also selbst in der Hand, eine korrekte Beschlussfeststellung zu gewährleisten. Die Gefahr einer fehlerhaften Beschlussfeststellung ist deswegen hinzunehmen.

2. Scheingeschäft (§ 117 BGB)

Bezüglich § 117 I BGB gleichen die mit Blick auf die Stimmabgabe geäußerten Bedenken denen zu § 116 S. 2 BGB.²⁸⁸ Anders als bei § 116 S. 2 BGB wird eine Verständigung zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger im Falle des § 117 I BGB aber tatsächlich die Regel sein. Andernfalls könnte der Erklärende

²⁸⁴ I. E. gleich v. *Thur*, BGB-AT, S. 516.

²⁸⁵ § 116 S. 2 BGB wird teilweise als rechtspolitisch verfehlt angesehen, da es nicht einleuchte, denjenigen zu schützen, der bewusst eine falsche Erklärung abgibt, siehe z. B.: *MüKo-BGB/Armbrüster* § 116 Rn. 8; andere verneinen mit verschiedener Begründung den Wertungswiderspruch, siehe z. B.: *Flume*, BGB-AT II, S. 403, nach dem der offen gewordene Vorbehalt der *protestatio facto contraria* für die rechtliche Wertung nicht gleich stehe; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 593, nach dem eine Mentalreservation nicht zwingend auf böser Absicht beruhe; *Staudinger/Singer* § 116 BGB Rn. 1, nach dem § 116 S. 1 BGB eine Vertrauenshaftung begründe, für die es bei mangelndem Vertrauen des Erklärungsgegners keinen Grund mehr gebe. Eine teleologische Reduktion wird angesichts der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung aber soweit ersichtlich von niemandem befürwortet, ein eventueller Wertungswiderspruch ist also jedenfalls hinzunehmen. Für die Stimmabgabe kann diesbezüglich nichts anderes gelten.

²⁸⁶ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 296 f.

²⁸⁷ Ähnlich schon für die Zurechnung des Wissens der übrigen Gesellschafter bei Nichtwissen des Versammlungsleiters unter § 2 1. Teil D) I. Gesellschafter.

²⁸⁸ Für Nachweise vgl. die in Fn. 276 genannten Autoren jeweils a. a. O.

kaum mit der Kenntnis und dem Einverständnis des Erklärungsempfängers bezüglich der Nichtgeltung der Willenserklärung rechnen. Beabsichtigen die Parteien durch das Scheingeschäft die Täuschung eines auf das Geschäft vertrauenden Dritten kommt eine teleologische Reduktion der Vorschrift in Betracht und § 116 S. 1 BGB könnte in entsprechender Anwendung zur Wirksamkeit der Willenserklärung führen.²⁸⁹ Teilweise wird sogar noch weitergehend gefordert, § 117 I BGB immer schon dann nicht anzuwenden, wenn derjenige, der den Einwand der Nichtigkeit erhebt, die Gültigkeit des Geschäfts in irgendeiner Form nach außen kundgetan hat.²⁹⁰ Andere Stimmen in der Literatur lehnen die teleologische Reduktion des § 117 I BGB wegen des klaren Gesetzeswortlauts und des historischen Willens des Gesetzgebers in der beschriebenen Fallkonstellation ab – dem Dritten stehen dann allenfalls Schadensersatzansprüche, etwa aus § 826 BGB oder § 280 I, 241 II BGB zu.²⁹¹

Oberstes Gebot der Auslegung ist die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers.²⁹² Entscheidende Bedeutung kommt dabei richtigerweise nicht dem Wortlaut der Norm, sondern ihrem Sinn und Zweck zu.²⁹³ Zur Ermittlung der Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion ist zuerst danach zu fragen, ob der Gesetzgeber die konkrete Konfliktsituation bei Schaffung der Norm im Blick gehabt hat.²⁹⁴ Dies ist bezüglich des Schutzes gutgläubiger Dritter im Rahmen des § 117 BGB der Fall. Andeutungsweise lässt sich das schon den Motiven der ersten Kommission²⁹⁵, insbesondere aber aus den Protokollen der zweiten Kommission zum BGB entnehmen. Dort heißt es wörtlich: „Es empfehle sich nicht, den Schutz des guten Glaubens zu einem allgemeinen Rechtsprinzip zu erheben, zumal dadurch die Begründung der möglichst zu vermeidenden relativen

²⁸⁹ *Flume*, BGB-AT II, S. 410 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 599; sehr ausführlich *Staudinger/Singer* § 117 BGB Rn. 23 ff.; mit ähnlichem Ergebnis: *BeckOK-BGB/Wendtland* § 117 Rn. 18, nach welchem dem absichtlich Getäuschten die Arglistenrede zustehe.

²⁹⁰ *MüKo-BGB/Armbrüster* § 117 Rn. 25.

²⁹¹ Vgl. *Erman/Arnold* § 117 BGB Rn. 10; *Bork*, BGB-AT, Rn. 808; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 40 Rn. 21 ff.

²⁹² *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 720 f.

²⁹³ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 725 ff.

²⁹⁴ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 848.

²⁹⁵ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 459.

Rechtsverhältnisse begünstigt werde.“²⁹⁶ Obwohl im Vergleich zu § 116 S. 2 BGB eine höhere Rechtsmissbrauchsgefahr besteht, sollte eine teleologische Reduktion der Vorschrift somit unterbleiben.²⁹⁷ Unter dieser Prämisse findet § 117 I BGB vollständig Anwendung. Unter den Voraussetzungen des § 123 BGB können Mitgesellschafter ihre eigene Stimmabgabe aber ggf. anfechten, wenn die verlautbarte Stimmabgabe kausal für die Abgabe ihrer eigenen Stimmabgabe war.²⁹⁸ Ansonsten bleiben gutgläubigen Dritten nur eventuelle Schadensersatzansprüche.²⁹⁹

Für das Einverständnis im Sinne des § 117 I BGB kommt es zunächst auf den Versammlungsleiter an.³⁰⁰ Zwar ist der Versammlungsleiter als Empfangsvertreter grundsätzlich nur zur Entgegennahme der Stimmabgabe und nicht zur Abgabe von rechtserheblichen Erklärungen im Namen der Gesellschaft befugt, für das Vorliegen des Einverständnisses i. S. d. § 117 I BGB, welches nach allgemeiner Ansicht keine Willenserklärung darstellt sondern faktischer Natur ist,³⁰¹ kommt es aber auch im sonstigen Anwendungsbereich der Vorschrift immer auf den Vertreter an³⁰². Fehlt ein Versammlungsleiter, muss das Einverständnis i. S. d. § 117 I BGB bei allen übrigen anwesenden Organwaltern vorliegen.³⁰³ Ist

²⁹⁶ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 711. Weiter heißt es auf S. 711 f.: „Insofern sich [...] noch in einzelnen Fällen [...] ein besonderes Bedürfnis ergeben [sic!], so werde sich durch Spezialvorschriften Abhilfe schaffen lassen.“

²⁹⁷ A. A. *Flume*, BGB-AT I 2, S. 250, jedenfalls solange der Beschluss kein „bloßes Interim“ bleibe.

²⁹⁸ Detailliert zur Anfechtbarkeit der Stimmabgabe wegen arglistiger Täuschung siehe § 2 2. Teil B) II. 1. Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung (§ 123 BGB).

²⁹⁹ Siehe Nachweise in Fn. 291.

³⁰⁰ A. A. *Flume*, BGB-AT I 2, S. 250, der das Einverständnis aller an der Stimmabgabe beteiligten Personen fordert und das Einverständnis des Versammlungsleiters oder Vorstands gerade nicht ausreichen lässt.

³⁰¹ RGZ 134, 33, 37; BGHZ 144, 331, 333; BGH NJW 1999, 2882; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 117 Rn. 8; Staudinger/*Singer* § 117 BGB Rn. 7; Erman/*Arnold* § 117 BGB Rn. 7.

³⁰² Vgl. RGZ 134, 33, 36 f.; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 117 Rn. 11; Erman/*Arnold* § 117 BGB Rn. 7; Staudinger/*Singer* § 117 BGB Rn. 8; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 117 Rn. 9.

³⁰³ Anders als in den Fällen sonstiger Gesamtvertretung reicht hier nicht das Einverständnis lediglich eines Vertreters, sondern parallel zur Wissenszurechnung ist das Einverständnis aller Empfangsvertreter erforderlich. Vgl. zur Wissenszurechnung § 2 1. Teil D) I. Gesellschafter. Dazu, dass in sonstigen Fällen der Gesamtvertretung regelmäßig das Einverständnis nur eines Vertreters ausreicht: MüKo-BGB/*Armbrüster* § 117 Rn. 11; Erman/*Arnold* § 117 BGB Rn. 7; Staudinger/*Singer* § 117 Rn. 8.

das der Fall, spricht auch in diesem Falle nichts gegen die Anwendung des § 117 I BGB. Erneut reicht es aus, wenn alle Gesellschafter, nicht aber ein tatsächlich vorhandener Versammlungsleiter Kenntnis haben und mit der Scheinerklärung einverstanden sind.

Gem. § 117 II BGB finden, wenn durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt wird, die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung. Die Vorschrift ist trotz ihres Bezugs auf Rechtsgeschäfte auf die Stimmabgabe als nicht rechtgeschäftliche Willenserklärung³⁰⁴ anwendbar. Stimmt ein Gesellschafter also mit Ja und weiß der Versammlungsleiter absprachebedingt, dass der Gesellschafter eigentlich mit Nein stimmen will, muss er die Stimme als Neinstimme zählen.³⁰⁵ Besonderheiten können sich ergeben, wenn für die Stimmabgabe eine bestimmte Form vorgesehen ist. Dann ist nach § 117 II BGB zu fragen, ob diese Form für die verdeckte Stimmabgabe gewahrt ist, andernfalls kann diese nach Maßgabe des § 125 BGB nichtig sein.³⁰⁶

3. Mangel der Ernstlichkeit (§ 118 BGB)

Bezüglich § 118 BGB gelten keine Besonderheiten für die Stimmabgabe. Ein allgemeiner Streit herrscht um die Frage, welche Rechtsfolgen sich daran knüpfen, wenn der Erklärende erkennt, dass der Erklärungsempfänger die Erklärung entgegen seiner Erwartung ernstnahm. Teile der Literatur betrachten den Erklärenden als zur Aufklärung des Irrtums verpflichtet, andernfalls sich die Scherzerklärung zu einer Mentalreservation wandle, sie also gem. § 116 S. 1 BGB analog wirksam werde.³⁰⁷ Andere verwehren ihm die Berufung auf die Nichtigkeit aus Treu und Glauben, die unterlassene Aufklärung stehe dann der erneuten Abgabe unter Mentalreservation gleich.³⁰⁸ Beide Auffassungen kennzeichnet ein Problem: Die Erklärung ist zunächst gem. § 118 BGB unwirksam und wird nach

³⁰⁴ Siehe Nachweise in Fn. 31.

³⁰⁵ Vgl. *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 36, der § 117 II BGB aber nur analog anwenden will.

³⁰⁶ Zur möglichen Formnichtigkeit des verdeckten Rechtsgeschäfts: *MüKo-BGB/Armbrüster* § 117 Rn. 27; *Palandt/Ellenberger* § 117 BGB Rn. 8; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 117 Rn. 21; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 40 Rn. 19.

³⁰⁷ *Flume*, BGB-AT II, S. 414; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 604.

³⁰⁸ *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 40 Rn. 13; zustimmend: *Palandt/Ellenberger* § 118 BGB Rn. 2.

Ablauf einer für die Aufklärungen angemessenen Zeit ex nunc wirksam.³⁰⁹ Daraus resultiert Rechtsunsicherheit, es könnte beispielsweise für die Stimmabgabe darauf ankommen, ob sie bereits vor oder erst nach Beschlussfeststellung nach § 116 S. 1 BGB analog wirksam geworden ist – je nach dem wäre die Beschlussfeststellung dann fehlerfrei oder mangelhaft. Das Ergebnis hinge letztlich nur vom Zufall, nämlich davon ab, wann der Stimmrechtsträger die vom Erklärungsgegner verkannte Scherzhaftigkeit seinerseits erkennt. Nach überzeugender dritter Ansicht findet eine Einschränkung des § 118 BGB hinsichtlich der klaren gesetzgeberischen Entscheidung und den unsicheren Rechtsfolgen der anderen Ansichten deswegen nicht statt.³¹⁰

Auf das „misslungene Scheingeschäft“, wenn also Kenntnis, nicht aber Einverständnis des Erklärungsgegners bezüglich des Willensvorbehalts vorliegt, findet § 118 BGB analoge Anwendung.³¹¹

³⁰⁹ Vgl. Erman/*Arnold* § 118 BGB Rn. 5.

³¹⁰ Erman/*Arnold* § 118 BGB Rn. 5; Staudinger/*Singer* § 118 BGB Rn. 8, der zutreffend darauf hinweist, dass eine Aufklärungspflicht zu einer Gleichstellung mit der in § 119 BGB vorgesehenen Anfechtungsobliegenheit führe, die für § 118 BGB aber gerade nicht vorgesehen ist.

³¹¹ RGZ 168, 204, 205; BGHZ 144, 331,334; *Flume*, BGB-AT II, S. 414; Staudinger/*Singer* § 118 Rn. 7. Bezüglich gutgläubiger Dritter gilt das auch im Falle des misslungenen Scheingeschäfts natürlich nur, wenn man die teleologische Reduktion des § 117 I BGB in diesen Fällen ablehnt, siehe nur Staudinger/*Singer* a. a. O.

II. Anfechtung (§§ 119–124, 142–144 BGB)

1. Anfechtungsgründe

Die Anfechtungsgründe der §§ 119 I, II, 120, 123 BGB gelten auch für die Stimmabgabe.³¹² Während sich §§ 119 I, 120 BGB auf den Fall des abweichenden objektiven Erklärungsinhalts vom subjektiven Geschäftswillen beziehen,³¹³ regeln §§ 119 II, 123 I BGB die Fälle der ausnahmsweise beachtlichen Fehler bei der Willensbildung³¹⁴. Dementsprechend werden zuerst die §§ 119 I, 120 BGB und danach die §§ 119 II, 123 I BGB behandelt. Anfechtbar sind – abgesehen vom Sonderfall der Stellvertretung³¹⁵ – nur eigene Willenserklärungen des Erklärenden.³¹⁶ Bezieht sich der Willensmangel also auf einen außerhalb der eigenen Erklärung liegenden Umstand, ist die eigene Erklärung nur anfechtbar, wenn sie mit der Fehlerquelle korrespondiert und sich der Fehler deswegen auch in der eigenen Erklärung wiederfindet.³¹⁷

³¹² BGHZ 14, 264, 267; OLG München WM 1984, 260, 262; MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 38; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 152 f.; *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 318; *Bork/Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 16; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 37; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 16; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 23; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 249 f.; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 55; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 67; *RvWH/Haas* § 119 HGB Rn. 9a; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 20; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 180; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 18; *UHL/Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 18; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluß, S. 134; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 21; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 24; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 74; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 21; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 18; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 36 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, S. 310; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 8; *Zöllner*, Schranken, S. 364.

³¹³ *Bork*, BGB-AT, Rn. 824; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 8, 51.

³¹⁴ *Bork*, BGB-AT, Rn. 824; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 2.

³¹⁵ Dort steht das Anfechtungsrecht dem Vertretenen zu, dem die Erklärung des Vertreters allerdings als eigene zugerechnet wird, § 164 I 1 BGB. Für Nachweise siehe nur: *Flume*, BGB-AT II, S. 561; *Erman/Maier-Reimer* § 164 BGB Rn. 20; *BeckOK-BGB/Schöne* § 164 Rn. 36; MüKo-BGB/*Schubert* § 164 Rn. 230.

³¹⁶ *Bork*, BGB-AT, Rn. 822; *Flume*, BGB-AT II, S. 419; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 716.

³¹⁷ *Bork*, BGB-AT, Rn. 822; *Flume*, BGB-AT II, S. 419 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 749.

a) Inhaltsirrtum (§ 119 I Var. 1 BGB)

Bei einem Inhaltsirrtum nach § 119 I Var. 1 BGB wählt der Erklärende das von ihm gewünschte Erklärungszeichen, verkennt aber dessen Bedeutung.³¹⁸ Bei der Stimmabgabe wäre dies z. B. bei Anwendung der Subtraktionsmethode³¹⁹ denkbar, wenn der Stimmrechtsträger davon ausgeht, sein Schweigen würde als Nein-Stimme gewertet, zuvor aber vereinbart wurde, ein Schweigen gelte als Ja-Stimme. Der Stimmrechtsträger kann auch den Beschlussantrag missverstehen, z. B. eine negative Antragsformulierung übersehen. In diesem Fall kann der Gesellschafter nicht etwa den Beschlussantrag anfechten, da nur eigene Erklärungen anfechtbar sind. Der tatsächliche, objektive Inhalt des Beschlussantrags wird jedoch zum objektiven Inhalt seiner eigenen Erklärung, der (positiven) Stimmabgabe, wovon sein subjektiver Geschäftswille divergiert.³²⁰ In beiden genannten Fällen liegt somit ein Anfechtungsgrund nach § 119 I Var. 1 BGB vor. Nicht zur Anfechtung berechtigt hingegen der sogenannte Rechtsfolgenirrtum.³²¹ Geht ein Gesellschafter z. B. bei einer Beschlussfassung, die von Gesetzes wegen Einstimmigkeit erfordert, davon aus, trotz seiner Nein-Stimme könnten die übrigen Gesellschafter den Beschluss mit einfacher Mehrheit zu Stande bringen, irrt er nicht über die inhaltliche Bedeutung seiner Nein-Stimme, sondern über deren rechtliche Implikationen. Eine Anfechtung scheidet dann aus.

Nach § 119 I BGB anfechten kann nur, wer die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.“ Umschrieben ist damit das Erfordernis der Kausalität zwischen Irrtum und Erklärung.³²² Aufgeteilt wird die Kausalitätsprüfung in einen subjektiven

³¹⁸ *Bork*, BGB-AT, Rn. 840; *Flume*, BGB-AT II, S. 457; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 745; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 43.

³¹⁹ Zur Subtraktionsmethode siehe Text zu und Nachweis in Fn. 551.

³²⁰ Vgl. BGH MDR 1973, 653; *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 338.

³²¹ BGHZ 134, 152, 155 f.; 177, 62, 66; *Bork*, BGB-AT, Rn. 831; mit ausführlicher Darstellung der häufig problematischen Abgrenzung zum Inhaltsirrtum *Flume*, BGB-AT II, S. 465 ff.; zu den Abgrenzungsschwierigkeiten auch *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 751, nach welchem die Abgrenzungsproblematik „noch nicht überzeugend gelöst“ sei; vgl. ebenso zur Abgrenzung BGHZ 168, 210, 218, wo die Anfechtung wegen Rechtsfolgenirrtums nicht generell ausgeschlossen, sondern von Schwere und Bezugspunkt des Irrtums abhängig gemacht wird.

³²² BGH NJW 2015, 2729; *Bork*, BGB-AT, Rn. 832; *Flume*, BGB-AT II, S. 420 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 773; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 33.

Teil – hätte der Erklärende die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben? – und einen objektiven Teil – hätte auch ein objektiver Dritter bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben?³²³

Vereinzelte wird verlangt, im Falle der Verfolgung von Sonderinteressen eine Anfechtung nicht zuzulassen, da dies dem Gesellschaftsinteresse widerspreche.³²⁴ Zur Veranschaulichung soll folgender Beispielfall³²⁵ dienen:

Zur Abstimmung steht der Kauf des Grundstücks X. Gesellschafter A stimmt in der Ansicht es handele sich um das Grundstück Y für den Kauf. Bei Darlegung des Anfechtungsgrundes wird offenbar, dass A nur für das Grundstück Y stimmen wollte, weil es sich dabei um das Nachbargrundstück seines privaten Grundstücks handelt und er sich vom Kauf eine Wertsteigerung seines Grundstücks erhoffte.

Nach der genannten Ansicht könnte Gesellschafter A seine Stimmabgabe wegen der Verfolgung von Sonderinteressen nicht anfechten. Erstens kann eine solche Einschränkung aber – wenn überhaupt – nur für Bereiche gelten, in denen die Ausübung des Stimmrechts von der Treuepflicht determiniert wird.³²⁶ Darf der Gesellschafter hingegen frei von seinem Stimmrecht Gebrauch machen, ist der Einschränkung der Anfechtung wegen der Verfolgung von Sonderinteressen der Boden entzogen, denn dann ist ihm nichts vorzuwerfen. Zweitens lässt sich aus dem Umstand, dass die ursprüngliche Stimmabgabe von Sonderinteressen geleitet wurde, nicht ableiten, in welcher Weise der Stimmrechtsträger unter Zugrundelegung des Gesellschaftsinteresses von seinem Stimmrecht Gebrauch gemacht hätte.³²⁷ Ihn an der Stimmabgabe festzuhalten, wie sie nur rein zufällig wegen eines Irrtums zustande gekommen ist, hilft der Gesellschaft auch nicht weiter. Dem Gesellschaftsinteresse entspricht es vielmehr, die Anfechtung zuzulassen

³²³ Bork, BGB-AT, Rn. 833 f.; Medicus/Petersen, BGB-AT, Rn. 773; Wolf/Neuner, BGB-AT, § 41 Rn. 33.

³²⁴ Heck in: Festschrift Gierke, S. 338 f.; Vormbaum, Beschluß und das Abstimmen, S. 48 f.; Heck zustimmend: Jüdel, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 76.

³²⁵ Mit geringfügigen Abweichungen übernommen von Heck in: Festschrift Gierke, S. 338 f.

³²⁶ Also insbesondere bei Geschäftsführungsbeschlüssen, für Nachweise siehe Fn. 245.

³²⁷ Ähnlich wohl Bartholomeyczik, AcP 144 (1938), 287, 319, der darauf abstellt, dass jedenfalls auch die Enthaltung eine valide Option des Abstimmenden gewesen wäre, deren Rechtswirkungen ja von der Anfechtung gerade herbeigeführt würden.

und dementsprechend zu ermitteln, ob der Beschluss ohne Berücksichtigung der angefochtenen Stimme noch von der erforderlichen Mehrheit getragen wird. Nur dann kann die Gesellschaft schließlich davon ausgehen, dass der Beschluss von einer ausreichenden Mehrheit an Gesellschaftern unter Zugrundelegung des Gesellschaftswohls gefasst wurde.³²⁸ Eventuelle Schäden hat der Anfechtende nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften zu ersetzen.³²⁹ Ein Anspruch aus der gesellschaftlichen Treuepflicht auf erneute Beschlussfassung unter Einbeziehung seiner Stimme³³⁰ wird dem so anfechtenden Gesellschafter in der Regel nicht zustehen, da er durch sein Verhalten bereits offenbart hat, dass er von seinem Stimmrecht im konkreten Fall ohnehin nicht im Sinne der Gesellschaft Gebrauch zu machen gedenkt. Die Anfechtung sollte deswegen selbst in diesen Fällen ohne weitere Einschränkungen zugelassen werden. In gravierenden Fällen werden unter Verfolgung von Sonderinteressen abgegebene Stimmabgaben ohnehin bereits wegen Verstoßes gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht nichtig sein.³³¹

b) Erklärungsirrtum (§ 119 I Var. 2 BGB)

Bei einem Erklärungsirrtum nach § 119 I Var. 2 BGB wählt der Erklärende versehentlich bereits ein falsches Erklärungszeichen.³³² Für die Stimmabgabe

³²⁸ Die Gefahr der nicht am Gesellschaftswohl ausgerichteten Beschlussfassung sieht – allerdings im Kontext der arglistigen Täuschung – auch *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 343, zieht daraus allerdings nicht die Konsequenz, die Anfechtung zuzulassen.

³²⁹ Siehe dazu detailliert § 2 2. Teil B) II. 5. Schadensersatz wegen erfolgter Anfechtung.

³³⁰ Ein solcher Anspruch kann bestehen, wenn die Anfechtung einer Stimmabgabe noch nicht zu einer Veränderung des Beschlussergebnisses führt, der Stimmrechtsträger aber bei entgegengesetztem Gebrauch seines Stimmrechts einen gegenteiligen Beschluss hätte herbeiführen können, siehe § 2 2. Teil B) II. 5. Nachholung der Stimmabgabe bzw. der Beschlussfassung.

³³¹ Zur Nichtigkeit der Stimmabgabe wegen Verstoßes gegen die Treuepflicht siehe die Nachweise in Fn. 234. Es kann aber nicht pauschal von der Nichtigkeit der Stimmabgabe ausgegangen werden, denn die vom Gesellschafter in egoistischer Weise abgegebene Stimme kann schließlich trotzdem zugleich dem Gesellschaftswohl entsprechen, wenn auch bei Zugrundelegung des Gesellschaftsinteresses die Stimmabgabe in bezeichneter Weise vertretbar gewesen wäre. So ähnlich *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 171, der darin die Begründung dafür sieht, warum ein Gesellschafter nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen werden soll, obwohl seine Sonderinteressen mit denen der Gesellschaft zu kollidieren drohen. Zur Anfechtbarkeit bereits aus anderem Grunde nichtiger Stimmabgaben siehe § 2 2. Teil B) II. 4. Nichtige Stimmabgaben.

³³² *Bork*, BGB-AT, Rn. 840; *Flume*, BGB-AT II, S. 450 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 746; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 38.

kommt dieser Irrtum z. B. in Betracht, wenn sich der Stimmrechtsträger verspricht, sich bei der Abstimmung mit Stimmrechtskarten vergreift oder sich bei der Abstimmung mit Hilfe elektronischer Fernbedienungen vertippt.³³³

Nach herrschender Meinung liegt auch im Falle des fehlenden Erklärungsbewusstseins ein Irrtum im Sinne des § 119 I Var. 2 BGB (analog) vor, jedenfalls soweit der objektiv etwas Rechtserhebliches Erklärende den objektiven Schein seines Verhaltens als Erklärung fahrlässig verkennt.³³⁴ Übertragen auf die Stimmabgabe bedeutet dies: Verkennt der Stimmrechtsträger fahrlässig, dass sein Verhalten vom Empfangsvertreter des Verbands als Stimmabgabe verstanden werden muss, obwohl er tatsächlich gar nichts erklären will, hat er seine Stimme abgegeben, kann sie aber nach § 119 I Var. 2 BGB (analog) anfechten.

Auch für § 119 I Var. 2 BGB muss die Kausalität des Irrtums für die Stimmabgabe bestehen.³³⁵ Stimmabgabenspezifische Besonderheiten bestehen nicht.

c) Anfechtbarkeit wegen falscher Übermittlung (§ 120 BGB)

Für § 120 BGB gelten für die Stimmabgabe keine Besonderheiten. Anwendung könnte er zum Beispiel bei der Stimmabgabe per Erklärungsboten finden,³³⁶ aber auch dann, wenn etwa eine technische Einrichtung auf der Gesellschafterversammlung zur Übermittlung der Stimmen verwendet wird und diese fehlerhaft funktioniert³³⁷.

³³³ Vgl. MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 28.

³³⁴ BGHZ 91, 324, 329 f.; 109, 171, 177; 152, 63, 70; 184, 35, 40; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 119 Rn. 97, 101; Palandt/*Ellenberger* Einführung vor § 116 BGB Rn. 17; *Flume*, BGB-AT II, S. 449 f., allerdings nicht konkludent möglich; *Soergel/Hefermehl* Vor. § 116 BGB Rn. 13 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 607 f.; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 133 Rn. 6; weitergehend, nämlich nicht einmal ein Verschulden des Erklärenden voraussetzend: *Erman/Arnold* Vorbemerkung zu §§ 116 ff. BGB Rn. 16 f.; sehr ausführlich auch *Musielak*, AcP 211 (2011), 769 ff., insbesondere S. 791 ff. und S. 800 f. A. A. siehe nur *Staudinger/Singer* Vorbemerkungen zu §§ 116–144 BGB Rn. 37 ff., der schon das Vorliegen einer Willenserklärung in solchen Fällen verneint; ebenso: *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 32 Rn. 19 ff., § 41 Rn. 47.

³³⁵ *Bork*, BGB-AT, Rn. 840; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 32.

³³⁶ Vgl. *Flume*, BGB-AT II, S. 456 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 747; zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Stimmabgabe per Bote siehe § 2 2. Teil G) Exkurs zur Botenschaft.

³³⁷ Vgl. etwa BGH NJW 2005, 976, 977 bei „Verfälschung des ursprünglich richtig Erklärten auf dem Weg zum Empfänger durch eine unerkannt fehlerhafte Software“; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 41.

d) Eigenschaftsirrtum (§ 119 II BGB)

Gem. § 119 II BGB gilt als Irrtum über den Inhalt einer Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Der Irrtum über die Person muss sich nicht auf den Erklärungsgegner, sondern kann sich auch auf einen Dritten beziehen.³³⁸ Anerkanntermaßen ist der Begriff „Sache“ im Rahmen des § 119 II BGB nicht technisch zu verstehen, gemeint ist der Geschäftsgegenstand, nicht nur körperliche Gegenstände im Sinne des § 90 BGB.³³⁹ Geschäftsgegenstand der Stimmabgabe ist der Beschlussgegenstand. Wer für einen Beschluss stimmt, macht sich dessen Gegenstand zu eigen, wer dagegen stimmt, drückt damit aus, den Beschlussgegenstand in dieser Form nicht zu wollen.³⁴⁰ Der Eigenschaftsirrtum kann sich bei der Stimmabgabe nur auf den Beschlussgegenstand beziehen,³⁴¹ nicht auf die Stimmabgabe als solche oder den Beschluss als solchen. Auch bei Vertragserklärungen bezieht sich der Eigenschaftsirrtum schließlich auf den Vertragsgegenstand, nicht auf die Angebots- oder Annahmeerklärung oder auf das Vorliegen eines Vertrags insgesamt.³⁴² Unter einer Eigenschaft versteht man jeden prägenden, bei Sachen jeden wertprägenden Faktor.³⁴³ Eigenschaften müssen der Person oder Sache unmittelbar anhaften, sie nicht nur mittelbar beeinflussen.³⁴⁴ Verkehrswesentlich ist eine Eigenschaft, wenn auf sie „im Rechtsverkehr bei Geschäften dieser Art unter den konkreten Umständen typischerweise entscheidender Wert gelegt wird.“³⁴⁵ Das Rechtsgeschäft muss sich aber richtigerweise nicht gerade auf die jeweilige Eigenschaft beziehen oder dem Geschäft zugrunde

³³⁸ Erman/*Arnold* § 119 BGB Rn. 37; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 772.

³³⁹ RGZ 149, 235, 238; BGH BB 1952, 330; *Bork*, BGB-AT, Rn. 845; *Flume*, BGB-AT II, S. 481 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 771; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 56.

³⁴⁰ Vgl. *Bartholomeyczik*, Die Stimmabgabe, S. 1; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 58; *Winnefeld*, DB 1972, 1053; *Zöllner*, Schranken, S. 358.

³⁴¹ Ebenso: *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 337 f.

³⁴² Vgl. *Bork*, BGB-AT, Rn. 845.

³⁴³ *Bork*, BGB-AT, Rn. 845; vgl. auch RGZ 21, 311; BGHZ 16, 54, 57; 70, 47, 48; 88, 240, 245; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 56.

³⁴⁴ Vgl. RGZ 149, 235, 238; BGHZ 70, 47, 48; *Bork*, BGB-AT, Rn. 845; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 56.

³⁴⁵ *Bork*, BGB-AT, Rn. 846; mit ähnlicher Formulierung: *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 60 ff.

gelegt sein.³⁴⁶ Das ermittelte Ergebnis muss mit den Wertungen der Gesamtrechtsordnung im Einklang stehen, d.h. eine Eigenschaft, „die von Gesetzes wegen oder nach der Sittenordnung als Differenzierungskriterium missbilligt wird, darf nicht zu einer Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 legitimieren.“³⁴⁷ Auch nach § 119 II BGB ist die Anfechtung darüber hinaus nur zulässig, soweit der Irrtum über die verkehrswesentliche Eigenschaft auch subjektiv kausal für die Abgabe der Willenserklärung war und ein objektiver Dritter sie bei verständiger Würdigung des Falles ebenfalls nicht abgegeben haben würde.³⁴⁸

In Betracht kommt ein Eigenschaftsirrtum für die Stimmabgabe unter anderem bei Geschäftsführungsbeschlüssen und Organwahlen. Entscheidet die Gesellschafterversammlung beispielsweise über den Kauf eines Grundstücks, schlägt jede Vorstellung der einzelnen Gesellschafter über die verkehrswesentlichen Eigenschaften dieses Grundstücks auf seine Stimmabgabe durch. Denn wenn der Beschlussantrag lautet das Grundstück X mit den Eigenschaften A, B und C zum Preis Z zu erwerben, drückt eine positive Stimmabgabe aus, dass der Gesellschafter dafür ist, die Geschäftsführung zu veranlassen, das Grundstück X mit den bezeichneten Eigenschaften zu besagtem Preis zu erwerben. Eine negative Stimmabgabe drückt aus, dass der Gesellschafter ein Tätigwerden der Geschäftsführung zum Erwerb des Grundstücks mit diesen Eigenschaften zu diesem Preis nicht wünscht. Stellt sich die Vorstellung des Gesellschafters über eine der Eigenschaften A, B oder C als falsch heraus oder stellt sich eine weitere Eigenschaft D heraus, wirkt sich dieser Irrtum unmittelbar auf die Stimmabgabe – und nicht etwa erst auf das Ausführungsgeschäft³⁴⁹ – aus.

³⁴⁶ So aber die ganz h. M.: RGZ 64, 266, 269; BGHZ 16, 54, 57; 88, 240, 246; *Flume*, BGB-AT II, S. 472 ff., 487 ff.; diesem zustimmend *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 770; *Staudinger/Singer* § 119 BGB Rn. 83 f.; wie hier: *Bork*, BGB-AT, Rn. 860 ff.; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 64; tendenziell auch: BGH NJW 1979, 160, 161, der der Frage aber letztlich ausweicht, indem er darauf abstellt, dass es sich von selbst verstehe, dass das Baujahr eines Autos von entscheidender Bedeutung für den Kaufentschluss sei, es einer weiteren Zugrundlegung deswegen nicht bedürfe.

³⁴⁷ *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 67.

³⁴⁸ *Bork*, BGB-AT, Rn. 848; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 33.

³⁴⁹ Zur Auswirkung der Anfechtung der Stimmabgabe auf das Ausführungsgeschäft siehe § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf das Ausführungsgeschäft.

Im Rahmen von Organwahlen sollte idealerweise die fachliche und persönliche Eignung zur Bekleidung des in Frage stehenden Amtes das ausschlaggebende Einflusskriterium bei der Ausübung des Stimmrechts darstellen.³⁵⁰ Befindet sich der Stimmrechtsträger hierüber im Irrtum, kann er seine Stimmabgabe anfechten.³⁵¹ Lässt er sich von sonstigen Kriterien leiten, wird ein Irrtum hierüber regelmäßig wegen der fehlenden Verkehrswesentlichkeit³⁵² oder objektiven Kausalität kein Anfechtungsrecht nach § 119 II BGB gewähren. Zur fachlichen Eignung können z. B. Bildungsabschlüsse, Berufserfahrung oder Sprachkenntnisse zählen, zur persönlichen Eignung z. B. die Geschäftsfähigkeit, das Nichtvorliegen eines Berufsverbots, die Vorstrafenfreiheit oder die fehlende Zugehörigkeit zu einem Konkurrenzunternehmen.³⁵³ Auch diese Merkmale begründen die Anfechtbarkeit jeweils nur unter der Prämisse, dass sie gerade zur Ausübung des konkret in Frage stehenden Postens als verkehrswesentlich angesehen werden und auch von einem Dritten bei verständiger Würdigung des Falles berücksichtigt worden wären.

e) **Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung** **(§ 123 BGB)**

Eine auf Grund widerrechtlicher Drohung abgegebene Stimme ist immer nach § 123 I Var. 2 BGB anfechtbar.³⁵⁴ Komplizierter mit Blick auf die Stimmabgabe

³⁵⁰ *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 318 f., jedoch nur mit Bezug auf die fachliche Eignung.

³⁵¹ Vgl. *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 37.

³⁵² So *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 318 f. mit dem Beispielsfall, dass ein Aktionär seine Stimme zur Vorstandswahl irrtümlicherweise für eine Person abgibt, die nicht der Gesellschaftermehrheit angehört. Die Zugehörigkeit zu einer Aktionärsgruppe als Eigenschaft anzusehen kommt laut *Bartholomeyczik* noch in Betracht, solange dadurch rechtlich bindende Beziehungen geschaffen werden. Da die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Aktionärsgruppe im Verkehr aber nicht als wesentlich für die Eignung zum Vorstand angesehen werde, scheidet eine Anfechtung trotzdem aus.

³⁵³ Die beispielsweise Aufzählung der persönlichen Eignungsmerkmale orientiert sich an § 76 III AktG bzw. § 6 II GmbHG und den Wettbewerbsverboten in § 112 HGB, § 88 AktG. Der Straftatenkatalog in § 76 III 2 Nr. 3 AktG bzw. in § 6 II 2 Nr. 3 GmbHG ist dabei aber für die Übertragung auf die Stimmabgabe bei Beurteilung der Verkehrswesentlichkeit keinesfalls abschließend zu verstehen, so ist z. B. eine Verurteilung nach § 85 GmbHG oder § 404 AktG wegen Verletzung der Geheimhaltungspflicht keine dort aufgezählte Katalogtat, kann aber eine verkehrswesentliche Eigenschaft zur Beurteilung der Eignung einer Person als Geschäftsführer darstellen.

³⁵⁴ *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 320; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 37.

gestaltet sich die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I Var. 1 BGB, insbesondere was die Einschränkungen der Anfechtbarkeit nach § 123 II BGB angeht. Dabei stellt sich erstens die Frage, wer „Dritter“ im Sinne des § 123 II 1 BGB ist, zweitens wann der Verband die Täuschung kennt oder fahrlässig verkennt und drittens ob § 123 II 2 BGB für die Stimmabgabe eine Rolle spielen kann.

aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 123 I Var. 1 BGB

Erforderlich für die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung ist zunächst das Vorliegen einer Täuschungshandlung, die darin besteht, eine Fehlvorstellung über Tatsachen beim zu Täuschenden zu erregen oder aufrechtzuerhalten.³⁵⁵ Ge täuscht werden kann durch Tun oder Unterlassen,³⁵⁶ wobei aber grundsätzlich jeder selbst für das eigene Wissen verantwortlich ist.³⁵⁷ Eine Täuschung durch Unterlassen kommt deshalb nur in Betracht, soweit eine Aufklärungspflicht besteht.³⁵⁸ Eine Aufklärungspflicht besteht nur im Ausnahmefall, nämlich „wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsan schauung redlicherweise die Mitteilung von Tatsachen erwarten durfte, die für die Willensbildung des anderen teils offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind.“³⁵⁹ Für die Stimmabgabe gilt es im Unterschied zum Vertrag aber zu beachten, dass idealerweise nicht der privatautonome Ausgleich widerstrei tender Interessen im Mittelpunkt steht, sondern die Ermittlung des bestgeeigneten Wegs zur Erreichung des Gesellschaftszwecks unter primärer Beachtung des Gesellschaftswohls – jedenfalls in solchen Bereichen, in denen die Stimmrechts träger ihren Stimmrechtsgebrauch an der Treuepflicht auszurichten verpflichtet

³⁵⁵ BGH NJW 1999, 2804, 2806; 2011, 1213, 1214; *Bork*, BGB-AT, Rn. 866; *Flume*, BGB-AT II, S. 541; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 100.

³⁵⁶ *Bork*, BGB-AT, Rn. 866; *Flume*, BGB-AT II, S. 541; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 100.

³⁵⁷ BGH NJW 2010, 3362; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 31; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 105.

³⁵⁸ BGH NJW 2000, 2497, 2498; 2010, 3362; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 30; *Bork*, BGB-AT, Rn. 866; *Flume*, BGB-AT II, S. 541; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 103, 105.

³⁵⁹ BGH NJW 2010, 3362; ähnlich: BGH NJW 2000, 2497, 2498; 2001, 64; 2001, 3331, 3332; 2012, 296, 299; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 31; *Bork*, BGB-AT, Rn. 866; diese allgemeine Formulierung durch Fallgruppen präzisieren wollend *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 105.

sind.³⁶⁰ Um die für die Gesellschaft bestmögliche Entscheidungsfindung zu gewährleisten, haben jedenfalls der Versammlungsleiter und je nach Ausprägung der Treuepflicht unter den Gesellschaftern auch die Mitgeschafter die Aufgabe, vorhandene Wissensdefizite nicht nur nicht zu bestärken, sondern ihnen aktiv entgegenzuwirken. Dementsprechend liegt in von der Treuepflicht stärker determinierten Bereichen eine Täuschung durch Unterlassen bereits dann vor, wenn eine an der Willensbildung beteiligte Person den Irrtum des Stimmrechtsträgers erkennt, diesen trotz Möglichkeit nicht aufklärt und dadurch die Willensbildung der Gesellschaft frei von Willensfehlern gefährdet. Können die Gesellschafter von ihrem Stimmrecht weitgehend im Eigeninteresse Gebrauch machen oder besteht keine starke Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern³⁶¹, sind auch Aufklärungspflichten zwischen den Gesellschaftern mit der im Allgemeinen üblichen Restriktion zu handhaben.

Durch die Täuschung muss ein Irrtum entstehen, wobei es keine Rolle spielt, ob der Getäuschte selbst die Täuschung hätte durchschauen können.³⁶² Der Irrtum seinerseits muss zur Abgabe der anzufechtenden Willenserklärung führen, d.h. es besteht ein doppeltes Kausalitätserfordernis, erstens zwischen Täuschung und Irrtum, zweitens zwischen Irrtum und Abgabe der Willenserklärung.³⁶³ Über den Wortlaut des § 123 I Var. 1 BGB hinaus, muss auch die arglistige Täuschung rechtswidrig erfolgen, was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn der Täuschende auf eine unzulässige Frage nicht wahrheitsgemäß antwortet,³⁶⁴ oder das Gesetz die Lüge gestattet³⁶⁵. Arglistig ist die Täuschung, wenn sie vorsätzlich erfolgt, wobei bedingter Vorsatz ausreicht – der Täuschende muss dabei für

³⁶⁰ Dazu siehe Text zu Fn. 245 ff.

³⁶¹ Das Ausmaß der Treuepflicht unter den Gesellschaftern richtet sich richtigerweise nach der Realstruktur des Verbands, siehe dazu *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 592, in der klassischen AG besteht z. B. richtigerweise regelmäßig keine Aufklärungspflicht zwischen den Aktionären.

³⁶² BGH NJW 1971, 1795, 1798; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 20, 22; *Bork*, BGB-AT, Rn. 870; BeckOK-BGB/*Wendland* § 123 BGB Rn. 37.

³⁶³ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 20; *Bork*, BGB-AT, Rn. 871.

³⁶⁴ *Bork*, BGB-AT, Rn. 873; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 793; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 103.

³⁶⁵ *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 792 mit dem Beispiel des § 53 BZRG.

möglich halten, dass durch die Täuschung ein Irrtum hervorgerufen wird, welcher zur Abgabe der gewünschten Willenserklärung führen könnte.³⁶⁶

bb) Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB

Gem. § 123 II 1 BGB ist die durch einen Dritten verübte Täuschung nur anfechtbar, wenn der Erklärungsgegner die Täuschung kannte oder kennen musste. Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist, wer weder als dessen Hilfsperson oder Vertrauensperson agiert noch wertungsmäßig auf Seiten des Erklärungsempfängers steht.³⁶⁷ Hilfspersonen sind jedenfalls die Vertreter des Erklärungsgegners.³⁶⁸ Aber auch wer in sonstiger Weise „auf der Seite des Erklärungsempfängers mit dessen Zustimmung und in seinem Interesse am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts“ mitwirkt, ist kein Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB.³⁶⁹ Da nach hier vertretener Auffassung als Erklärungsgegner der Stimmabgabe für alle Gesellschaftsformen einzig der Verband fungiert,³⁷⁰ kommt der Frage, wer als Dritter im Sinne der Vorschrift anzusehen ist, besondere Bedeutung zu. Jedenfalls dem Verband zuzurechnen sind Täuschungshandlungen seiner Empfangsvertreter,³⁷¹ also solche des Versammlungsleiters bzw., bei dessen Fehlen, der Gesamtheit der übrigen anwesenden Gesellschafter.³⁷² Anders als bei der Wissenszurechnung muss für eine Zurechnung im Sinne des § 123 II 1 BGB darüber hinaus aber bereits die Täuschung durch nur einen der Mitgesellschafter ausreichen³⁷³ und zwar selbst dann, wenn ein Versammlungsleiter vorhanden ist und die anwesende Gesellschaftergesamtheit deswegen gar nicht als Empfangsvertreter des

³⁶⁶ BGH NJW 1999, 2804, 2806; *Bork*, BGB-AT, Rn. 874; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 454; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 107.

³⁶⁷ BGH NJW 1978, 2144, 2144 f.; 2001, 358 f.; *Bork*, BGB-AT, Rn. 879; *Flume*, BGB-AT II, S. 543 ff.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 801; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 111; vgl. explizit für die Stimmabgabe auch *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 69.

³⁶⁸ BGH NJW 1978, 2144; 1989, 2879, 2880; 2001, 358 f.; *Bork*, BGB-AT, Rn. 879.

³⁶⁹ *Bork*, BGB-AT, Rn. 879.

³⁷⁰ Siehe § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe.

³⁷¹ Ebenso: *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 320.

³⁷² Siehe zur Empfangsvertretung der Gesellschaft durch den Versammlungsleiter oder die Gesamtheit der übrigen anwesenden Gesellschafter bereits § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe.

³⁷³ Vgl. *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 59.

Verbands fungiert.³⁷⁴ Auch beim Vertrag mit mehreren Partnern ist schließlich keiner der Vertragspartner für den Getäuschten Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB.³⁷⁵ Zwar handelt es sich bei der Beschlussfassung nach hier vertretener Auffassung nicht um einen Vertrag,³⁷⁶ wie bei diesem wirken aber alle an der Abstimmung teilnehmenden Gesellschafter auf Seiten des Verbands mit dessen Zustimmung und in seinem Interesse am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts „Beschluss“ mit. Dritter kann aber nur sein, wer am Zustandekommen des Rechtsgeschäfts nicht beteiligt ist.³⁷⁷ Entsprechendes muss sogar für Mitgesellschafter gelten, die von der konkreten Versammlung fernbleiben. Denn zum Prozess der gesellschaftsinternen Willensbildung gehört nicht nur die Abstimmung über den Beschlussantrag selbst, sondern auch die vorherige Willensbildung der einzelnen Gesellschafter auf der Gesellschafterversammlung, etwa durch Diskussion und Einreichung der Beschlussanträge, sowie formlose Meinungs-austausche im Vorfeld der Versammlung.³⁷⁸ Für die Zurechnung zum Verband kann es dann keine Rolle spielen, ob der täuschende Gesellschafter bei der konkreten Abstimmung auch anwesend ist. Andernfalls könnte ein Gesellschafter durch eine Täuschung im Vorfeld ein ihm günstiges Abstimmungsergebnis herbeiführen und das Anfechtungsrecht der so beeinflussten Gesellschafter bezüglich ihrer Stimmabgaben durch fernbleiben von der Versammlung vereiteln.

Für sonstige Gesellschaftsorganwalter, also insbesondere Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder, fällt die Einordnung schwerer. Sie sollten nur dann nicht

³⁷⁴ Vgl. Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 69, der die Täuschung eines anderen Aktionärs zumindest dann ausreichen lassen will, „wenn dieser im entsprechenden Sinne mit abgestimmt hat.“; Hueck, *Das Recht der OHG*, S. 180; Jüdel, *Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften*, S. 77; a. A. aber *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 322; Heck in: *Festschrift Gierke*, S. 339 ff., nach welchem die Schutzwürdigkeit der gutgläubigen Mitgesellschafter schwerer wiege, als die des Getäuschten und der Begriff des Dritten vom Reichsgericht (RGZ 62, 184, 187 f.) falsch ausgelegt, sowie der § 139 BGB falsch angewandt worden sei.

³⁷⁵ Vgl. RGZ 62, 184, 188; BGH NJW 2014, 3296, 3297; Bork, *BGB-AT*, Rn. 879.

³⁷⁶ Siehe Text zu Fn. 59 ff.

³⁷⁷ Vgl. *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 321, allerdings in Bezug auf die Zurechnung arglistiger Täuschungen des Vorstands und Aufsichtsrats. Für die Zurechnung der Täuschung von Mitaktionären kommt *Bartholomeyczik* gerade nicht zu einer Zurechnung (S. 322).

³⁷⁸ Siehe dazu unter der Überschrift „Die Beratung“ ausführlich *Baltzer*, *Der Beschluß*, S. 118 ff.

als Dritte angesehen werden, wenn sie von Gesetzes wegen³⁷⁹ oder nach Aufforderung durch die Gesellschafterversammlung oder zumindest mit deren Duldung in den Prozess der Willensbildung einbezogen wurden. Werden sie auf eigene Veranlassung tätig, ohne dass die Gesellschafterversammlung in Form ihrer Organwalter, der Gesamtheit der Gesellschafter, davon Kenntnis hat, können sie nicht als Personen betrachtet werden, die auf Seiten des Verbands mit dessen Zustimmung und in seinem Interesse am Zustandekommen des Beschlusses mitwirken. Da sie für die Stimmabgabe nicht als organschaftliche (Empfangs-)Vertreter der Gesellschaft agieren, gilt eine von ihnen begangene Täuschung in solchem Falle als Täuschung eines Dritten im Sinne des § 123 II 1 BGB.³⁸⁰ Das gilt sogar dann, wenn alle an der Abstimmung beteiligten Gesellschafter getäuscht werden.³⁸¹ Die Stimmabgaben sind dann nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 123 II 2 BGB anfechtbar.³⁸²

Entsprechendes gilt für rechtsgeschäftliche Vertreter des Verbands im Außenverhältnis sowie (potenzielle) Geschäftspartner oder sonstige Personen. Soweit der Verband sie nicht gerade zum Zwecke der Willensbildung zur Beschlussfassung hinzuzieht oder ihr Auftreten in solcher Funktion zumindest duldet, kann ihre Täuschung dem Verband als Erklärungsempfänger der Stimmabgabe nicht zugerechnet werden.

Für die Stimmabgabe lassen sich Dritte im Sinne des § 123 II 1 BGB also allgemein als solche Personen definieren, die weder gesetzlich noch vom Verband ausdrücklich oder zumindest duldungsweise zum Prozess der internen Willensbildung hinzugezogen werden. Auf ein Tätigwerden gerade im Rahmen der Gesellschafterversammlung kommt es nicht an, die Willensbildung kann auch bereits im Vorfeld der Versammlung erfolgen oder zumindest eingeleitet werden.

³⁷⁹ Siehe z. B. § 171 II 1 AktG, der die Feststellung des vom Vorstand aufgestellten Jahresabschlusses (§ 170 AktG) der Hauptversammlung überlässt (§ 172 AktG).

³⁸⁰ A. A. *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 320 f., der Vorstand und Aufsichtsrat nie als Dritte ansieht.

³⁸¹ *Jüdel*, *Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften*, S. 77.

³⁸² Dazu sogleich unter § 2 2. Teil B) II. 1. e) Der Anwendungsbereich des § 123 II 2 BGB.

cc) Kenntnis oder Kennenmüssen des Verbands nach § 123 II 1 BGB

Selbst wenn die Täuschung von einem Dritten begangen wurde, ist die Stimmabgabe dem Verband gegenüber aber nur dann nicht anfechtbar, wenn dieser die Täuschung weder kannte noch kennen musste. Hierfür gelten erneut die allgemeinen Prinzipien der Wissenszurechnung bei der Stimmabgabe.³⁸³ Die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Versammlungsleiters wird vollständig zugerechnet. Fehlt ein solcher, erfolgt eine Wissenszurechnung nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis aller übrigen an der Abstimmung beteiligten Gesellschafter.³⁸⁴ Wurden mehrere Gesellschafter getäuscht, reicht die Kenntnis der nicht getäuschten Gesellschafter aus. Wurden alle Gesellschafter getäuscht, kommt es hingegen nur auf die Kenntnis des Versammlungsleiters an. Die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der übrigen Gesellschafter führt auch bei Vorhandensein eines Versammlungsleiters analog § 166 II BGB zur Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis des Verbands.

dd) Der Anwendungsbereich des § 123 II 2 BGB

Gemäß § 123 II 2 BGB ist eine auf arglistiger Täuschung beruhende Willenserklärung gegenüber einer anderen Person als dem Erklärungsempfänger anfechtbar, wenn diese aus ihr unmittelbar ein Recht erworben hat und sie die Täuschung kannte oder kennen musste. Die Vorschrift ist im Wege eines erst-recht-Schlusses nach allgemeiner Ansicht ebenso anwendbar, wenn die begünstigte Person die Täuschung selbst begangen hat.³⁸⁵ Auf den ersten Blick passt die Norm für die Stimmabgabe nicht, da diese unmittelbar überhaupt keine Rechte begründet, sondern erst der Beschluss Rechtswirkungen entfaltet.³⁸⁶ Auch Beschlüsse entfalten aber – abgesehen von der von ihnen ausgehenden Bindungs-

³⁸³ Siehe dazu detailliert: § 2 1. Teil Kenntnis oder Kennenmüssen von bestimmten Umständen.

³⁸⁴ A. A. Hueck, Das Recht der OHG, S. 180, der schon die Kenntnis eines Mitgesellschafter ausreichen lassen will. Da es sich aber um einen ganz normalen Fall der Wissenszurechnung handelt, sei zur Widerlegung auf die abstrakten Ausführungen zur Wissenszurechnung verwiesen, § 2 1. Teil Kenntnis oder Kennenmüssen von bestimmten Umständen.

³⁸⁵ Erman/*Arnold* § 123 BGB Rn. 39; *Bork*, BGB-AT, Rn. 883; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 458; *Flume*, BGB-AT II, S. 546; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 113.

³⁸⁶ Siehe Text zu und Nachweise in Fn. 31.

wirkung – regelmäßig keine unmittelbaren Rechtsfolgen, sondern erst deren Umsetzung nach außen.³⁸⁷ Es gibt aber zumindest einige Beschlüsse, die ohne Umsetzungsakt unmittelbare Rechtswirkungen entfalten, z. B. die Beschränkung von Geschäftsführungsbefugnissen bzw. die Aufhebung derselben, die Einräumung eines Zustimmungsvorbehalts, der Gewinnausschüttungsbeschluss oder die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels.³⁸⁸ Zu klären bleibt also, ob die auf solche Beschlüsse gerichteten Stimmabgaben unter den Voraussetzungen des § 123 II 2 BGB angefochten werden können. Für die Unmittelbarkeit der Begründung des Rechts eines Dritten ist auch im Rahmen des § 123 II 2 BGB nicht auf die Stimmabgabe selbst abzustellen, sondern erneut auf den Beschlussgegenstand. Auch hier hilft der Vergleich zum Vertrag: Hauptanwendungsbereich der Vorschrift ist die Anfechtung von Verträgen zu Gunsten Dritter.³⁸⁹ Bei diesem begründet aber die Vertragserklärung des Getäuschten jedenfalls dann noch nicht unmittelbar ein Recht eines Dritten, wenn es sich um die Angebotserklärung handelt. Das Recht des Dritten entsteht in solchem Falle nämlich erst mit der Annahme durch den Vertragspartner. Trotzdem muss schon die Angebotserklärung anfechtbar sein, andernfalls hinge die Anfechtungsmöglichkeit vom Zufall ab, nämlich davon, ob der Getäuschte das Angebot abgibt oder die Annahme erklärt. Es wird demnach im Falle von Verträgen auf die Rechtswirkungen des Vertrags, und nicht auf die Wirkung der zum Vertrag führenden Willenserklärungen abgestellt. Dementsprechend kann auch bei der Beschlussfassung auf die Wirkung des Beschlusses und nicht nur auf die Wirkung der einzelnen Stimmabgabe abgestellt werden.

Um diese Konstellation zu verdeutlichen ein weiterer Beispielfall:

Eine Gesellschaft besteht aus den Gesellschaftern A, B und C. Gesellschafter A soll im Beschlusswege ein Zustimmungsvorbehalt für bestimmte Ab-

³⁸⁷ Siehe § 3 1. Teil Beschluss und Ausführungsgeschäft.

³⁸⁸ Vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 11; EBJS/Freitag § 119 HGB Rn. 76; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 39; Roth/Altmeppen/Roth § 47 GmbHG Rn. 2a; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 29; Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 23.

³⁸⁹ Bork, BGB-AT, Rn. 883; Medicus/Petersen, BGB-AT, Rn. 800; Wolf/Neuner, BGB-AT, § 41 Rn. 113.

stimmungsgegenstände eingeräumt werden. Im Vorfeld hatte dessen Ehefrau E den Gesellschafter B durch arglistige Täuschung zur Zustimmung zum Beschlussantrag verleitet, was A fahrlässig verkannt hat.

B kann seine Stimmabgabe nicht nach § 123 I Var. 1 BGB anfechten, weil die Täuschung nicht von der Gesellschaft ausging. § 123 II 1 BGB greift nicht, weil E für den Verband zwar eine dritte Person im Sinne der Vorschrift darstellt, die fahrlässige Unkenntnis des A allein aber keine Wissenszurechnung begründet. B kann seine Stimmabgabe jedoch gem. § 123 II 2 BGB gegenüber dem Verband³⁹⁰ anfechten, da der Beschluss bei A unmittelbar das Recht des Zustimmungsvorbehalts begründet und dieser die Täuschung durch E fahrlässig verkannte.

Im Normalfall des Vertrages³⁹¹ wirkt die Anfechtung dabei nur in dem Umfang, wie das aus der Erklärung erworbene Recht des Begünstigten reicht.³⁹² In diesem Umfang wirkt die Anfechtung aber absolut, als auch gegenüber dem Erklärungsempfänger.³⁹³ Die Wirksamkeit des restlichen Vertrags – insbesondere die Leistungspflicht des Anfechtenden gegenüber dem gutgläubigen Empfänger – beurteilt sich nach § 139 BGB.³⁹⁴ Überträgt man diese Wertung auf die Stimmabgabe, bedeutet das: Soweit der Dritte durch den Beschluss unmittelbar ein Recht erwirbt und die Stimmabgabe für den Beschluss erheblich war, würde sich der Beschluss umkehren bzw. anfechtbar werden.³⁹⁵ Der verbleibende Beschlussteil würde bestehen bleiben. Um aber der Einheitlichkeit des Abstimmungsverfahrens

³⁹⁰ Zur Person des richtigen Anfechtungsgegners siehe § 2 2. Teil B) II. Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

³⁹¹ Dass der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Norm noch stärker als bei den anderen Normen der §§ 104 ff. BGB in erster Linie den Vertrag im Blick hatte, zeigt sich auch an § 143 II Var. 2 BGB, wo es heißt „[...] im Falle des § 123 Abs. 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat.“

³⁹² Staudinger/Singer/von Finckenstein § 123 BGB Rn. 64.

³⁹³ Ausdrücklich nur: Bork, BGB-AT, Rn. 883 Fn. 90; die in Fn. 394 genannten Autoren setzen dies aber an dort genannter Stelle ebenso voraus, andernfalls wäre die Anwendung des § 139 BGB nicht indiziert; a. A. Brox/Walker, BGB-AT, Rn. 457a, der konsequenterweise auch nicht auf § 139 BGB eingeht.

³⁹⁴ MüKo-BGB/Armbrüster § 123 Rn. 75; Erman/Arnold § 123 BGB Rn. 40; Soergel/Hefermehl § 123 BGB Rn. 36; Staudinger/Singer/von Finckenstein § 123 BGB Rn. 64.

³⁹⁵ Zum Erfordernis der Erheblichkeit und den Auswirkungen der Anfechtung auf den Beschluss siehe § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss.

gerecht zu werden, beurteilt sich die Wirksamkeit beider Beschlussteile nach den Grundsätzen zur Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse.³⁹⁶

§ 123 II 2 BGB findet somit auf die Stimmabgabe Anwendung.³⁹⁷ Die den Dritten begünstigenden Rechtswirkungen gehen auch dann unmittelbar vom Beschluss aus, wenn er zu seiner Wirksamkeit noch der Feststellung, Eintragung oder eines sonstigen Formerfordernisses bedarf. Erfordert der Beschluss hingegen ein gesondertes Ausführungsgeschäft kann sich allenfalls die Frage stellen, ob der Irrtum in der Beschlussfassung bei Vornahme des Ausführungsgeschäfts noch fortwirkt oder auch beim ausführenden Organwalter bzw. Vertreter besteht.³⁹⁸

2. Anfechtungsfrist

Nach der gesetzlichen Konzeption muss die Anfechtung in den Fällen der §§ 119, 120 BGB gem. § 121 I 1 BGB unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte vom Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Demgegenüber gewährt § 124 I BGB für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung eine Jahresfrist, welche gem. § 124 II 1 BGB ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, ab welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt bzw. im Fall der Drohung ab dem die Zwangslage endet. § 121 II BGB normiert einen Ausschluss der Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB, wenn seit Abgabe der Willenserklärung zehn Jahren verstrichen sind. Gleiches gilt gem. § 124 III BGB für die Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung.

³⁹⁶ Zur Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse siehe § 3 2. Teil B) II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB). Speziell zu dem Problem der teilweisen Nichtigkeit und teilweisen Beschlussumkehrung siehe Text ab Fn. 1033.

³⁹⁷ Ähnlich *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 323, der aber anders als hier die Mitgesellschafter nie als von § 123 II 2 BGB erfasst ansieht.

³⁹⁸ Zur Nichtanwendbarkeit des § 123 II 2 BGB wenn ein Ausführungsgeschäft notwendig ist: *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 323; im Detail zu den Auswirkungen der Anfechtung der Stimmabgabe auf das Ausführungsgeschäft siehe, § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf das Ausführungsgeschäft.

Wegen der rechtlichen Trennung zwischen Stimmabgabe und Gesellschafterbeschluss und weil die Stimmabgaben durch den Beschluss nicht konsumiert werden, sondern daneben weiterexistieren,³⁹⁹ kann die Anfechtung der Stimmabgabe grundsätzlich auch nach erfolgter Beschlussfeststellung und nach Beendigung der Gesellschafterversammlung noch erfolgen⁴⁰⁰. Dem treten Teile der Literatur für die AG entgegen: Eine Anfechtung sei aus Gründen des Verkehrsschutzes und zur Vermeidung von Konflikten mit dem Beschlussmängelrecht nur auf der Hauptversammlung bzw. bis zur Beschlussfeststellung zulässig.⁴⁰¹ Gerade bei der Aktiengesellschaft, wo die Anfechtung der Stimmabgabe wegen des Beschlussmängelrechts der §§ 241 ff. AktG keine unmittelbare Auswirkung auf die Wirksamkeit des Beschlusses haben kann,⁴⁰² und wo ohnehin die relativ kurze Beschlussanfechtungsfrist des § 246 I AktG gilt,⁴⁰³ ist eine solche Beschränkung des Anfechtungsrechts in Bezug auf die Stimmabgabe aus Gründen des Verkehrsschutzes im Vergleich zu den anderen Gesellschaftsformen aber überhaupt nicht erforderlich. Inwiefern die Anfechtung der Stimmabgabe im Übrigen in Konflikt mit dem aktienrechtlichen Beschlussmängelrecht treten soll, erschließt sich nicht. Schließlich ersetzt die Anfechtung der Stimmabgabe keinesfalls die Beschlussanfechtung und auch die Monatsfrist des § 246 I AktG bleibt unberührt. Auch bei der AG kann die Stimmabgabe deswegen noch nach Ende der Hauptversammlung angefochten werden.

³⁹⁹ Siehe Fn. 32.

⁴⁰⁰ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 152; *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 127 f.; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, S. 134; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 39 ff. unter Darstellung vormals abweichender Auffassungen; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, S. 310; *ders.*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 26.

⁴⁰¹ MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 28; i. E. gleich, allerdings beschränkt auf die Anfechtung nach §§ 119 f. BGB: *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 69; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 21.

⁴⁰² BGHZ 104, 66, 69; *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 127; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 21. Siehe zu den Auswirkungen der Anfechtung der Stimmabgabe auf den Beschluss auch noch § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss.

⁴⁰³ Mit diesem Argument gegen die Notwendigkeit des vorherigen Widerspruchs zu Protokoll: *Noack*, AG 1989, 78, 82 f.

a) **Kein vorheriger Widerspruch zu Protokoll bei der Aktiengesellschaft**

Die Möglichkeit der Anfechtung der Stimmabgabe nach Beendigung der Hauptversammlung wird aber erheblich erschwert, wenn man mit vereinzelt Stimmen aus der Literatur einen vorherigen Widerspruch zu Protokoll voraussetzt.⁴⁰⁴ Vieles spricht jedoch gegen ein solches Erfordernis:

Die Anfechtung wegen Irrtums nach §§ 119–120 BGB wird durch eine Widerspruchsnotwendigkeit faktisch ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn der Irrtum sich erst nach Beendigung der Versammlung herausstellt und vorher für den Aktionär gar nicht erkennbar war. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine solche Beschränkung des Anfechtungsrechts in der AG wie bereits dargelegt⁴⁰⁵ nicht erforderlich.

Eine Einschränkung des Beschlussanfechtungsrechts regelt das Gesetz in § 245 Nr. 1 AktG. Danach ist jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär anfechtungsbefugt, wenn er die Aktien schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte und gegen den Beschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat. Telos der Vorschrift ist das Verbot widersprüchlichen Verhaltens: da ein mit notwendiger Mehrheit zustande gekommener Beschluss trotz fehlenden Einverständnisses gewisser (zumindest der gegen den Beschluss stimmenden) Aktionäre regelmäßig vollzogen wird, muss, wer mit dem Vollzug nicht einverstanden ist, sein mangelndes Einverständnis durch gesonderte Erklärung zum Ausdruck bringen, andernfalls er den Eindruck vermittelt, er könne sich mit dem Beschluss abfinden.⁴⁰⁶ Der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens kann aber bei vom Gesellschafter nicht erkannter Mangelhaftigkeit des Beschlusses richtigerweise nicht durchgreifen, denn wer sich des potenziellen Beschlussmangels nicht bewusst ist, verhält sich auch nicht widersprüchlich, wenn er dem Beschluss nicht widerspricht.⁴⁰⁷ Forderte man aus Gründen der Rechtssicherheit

⁴⁰⁴ *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 53; für die Anfechtungsgründe der §§ 119, 120 BGB ferner *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 69. Explizit a. A. *Noack*, AG 1989, 78, 82 f.

⁴⁰⁵ Vgl. den Text zu Fn. 402 f.

⁴⁰⁶ *Hölters/Englisch* § 245 AktG Rn. 13; *MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer* § 245 Rn. 36; *Schmidt/Lutter/Schwab* § 245 AktG Rn. 12.

⁴⁰⁷ H. M.: *Spindler/Stilz/Dörr* § 245 AktG Rn. 30; *Hölters/Englisch* § 245 AktG Rn. 16; *MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer* § 245 Rn. 37; *Hüffer/Koch/Koch* § 245 AktG Rn. 16;

auch in den Fällen des nicht erkannten Mangels einen Widerspruch zur Niederschrift im Protokoll, provozierte man präventive Widerspruchserklärungen aller Aktionäre hinsichtlich aller Beschlüsse, da sie nur so ihre Anfechtungsmöglichkeit im Irrtumsfalle erhalten könnten⁴⁰⁸. Dies kann nicht Sinn und Zweck des § 245 Nr. 1 AktG sein.⁴⁰⁹ Diese Argumentation lässt sich auf die Stimmabgabe übertragen: Wer um die potenzielle Fehlerhaftigkeit seiner Stimmabgabe nicht weiß, verhält sich auch nicht widersprüchlich, wenn er keinen Widerspruch zur Niederschrift erklärt.⁴¹⁰ Auch hier würde die einzig vernünftige Handlungsmöglichkeit der Aktionäre darin bestehen, vorsorglich Widerspruch zur Niederschrift hinsichtlich aller abgegebenen Stimmen zu erklären, was die Intention der Einschränkung – die Schaffung von Rechtssicherheit – im Ergebnis nicht fördern, sondern konterkarieren würde.

Die Beschränkung des Anfechtungsrechts der Stimmabgabe nach §§ 119 f. BGB wegen fehlenden Widerspruchs zu Protokoll ist somit weder aus Gründen der Rechtssicherheit indiziert, noch stellt sie ein wirksames Mittel zur Förderung von Rechtssicherheit dar. Demgegenüber stünde eine intensive Beeinträchtigung der Willensbildungsfreiheit der Aktionäre. Es besteht somit auch in der Aktiengesellschaft kein Grund, eine Anfechtung der Stimmabgabe von einem erklärten Widerspruch zur Niederschrift abhängig zu machen. Die Überlegung zur Übertragung des Rechtsgedankens auf die GmbH erübrigt sich nach hier vertretener Auffassung, zumal nach allgemeiner Ansicht § 245 Nr. 1 AktG ebenfalls nicht auf die GmbH übertragbar ist⁴¹¹.

Schmidt/Lutter/Schwab § 245 AktG Rn. 16 mit Nachweisen zur entgegenstehenden Ansicht in Fn. 67.

⁴⁰⁸ Hölters/Englisch § 245 AktG Rn. 16; Hüffer/Koch/Koch § 245 AktG Rn. 16; Schmidt/Lutter/Schwab § 245 AktG Rn. 16; vgl. ferner Noack, AG 1989, 78, 82.

⁴⁰⁹ Dazu etwas präziser Schmidt/Lutter/Schwab § 245 AktG Rn. 16.

⁴¹⁰ Vgl. MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer § 245 Rn. 37, der auch im Falle des Irrtums bei der Stimmabgabe keinen Widerspruch gegen den Beschluss fordert, somit wohl erst recht keinen Widerspruch zur Anfechtung der Stimmabgabe selbst für erforderlich hält; ebenso: Hüffer/Koch/Koch § 245 AktG Rn. 16; zumindest zweifelnd an der Verfristung nach Beendigung der Hauptversammlung KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 58.

⁴¹¹ MHLS/Römermann Anh. § 47 GmbHG Rn. 384; Roth/Altmeppen/Roth § 47 GmbHG Rn. 138; Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 129; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 GmbHG Rn. 136.

b) Bemerken des Irrtums während der Gesellschafterversammlung

Eine Einschränkung des Anfechtungsrechts wird teilweise erwogen, wenn der Gesellschafter seinen Irrtum noch während der Versammlung bemerkt. Die Anfechtung müsse dann sofort erfolgen, andernfalls sie nach § 242 BGB unwirksam sei.⁴¹² Dem ist entgegenzuhalten, dass zur Bestimmung der Anfechtungsfrist wegen der offen gehaltenen Formulierung des § 121 I 1 BGB („ohne schuldhaftes Zögern“) bereits eine umfassende Einzelfallabwägung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen zur Ermittlung der Anfechtungsfrist stattfindet.⁴¹³ Das Interesse der Gesellschaft an einer Anfechtung noch auf der Gesellschafterversammlung mag man dabei regelmäßig als sehr gewichtig ansehen, gerade wenn durch eine nach Abschluss der Versammlung erklärte Anfechtung ggf. ein erheblicher Aufwand entstehen würde – z. B. weil eine erneute Beschlussfassung erforderlich wird oder eine Rückabwicklung bereits auf Grundlage des Beschlusses getroffener Dispositionen erfolgen muss. Soweit die unterlassene Anfechtungserklärung auf der Gesellschafterversammlung trotz Kenntnis vom Anfechtungsgrund aber kein schuldhaftes Zögern darstellt, die Interessenabwägung also zu Gunsten des Stimmrechtsträgers ausfällt, kann auch die Anwendung des § 242 BGB nicht zu einem gegenteiligen Ergebnis führen.

c) Teleologische Reduktion des § 124 I BGB

Eine Einschränkung der Anfechtungsfrist wird auch im Rahmen des § 124 I BGB erwogen: Eine Literaturauffassung will die Jahresfrist im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht und die Rechtssicherheit teleologisch reduzieren und stattdessen auch im Fall der arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung § 121 I 1 BGB analog anwenden. Die Anfechtung wäre dann unverzüglich nach Entdeckung der Täuschung bzw. Beendigung der Zwangslage zu erklären.⁴¹⁴

⁴¹² Staudinger/*Weick* § 32 BGB Rn. 30.

⁴¹³ BGH NJW 2005, 1869; MüKo-BGB/*Armbriüster* § 121 Rn. 7, dort und in den folgenden Randnummern auch mit Beispielsfällen; Erman/*Arnold* § 121 BGB Rn. 4; *Bork*, BGB-AT, Rn. 913; Soergel/*Hefermehl* § 121 BGB Rn. 7; Staudinger/*Singer* § 121 BGB Rn. 9; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 121 Rn. 7.

⁴¹⁴ *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 180; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 81; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, S. 134.

Zu berücksichtigen ist, dass die lange Bedenkzeit des § 124 I BGB auch dann wertungstechnisch fragwürdig erscheint, wenn der Drohende nicht der Erklärungsgegner ist und auch nichts mit diesem zu schaffen hat.⁴¹⁵ Auch in diesem Fall wird aber eine teleologische Reduktion der Vorschrift – wohl angesichts des klaren Gesetzeswortlauts und der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung was den Drittschutz angeht⁴¹⁶ – nicht in Betracht gezogen. Einzig die Setzung einer angemessenen Frist von Seiten des Erklärungsgegners, nach dessen Ablauf der Anfechtende dem Erklärungsgegner gegenüber aus der Anfechtung keine Rechte mehr herleiten könne, wird als Korrektiv erwogen.⁴¹⁷

Für die Stimmabgabe gelten jedoch einige Besonderheiten: Erstens besteht innerhalb der Gesellschaft nicht nur die übliche schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Interesse des anderen Teils (§ 241 II BGB), sondern eine darüber hinausgehende Treuepflicht, aus der also auch eine verstärkte Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Gesellschafts- und Mitgesellschafterinteresse folgt.⁴¹⁸ Zweitens dürfte es im Falle der Stimmabgabe – anders als im Falle von Vertrags- erklärungen – der absolute Regelfall sein, dass nicht nur der Drohende oder Täuschende von der Anfechtung betroffen wird, sondern auch Dritte, die mit der Drohung oder Täuschung nichts zu tun hatten. Denn auch wenn Erklärungsgegner der Stimmabgabe ausschließlich der Verband ist, lässt sich doch nicht leugnen, dass sowohl die Gesellschaftsorgane bzw. deren Organwalter, als auch die übrigen Gesellschafter ein jedenfalls mittelbares Interesse an den einzelnen

⁴¹⁵ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 124 Rn. 2; *Flume*, BGB-AT II, S. 531 f.

⁴¹⁶ Vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 468, wo die Begrenzung der Anfechtungsfrist auf ein Jahr unter anderem gerade mit der Möglichkeit begründet wird, dass ein anderer als der Erklärungsgegner die Drohung verübt habe.

⁴¹⁷ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 124 Rn. 2; *Flume*, BGB-AT II, S. 531 f.; a. A. *Staudinger/Singer* § 124 BGB Rn. 1, der für den Fall der Täuschung zwar überzeugend auf die Wertungen des § 123 II BGB abstellen kann, auf den Fall der wertungstechnisch viel komplizierteren Drohung durch einen Dritten aber gar nicht eingeht.

⁴¹⁸ Ebenso: *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 134; ähnlich *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 81: „Aus dem Gesellschaftsvertrage ergibt sich eine Fürsorgepflicht, mit der es nicht zu vereinbaren ist, daß einer seine Mitgesellschafter bewußt in dem falschen Glauben der Gültigkeit des Beschlusses läßt, um aus der späteren Anfechtung persönlichen Nutzen zu ziehen. Ficht der Getäuschte seine Abstimmung nicht unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes an, so ist sie stillschweigend bestätigt.“

Stimmabgaben haben.⁴¹⁹ Für die Gesellschaft, Gesellschaftsorgane bzw. deren Organwalter und die übrigen Gesellschafter stellt die einjährige Anfechtungsmöglichkeit ein großes Problem dar, umso mehr unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 142 II BGB⁴²⁰ – jede auf Grundlage des Beschlusses vorgenommene Handlung würde danach nämlich eine vorsätzliche Pflichtverletzung⁴²¹ darstellen, soweit die Person die Anfechtbarkeit und Erheblichkeit⁴²² der abgegebenen Stimmen für den Beschluss kannte, unabhängig davon, wer die Täuschung oder Drohung begangen hat.

Vorstehende Erwägungen rechtfertigen eine teleologische Reduktion der Vorschrift des § 124 I BGB und eine Angleichung an § 121 I 1 BGB. Im Rahmen der dort erforderlichen Interessenabwägung zur Ermittlung der Anfechtungsfrist⁴²³ kann das bei einer Täuschung oder Drohung stärker zu berücksichtigende Interesse des Anfechtungsberechtigten an einer längeren Anfechtungsfrist in einen angemessenen Ausgleich zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und dem Interesse der Gesellschaft, der Organe und Organwalter sowie der Mitgesellschafter an der Schaffung von Rechtssicherheit gebracht werden. Die Jahresfrist des § 124 I BGB kann dabei als absolute Höchstgrenze der nach § 121 I 1 BGB analog zu ermittelnden zulässigen Anfechtungsfrist dienen – im Regelfall wird die Frist deutlich darunter liegen⁴²⁴. Weiterhin beginnt die Frist aber erst mit Entdeckung der Täuschung bzw. Beendigung der Zwangslage zu laufen.

⁴¹⁹ Vgl. Text zu und Nachweis in Fn. 71.

⁴²⁰ Zur (Art der) Anwendung des § 142 II BGB auf die Stimmabgabe siehe § 2 2. Teil B) II. 5. Kenntnis oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit (§ 142 II BGB).

⁴²¹ Man könnte freilich darüber nachdenken, ob man trotz der Gleichsetzung von Kenntnis der Anfechtbarkeit und Kenntnis der Nichtigkeit durch § 142 II BGB das Vertretenmüssen im Sinne des § 280 I 2 BGB verneint, wenn der Handelnde tatsächlich nicht wissen konnte, ob die Anfechtung bereits erklärt wurde.

⁴²² Zum Kriterium der Erheblichkeit siehe § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss. Dazu, dass sich die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen i.R.d. § 142 II BGB auch auf die Erheblichkeit erstrecken muss siehe § 2 2. Teil B) II. 5. Kenntnis oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit (§ 142 II BGB).

⁴²³ Siehe Fn. 413.

⁴²⁴ Häufig wird als gewöhnliche Obergrenze ein Zeitraum von zwei Wochen angesehen: Vgl. BAG NJW 1980, 1302, 1303 für die Anfechtung eines Arbeitsvertrags; OLG Hamm NJW 2004, 2601; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 121 Rn. 7, allerdings auch nur, „wenn keine besonderen Umstände vorliegen.“; Erman/*Arnold* § 121 BGB Rn. 4, soweit die vorherige

3. Anfechtungserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner

Gem. § 143 I BGB erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. § 143 III 1 BGB bestimmt für einseitige Rechtsgeschäft, die einem anderen gegenüber vorzunehmen waren, diesen anderen als Anfechtungsgegner. Die Vorschrift ist trotz ihres Bezugs auf Rechtsgeschäfte auf die Stimmabgabe als nicht rechtgeschäftliche Willenserklärung⁴²⁵ anwendbar.⁴²⁶ Die Ermittlung der Person des richtigen Anfechtungsgegners muss sich also danach richten, wen man als Empfänger der Stimmabgabe ansieht.⁴²⁷ Dies ist richtigerweise der Verband.⁴²⁸ Dieser wird während der Versammlung vom Versammlungsleiter, bei dessen Fehlen von den übrigen an der Abstimmung beteiligten Gesellschaftern vertreten.⁴²⁹ Problematisch gestaltet sich die Vertretungssituation nach Ende der Gesellschafterversammlung. Als actus contrarius zur Stimmabgabe muss auch deren Anfechtung als eine grundsätzlich verbandsinterne Erklärung angesehen werden. Als körperschaftliche Vertreter des Verbands für die Entgegennahme der Stimmabgabe fungieren bei Fehlen eines Versammlungsleiters grundsätzlich alle an der Versammlung teilnehmenden Mitgesellschafter als

Einholung eines Rechtsrats erforderlich ist; *Bork*, BGB-AT, Rn. 913, nach welchem sich aber eine „Festlegung auf eine bestimmte Anzahl von Tagen“ verbiete; *Palandt/Ellenberger* § 121 BGB Rn. 3; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 27, der aber auch darauf hinweist, dass bei einer Verhinderung durch Krankheit oder Unfall die Frist länger zu bemessen sein könne. Generell skeptisch bezüglich der Benennung einer konkreten Obergrenze: *Staudinger/Singer* § 121 BGB Rn. 9.

⁴²⁵ Siehe Fn. 31.

⁴²⁶ Vgl. *MüKo-BGB/Busche* § 143 Rn. 19, dessen Überschrift lautet „Einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen (Abs. 3 S. 1)“; *Soergel/Hefermehl* § 143 BGB Rn. 10, der statt von Rechtsgeschäften von einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen spricht; ebenso: *BeckOK-BGB/Wendtland* § 143 Rn. 11.

⁴²⁷ *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 43.

⁴²⁸ Zum Adressaten der Stimmabgabe siehe § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe. Ausdrücklich auch den Verband als Anfechtungsgegner betrachten: *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 325; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 37; wohl auch *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 18.

⁴²⁹ Siehe Text zu Fn. 73 ff. Explizit für die Anfechtungserklärung vgl. ferner: *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 325, der jedoch auch zu diesem Zeitpunkt bereits ebenfalls den Vorstand als statthaften Erklärungsempfänger ansieht; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 18; *Staudinger/Weick* § 32 BGB Rn. 30, bei dem aber nicht ganz klar wird, ob diese als Vertreter des Verbands fungieren.

Organwalter der Gesellschafterversammlung.⁴³⁰ Diese Organwalterstellung endet aber (vorübergehend) mit Beendigung der Gesellschafterversammlung,⁴³¹ sodass ein zuständiger Adressat für die Anfechtungserklärung fehlt. Nach Beendigung der Gesellschafterversammlung muss die Anfechtung deswegen mangels Alternativen gegenüber den Geschäftsführern als einzig verbleibende organ-schaftliche Vertreter des Verbands erfolgen.⁴³²

Richtiger Anfechtungsgegner ist somit der Verband, während der Gesellschaf-terversammlung vertreten durch den Versammlungsleiter bzw. bei dessen Fehlen von den übrigen an der Abstimmung beteiligten Gesellschaftern, danach von der Geschäftsführung.⁴³³

Problematisch sind ferner die Fälle des § 123 II 2 BGB. Gem. § 143 II Var. 2 BGB ist im Falle des § 123 II 2 BGB richtiger Anfechtungsgegner derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat. Übertrüge man diese Regelung auf den Beschluss, könnte der arglistig Getäuschte seine Stimm-abgabe durch Erklärung ausschließlich gegenüber dem Begünstigten mit Wir-kung für den Verband vernichten. Mit Blick darauf, dass es auch bei dem einen Dritten begünstigenden Beschluss letztlich um die interne Willensbildung der Gesellschaft geht, sollte die Anfechtung der Stimmabgabe aber immer gegenüber

⁴³⁰ Siehe Fn. 77.

⁴³¹ Vgl. *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 121 f., wonach „die Hauptversammlung als Organ nur punktuell handlungsfähig“ sei und „es hierfür einer Zusammenkunft der Mitglieder zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort“ bedürfe.

⁴³² Im Ergebnis ebenso: *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 325; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 133 AktG Rn. 18; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 60; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 44.

⁴³³ A. A.: *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 180; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personal-gesellschaften, S. 78; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, S. 134. Diese drei Autoren sehen allerdings auch alle Mitgesellschafter als Empfänger der Anfechtungserklärung an. Außerdem a. A.: *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 37; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 250; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 21; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 21. Diese drei sehen während der Versammlung den Versammlungsleiter, danach das rechtsgeschäftliche Ver-tretungsorgan als korrekten Anfechtungsgegner an. Alle sechs Autoren ziehen damit die konsequente Folge aus der von hier vertretener Auffassung divergierenden Beurteilung des korrekten Adressaten der Stimmabgabe. Die Ansichten müssen an dieser Stelle des-wegen nicht erneut widerlegt werden, siehe dafür die Ausführungen bei der Ermittlung des korrekten Adressaten der Stimmabgabe unter § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe.

dem Verband erfolgen müssen. Dieser hat in jedem Falle das größte Interesse an der Wirksamkeit der Stimmabgabe. Die Regelung des § 143 II Var. 2 BGB, die ihrem Wortlaut nach unmittelbar ohnehin nur auf Vertragserklärungen anwendbar ist, sollte deswegen nicht auf die Stimmabgabe übertragen werden. Die Anfechtung muss auch nicht zwingend beiden – dem Verband und dem Begünstigten – gegenüber erfolgen, schließlich kann selbst im Anwendungsbereich des § 143 II Var. 2 BGB nach teilweise vertretener Auffassung⁴³⁴ die Anfechtung mit absoluter Wirkung auch weiterhin dem ursprünglichen Vertragspartner gegenüber erklärt werden. Auch im Falle des § 123 II 2 BGB muss die Anfechtung also im Ergebnis fristgerecht (§ 121 I 1 BGB analog⁴³⁵) ausschließlich gegenüber dem Verband erfolgen.⁴³⁶

4. Kein Ausschluss der Anfechtung

Neben dem gesetzlich normierten § 144 I BGB kommen noch verschiedene weitere Ausschlussstatbestände für die Anfechtbarkeit der Stimmabgabe in Betracht. Vorweggenommen gilt für die Anfechtung der Stimmabgabe, wie für jedes subjektive Recht, das Verbot rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung, wodurch die Anfechtung ausgeschlossen sein kann.⁴³⁷ An dieser Stelle sollen neben § 144 I BGB einige ausgewählte Fallkonstellationen näher betrachtet werden.

a) Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts (§ 144 BGB)

§ 144 I BGB ist auf die Stimmabgabe anwendbar.⁴³⁸ Es handelt sich anders als im Falle des § 141 I BGB nicht um eine Neuvernahme der Stimmabgabe, sondern um einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht, so dass die Bestätigung noch zu einem Zeitpunkt möglich ist, zu welchem das Stimmrecht nicht mehr ausgeübt werden könnte.⁴³⁹ Die Bestätigung nach § 144 BGB bedarf gem. Abs. 2 nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.

⁴³⁴ MüKo-BGB/*Busche* § 143 Rn. 18; a. A. *Bork*, BGB-AT, Rn. 908.

⁴³⁵ Siehe § 2 2. Teil II. 2. Teleologische Reduktion des § 124 I BGB.

⁴³⁶ I. E. gleich *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 45 f.

⁴³⁷ Vgl. allgemein zum Verbot rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung: *Erman/Böttcher* § 242 BGB Rn. 101 ff.; *Staudinger/Olzen/Looschelders* § 242 BGB Rn. 213 ff.; *MüKo-BGB/Schubert* § 242 Rn. 243 ff.; *BeckOK-BGB/Sutschet* § 242 Rn. 51.

⁴³⁸ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333.

⁴³⁹ A. A. *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333.

Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Frage, ob es sich bei der Bestätigung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt oder nicht. Dagegen spricht der Wille des historischen Gesetzgebers⁴⁴⁰, weswegen sich die herrschende Meinung gegen die Empfangsbedürftigkeit ausspricht⁴⁴¹. Die Gegenansicht stützt sich argumentativ in erster Linie auf die Rechtssicherheit – der Anfechtungsgegner habe ein Interesse daran, zu erfahren, ob das Rechtsgeschäft endgültig wirksam ist oder nicht.⁴⁴² Zunächst einmal setzt die Bestätigung keine Reaktion des Anfechtungsgegners voraus, auch greift sie nicht unmittelbar in dessen Rechtskreis ein,⁴⁴³ da das anfechtbare Rechtsgeschäft vor und nach der Bestätigung in gleicher Weise wirksam ist – die Bestätigung beseitigt nur das Anfechtungsrecht⁴⁴⁴. Nach diesen Kriterien muss die Empfangsbedürftigkeit deshalb nicht bejaht werden. Daneben kann der Anfechtungsgegner in der Regel auch keine Ausübungsfrist für die Anfechtung setzen,⁴⁴⁵ d.h. ohne die Bestätigung weiß er bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist⁴⁴⁶ auch nicht sicher, ob der Anfechtungsberechtigte das Rechtsgeschäft gelten lassen wird oder nicht. Spätestens nach Ablauf der Anfechtungsfrist hat er diesbezüglich aber in jedem Falle Sicherheit. Daneben dürfte eine wirksame Bestätigung regelmäßig im Interesse des Erklärungsgegners der Anfechtung liegen, da er das Rechtsgeschäft bereits ursprünglich herbeiführen wollte. Zu seinem Schutz höhere Anforderungen an die Wirksamkeit der Bestätigung zu stellen, erscheint deswegen kaum konsequent. Der

⁴⁴⁰ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 731, wonach „auch ein nicht in der Richtung auf den Anfechtungsgegner abgegebener stillschweigender Verzicht das Rechtsgeschäft unanfechtbar machen müsse.“

⁴⁴¹ *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 437; *Palandt/Ellenberger* § 144 BGB Rn. 2; *Flume*, BGB-AT II, S. 569; *Soergel/Hefermehl* § 144 BGB Rn. 1; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 144 Rn. 5; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 169.

⁴⁴² *Erman/Arnold* § 144 BGB Rn. 2; *Bork*, BGB-AT, Rn. 946; *MüKo-BGB/Busche* § 144 Rn. 4; *Medicus/Petersen*, BGB-AT Rn. 534; *Staudinger/Roth* § 144 BGB Rn. 4.

⁴⁴³ Nach diesen beiden Kriterien wird die Empfangsbedürftigkeit allgemein bestimmt, siehe Text zu und Nachweise in Fn. 37 f.

⁴⁴⁴ Anders eventuell nach *Flume*, BGB-AT II, S. 568 f., wonach die Bestätigung nicht als Verzicht auf das Anfechtungsrecht, sondern als Entscheidung des Anfechtungsberechtigten für das Rechtsgeschäft gelten soll. Dazu aber berechtigterweise kritisch *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 534 sowie *Bork*, BGB-AT, Rn. 946 m. w. N.

⁴⁴⁵ Vorbehaltlich anderer Auffassungen für den Fall der Drohung durch einen Dritten, Nachweise siehe in Fn. 417.

⁴⁴⁶ Mit Ablauf der Frist geht das Anfechtungsrecht unter, siehe nur *Bork*, BGB-AT, Rn. 911.

herrschenden Meinung ist deswegen beizupflichten, die Bestätigung nach § 144 BGB muss zu ihrer Wirksamkeit dem potenziellen Anfechtungsgegner nicht zu-gehen.

Zwar besteht im Falle der Stimmabgabe wegen der regelmäßigen (mittelbaren) Drittrelevanz⁴⁴⁷ ein erhöhtes Interesse an einer frühzeitigen endgültigen Klärung der Frage ihrer Wirksamkeit, andererseits besteht bei der Stimmabgabe auch schneller Rechtssicherheit als in anderen Fällen, da die einjährige Anfechtungsfrist des § 124 I BGB keine Anwendung findet, sondern in allen Fällen die des § 121 I 1 BGB.⁴⁴⁸ Für eine entgegen allgemeinen Grundsätzen ausnahmsweise erforderliche Empfangsbedürftigkeit der Bestätigung besteht somit kein Bedürfnis.

b) Ausscheiden und Eintreten eines Gesellschafters aus der Gesellschaft

Ein Ausschluss des Anfechtungsrechts kommt überdies nach Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft in Betracht. Eine Orientierung an den Wertungen des Beschlussmängelrechts bietet sich an,⁴⁴⁹ da die Anfechtung der Stimmabgabe gerade aus dem Grund erfolgt, den Beschluss zu verändern oder rechtlich angreifbar zu machen. Kann dieses Ziel ohnehin nicht mehr erreicht werden, weil keine aussichtsreiche Rechtsschutzmöglichkeit gegen den Beschluss besteht, kann dem Gesellschafter auch die Anfechtungsmöglichkeit bezüglich der Stimmabgabe versagt werden. Das Beschlussmängelrecht unterscheidet sich je nach Gesellschaftsform bzw. Wirkung der Beschlussfeststellung: Bei konstitutiver Wirkung der Beschlussfeststellung, also bei der AG und soweit bei der GmbH eine Beschlussfeststellung erfolgt⁴⁵⁰, entfällt für den ausgeschiedenen Gesellschafter grundsätzlich die Beschlussanfechtungsbefugnis.⁴⁵¹ Aber

⁴⁴⁷ Siehe Text zu und Weiterverweis in Fn. 419.

⁴⁴⁸ Siehe § 2 2. Teil B) II. 2. Teleologische Reduktion des § 124 I BGB.

⁴⁴⁹ Vgl. *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 324, der sich für einen Ausschluss der Anfechtbarkeit der Stimmabgabe nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft auch an der Beschlussanfechtung orientiert.

⁴⁵⁰ Vgl. Nachweise in Fn. 50.

⁴⁵¹ Vgl. für die AG: *Spindler/Stilz/Dörr* § 245 AktG Rn. 21; *Hölters/Englisch* § 245 AktG Rn. 9a; *MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer* § 245 Rn. 26; *Hüffer/Koch/Koch* § 245 AktG Rn. 7. Vgl. für die GmbH: *UHL/Raiser* Anh. § 47 GmbHG, wonach jedenfalls im Falle der Übertragung die Klagebefugnis auf den Erwerber übergehe, außer der ausscheidende Gesellschafter wende sich gegen den Übertragungsbeschluss; *MHLS/Römermann* Anh. § 47

auch wenn die Beschlussfeststellung bei der GmbH unterbleibt, wird das Beschlussfeststellungsinteresse eines Nichtgesellschafters in der Regel verneint.⁴⁵² In all diesen Fällen wird man auch die Möglichkeit der Anfechtung der Stimmabgabe mit dem Ausscheiden aus der Gesellschaft verneinen können, denn an der internen Willensbildung der Gesellschaft besteht für den ausgeschiedenen Gesellschafter kein Interesse mehr. Selbst wenn er durch die Anfechtung seiner Stimmabgabe noch in der Lage wäre, die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses herbeizuführen, könnte er einen eventuellen Beschlussmangel oder ein anderweitiges Beschlussergebnis ohnehin nicht mehr geltend machen. Anders bei den Personengesellschaften: hier besteht das zur Erhebung einer Beschlussfeststellungsklage notwendige Feststellungsinteresse des Gesellschafters grundsätzlich auch nach dessen Ausscheiden aus der Gesellschaft fort.⁴⁵³ Kann der Gesellschafter nach seinem Ausscheiden noch Beschlussfeststellungsklage erheben, wird man ihm grundsätzlich auch zugestehen müssen, das Beschlussergebnis durch Anfechtung der Stimmabgabe auch nach seinem Ausscheiden noch zu beeinflussen. Ebenso stellt sich die Frage, ob der Rechtsnachfolger eines Gesellschafters dessen Anfechtungsrecht erwirbt. Auch hier sollten die entsprechenden Erkenntnisse zur Geltendmachung von Beschlussmängeln herangezogen werden. Die h. M. verneint im Falle der AG die Geltendmachung von Beschlussmängeln durch den rechtsgeschäftlichen Erwerber einer Aktie bzw. eines Geschäftsanteils mit der Begründung, der Gesellschafter erwerbe den Anteil mit der Vorprägung des gefassten Beschlusses.⁴⁵⁴ Anders jedoch nach einhelliger Ansicht im Falle

GmbHG Rn. 388, 406; Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 130; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 188.

⁴⁵² *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 83 f., nach dem allerdings nicht verbandsangehörige Dritte bei im Einzelfall vorhandenem rechtlichen Interesse ebenfalls zulässigerweise Feststellungsklage erheben können; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 279 f., der die Gesellschaftereigenschaft generell voraussetzt; MHLS/*Römermann* Anh. § 47 GmbHG Rn. 587, nach dem die allgemeine Feststellungsklage für die Fälle zur Verfügung steht, bei denen es „zwischen den Gesellschaftern“ umstritten ist, ob und mit welchem Ergebnis ein Beschluss gefasst wurde.

⁴⁵³ BGH NZG 2013, 664; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 113; BeckOK-BGB/*Schöne* § 709 Rn. 65.

⁴⁵⁴ RGZ 66, 134, wonach für die Aktiengesellschaft der Grundsatz bestehe, „daß die Legitimation des Aktionärs für die Anfechtungsklage des § 271 B.G.B. durch den fortdauernden Besitz wenigstens einer Aktie bedingt ist, auf Grund deren er dem angefochtenen Beschlüsse der Generalversammlung widersprochen hat.“; BGH NJW 2008, 69, 75; Spindler/*Stilz/Dörr* § 245 AktG Rn. 19; MüKo-AktG/*Hüffer/Schäfer* § 245 Rn. 26; a. A. aber z. B.

der Gesamtrechtsnachfolge: hier tritt der Nachfolger in die gesamte Rechtsstellung ein, also auch in die Anfechtungsbefugnis.⁴⁵⁵ Im Gegensatz zur AG ist der Übergang der Anfechtungsbefugnis für die GmbH hingegen generell anerkannt.⁴⁵⁶ Da in Personengesellschaften der Altgesellschafter noch zur Anfechtung berechtigt bleibt, kann der neue Gesellschafter die Stimmabgabe nicht anfechten. Anders liegt dies auch hier im Falle der Gesamtrechtsnachfolge. Übertragen auf die Stimmabgabe bedeutet das unter Zugrundlegung der herrschenden Meinung: Bei der AG und bei den Personengesellschaften erwirbt der eintretende Gesellschafter das Anfechtungsrecht bezüglich der Stimmabgabe nur im Falle der Gesamtrechtsnachfolge, wohingegen es bei der GmbH auch bei einem Erwerb unter Lebenden auf den Erwerber übergeht.

Als zentrale Erkenntnis bleibt die Feststellung, dass sich die Möglichkeit der Anfechtung der Stimmabgabe im Falle des Ausscheidens oder Eintretens eines Gesellschafters an den Erkenntnissen zur Möglichkeit der Geltendmachung von Beschlussmängeln bzw. der Erhebung einer Beschlussfeststellungsklage orientieren muss.⁴⁵⁷ Nur wenn in Bezug auf den Beschluss noch eine aussichtsreiche Rechtsschutzmöglichkeit besteht, kann die Anfechtung der Stimmabgabe dem ausgeschiedenen oder eintretenden Gesellschafter noch nützlich sein.

Schmidt/Lutter/Schwab § 245 AktG Rn. 25, mit der durchaus überzeugenden Begründung, die Vorprägung erfolge nicht nur durch den Beschluss, sondern auch durch das Recht, ihn anzufechten.

⁴⁵⁵ Spindler/Stilz/Dörr § 245 AktG Rn. 19; MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer § 245 Rn. 26; Hüffer/Koch/Koch § 245 AktG Rn. 7.

⁴⁵⁶ BGHZ 43, 261, 267; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer Anh. § 47 GmbHG Rn. 45; UHL/Raiser Anh. § 47 GmbHG Rn. 212; Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 132; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 GmbHG Rn. 138.

⁴⁵⁷ Die Darstellung erfolgte hier an Hand der herrschenden Meinung, obwohl diese, gerade was den Übergang der Anfechtungsbefugnis bei der AG angeht, m.E. wenig überzeugt (siehe dazu schon den Text in Fn. 454). Eine detailliertere Darstellung des Beschlussmängelrechts würde allerdings zu weit vom eigentlichen Thema wegführen. Vertritt man in einzelnen Punkten oder insgesamt abweichende Auffassungen zur Möglichkeit der Geltendmachung von Beschlussmängeln durch den Erwerber eines Gesellschaftersanteils, sollte dies nach hier vertretener Auffassung zu einer entsprechend angepassten Beurteilung des Über- bzw. Untergangs des Anfechtungsrechts bezüglich der Stimmabgabe führen.

c) Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts in bestimmter Weise

Zweifel an der Ausübung des Anfechtungsrechts könnten zudem bestehen, wenn ein Gesellschafter zu der jeweiligen irrümlichen Stimmabgabe ohnehin aus anderem Grunde verpflichtet gewesen wäre, sei es aus der Treuepflicht⁴⁵⁸, sei es aus einer einklagbaren Stimmrechtsbindungsvereinbarung⁴⁵⁹. Beide Pflichten können eingeklagt und gem. § 894 ZPO vollstreckt werden.⁴⁶⁰ Der Ausübung des Anfechtungsrechts könnte § 242 BGB in diesen Fällen entgegenstehen,⁴⁶¹ da es rechtsmissbräuchlich erscheint, wenn der Gesellschafter seine Stimmabgabe anfechtet, obwohl eine andere Person auf erneute Stimmabgabe im gleichen Sinne klagen kann. Bei genauerer Betrachtung sollte aber differenziert werden, erstens zwischen Stimmpflichten aus der Treuepflicht und Stimmrechtsbindungsvereinbarungen, zweitens zwischen Irrtümern nach §§ 119, 120 BGB und der Anfechtbarkeit nach § 123 BGB.

Während ein Verstoß gegen die Treuepflicht nämlich die Nichtigkeit der Stimmabgabe begründet,⁴⁶² führt ein Verstoß gegen eine Stimmrechtsvereinbarung nie zur Unwirksamkeit der abgegebenen Stimme⁴⁶³. Stand dem Gesellschafter bereits ursprünglich die Möglichkeit offen, entgegen der Stimmrechtsbindungsvereinbarung abzustimmen, erscheint es zweifelhaft, ihm diese Möglichkeit im Nachhinein durch Einschränkung der Anfechtbarkeit zu nehmen. Zudem wirkt die Treuepflicht unmittelbar bei Ausübung des Stimmrechts und zwar auch gegenüber dem potenziellen Anfechtungsgegner, nämlich der Gesellschaft. Demgegenüber besteht die vertragliche Stimmrechtsbindung i.d.R. nicht gegenüber der Gesellschaft.⁴⁶⁴ Das heißt der Anfechtungsgegner und derjenige, gegenüber dem die Stimmrechtsbindung besteht, sind regelmäßig verschiedene Personen.

⁴⁵⁸ Zu einer potenziellen Stimmpflicht aus der Treuepflicht siehe Fn. 233.

⁴⁵⁹ Zu einer potenziellen Stimmpflicht aus einer wirksamen Stimmrechtsbindungsvereinbarung siehe Text zu und Nachweise in Fn. 235 ff.

⁴⁶⁰ Siehe Fn. 239.

⁴⁶¹ Allgemein zum *dolo-agit*-Grundsatz: Erman/Böttcher § 242 BGB Rn. 111 ff.; Staudinger/Olzen/Looschelders § 242 BGB Rn. 279 ff.; MüKo-BGB/Schubert § 242 Rn. 440 ff.

⁴⁶² Siehe Fn. 234.

⁴⁶³ Siehe Fn. 236.

⁴⁶⁴ Bei der AG ist eine Stimmrechtsbindung gegenüber der Gesellschaft gem. § 136 II 1 AktG verboten, in personalistisch organisierten Gesellschaftsformen jedoch grundsätzlich möglich, siehe nur Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 618 m. w. N.

Diese beiden Aspekte rechtfertigen es, allenfalls demjenigen Gesellschafter, der irrtümlich entsprechend einer Stimmpflicht aus der Treuepflicht gestimmt hat, das Anfechtungsrecht mit Blick auf den *dolo-agit*-Grundsatz zu verwehren. Derjenige, der irrtümlich entsprechend einer Stimmrechtsbindungsvereinbarung gestimmt hat, darf seine Stimmabgabe weiterhin anfechten.

Liegt nun ein willensfehlerhaftes Stimmverhalten entsprechend der Treuepflicht vor, kann ein Gesellschafter seine Stimmabgabe im Falle eines Irrtums nach §§ 119, 120 BGB bereits wegen der fehlenden objektiven Erheblichkeit des Irrtums für die Stimmabgabe nicht anfechten, denn ein Dritter hätte bei verständiger Würdigung des Falles die Stimmabgabe ohnehin in bezeichneter Weise ausgeübt.⁴⁶⁵ Hier muss deshalb nicht auf § 242 BGB rekuriert werden. In Betracht kommt die Einschränkung letztlich einzig im Falle der Täuschung oder Drohung nach § 123 BGB. Dort stellt sich aber die Frage: darf man die Anfechtbarkeit einschränken, wenn die Stimmabgabe auf einem Irrtum oder einer Drohung basierte? Das gilt sicher nicht, wenn der Erklärungsgegner die Täuschung oder Drohung selbst begangen hat, im Falle der Stimmabgabe also alle anderen Gesellschafter als Verbandsvertreter daran beteiligt waren.⁴⁶⁶ Im Falle der Drohung durch einen Dritten spricht das Schutzbedürfnis der gutgläubigen Gesellschaft bzw. Mitgesellschafter zwar für eine Einschränkung der Anfechtung.⁴⁶⁷ Entscheidend dagegen spricht aber auch in diesem Fall, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 123 I Var. 2 BGB auch sonst Dritte nicht schützt, das Tatbestandsmerkmal der objektiven Erheblichkeit, wie es in § 119 I BGB vorkommt, existiert für § 123 BGB gerade nicht.⁴⁶⁸ Deswegen kommt auch für § 123 BGB keine Einschränkung der Anfechtbarkeit in Betracht.

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass aus dem *dolo-agit*-Grundsatz in keinem der genannten Fälle eine Einschränkung der Anfechtbarkeit der Stimmabgabe resultiert.

⁴⁶⁵ Siehe zur doppelten Kausalität Text zu Fn. 322 f.

⁴⁶⁶ Vgl. Staudinger/Roth § 142 BGB Rn. 31, nach dem im Falle einer arglistigen Täuschung der Einwand der unzulässigen Rechtausübung nur „ganz ausnahmsweise“ in Betracht kommen wird.

⁴⁶⁷ Ähnlich, zumindest für die arglistige Täuschung: Heck in: Festschrift Gierke, S. 342 ff.

⁴⁶⁸ Genau mit dieser Argumentation, wenn auch in etwas anderem Kontext: Jüdel, Gesellschafterbeschlüsse in Personalgesellschaften, S. 76.

d) Nichtig Stimmabgaben

Die Anfechtung bereits aus anderem Grund nichtiger Willenserklärungen ist nach der sogenannten Lehre von den Doppelwirkungen im Recht zulässig.⁴⁶⁹ Selbst wenn man das anders sieht,⁴⁷⁰ besteht jedenfalls Einigkeit in einem zentralen Punkt: Soweit die Anfechtung dem Erklärenden aus prozessualer Sicht wegen der Beweislastverteilung zum Nachweis der Nichtigkeit der Willenserklärung hilft, kann sie jedenfalls hilfsweise erklärt werden, sodass der Gesellschafter die Nichtigkeit aus anderem Grunde nicht mehr nachweisen muss.⁴⁷¹

e) Anfechtung eines Teils der abgegebenen Stimmen

Zuletzt stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Anfechtung nur eines Teils der abgegebenen Stimmen, denkbar insbesondere bei unterschiedlicher Abstimmung aus einem oder mehreren Gesellschaftsanteilen.⁴⁷² Selbstverständlich nicht erfasst ist der Fall, in dem ein Stimmrechtsträger zugleich als Vertreter eines anderen handelt oder eine Dritte Person zwei Stimmrechtsträger bei Ausübung des Stimmrechts vertritt. In diesen Fällen steht das Anfechtungsrecht dem Vertretenen, nicht dem Vertreter zu,⁴⁷³ die Frage nach einer teilweisen Anfechtung stellt sich nicht.

Die Stellungnahme zur Zulässigkeit einer teilweisen Anfechtung sollte sich nach der Beurteilung der Zulässigkeit der uneinheitlichen Ausübung des Stimmrechts richten.⁴⁷⁴ Denn wenn das Stimmrecht schon ursprünglich uneinheitlich hätte ausgeübt werden dürfen, gibt es keinen Grund, dem Gesellschafter eine teilweise Anfechtung seiner abgegebenen Stimmen zu verwehren. Die Möglichkeit uneinheitlicher Stimmrechtsausübung wird für Personengesellschaften in der Regel

⁴⁶⁹ Siehe dazu Text zu und weiterführenden Hinweis in Fn. 227.

⁴⁷⁰ Siehe dazu nur: *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 729 m. w. N., der selbst aber kein Bedürfnis sieht, die Lehre von der Doppelnichtigkeit zu verwerfen, auch wenn er einen anderen Ansatz präferiert.

⁴⁷¹ *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 730; *Staudinger/Roth* § 142 BGB Rn. 27; vgl. ferner *MüKo-BGB/Busche* § 142 Rn. 12.

⁴⁷² Vgl. *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 324.

⁴⁷³ Siehe Nachweise in Fn. 315.

⁴⁷⁴ Vgl. *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 324.

verneint,⁴⁷⁵ teilweise allerdings wieder bejaht, wenn ein besonderes Interesse an der uneinheitlichen Ausübung besteht⁴⁷⁶. Bei Körperschaften herrscht völlige Uneinigkeit: Teile der Literatur halten die uneinheitliche Ausübung uneingeschränkt für möglich,⁴⁷⁷ die wohl herrschende Meinung jedoch nur, wenn aus verschiedenen Gesellschaftsanteilen abgestimmt wird⁴⁷⁸. Eine dritte Ansicht hält die uneinheitliche Ausübung selbst in letzterem Falle nur dann für möglich, wenn etwa auf Grund verschiedener Interessenbindungen ein Bedürfnis für eine uneinheitliche Ausübung besteht.⁴⁷⁹

Überträgt man exemplarisch⁴⁸⁰ die Auffassung der herrschenden Meinung zur Möglichkeit des uneinheitlichen Gebrauchs des Stimmrechts auf die Anfechtung der Stimmabgabe bedeutet dies für die Personengesellschaften, dass eine teilweise Anfechtung nur dort in Betracht kommt, wo der anfechtungsberechtigte Stimmrechtsträger auf Grund besonderer Umstände ein Interesse an der unein-

⁴⁷⁵ *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 41 f.; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 72; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 71; a. A. aber *Armbrüster* in: Festschrift Bezenberger, S. 21, der eine uneinheitliche Ausübung des Stimmrechts auch bei Personengesellschaften als grundsätzlich zulässig erachtet.

⁴⁷⁶ OLG Köln BB 1996, 2058, 2059; KKRM/*Kindler* § 119 HGB Rn. 7; a. A. aber z. B. *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 42.

⁴⁷⁷ *Armbrüster* in: Festschrift Bezenberger, S. 21; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 41; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 74; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 61 ff.; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 460 ff.

⁴⁷⁸ BGH DB 1964, 1621, wobei der BGH hier strenggenommen nur feststellt, dass ein Gesellschafter, der nur einen Geschäftsanteil besitzt, nur einheitlich abstimmen könne – der Rückschluss, dass ein Gesellschafter aus mehreren Geschäftsanteilen dann uneinheitlich abstimmen darf, liegt jedoch nahe; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 250; sehr ausführlich *Heckelmann*, AcP 170 (1970), 306, 317 ff.; *Hölters/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 21; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 21; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 72 f.; *Roth/Altmeyen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 29; *Scholz/Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 69 ff.; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 19 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 30 f.

⁴⁷⁹ RGZ 157, 52, 57 f.; *Bork/Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 10; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 15; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 20.

⁴⁸⁰ Erneut (vgl. bereits Fn. 457) würde es hier zu weit führen, detailliert in den Streit zur Zulässigkeit uneinheitlicher Stimmrechtsausübung einzusteigen. Zentraler Punkt ist die Orientierung an der Beurteilung der Zulässigkeit uneinheitlichen Stimmrechtsgebrauchs. Wer also wie z. B. *Armbrüster* in: Festschrift Bezenberger S. 21 der Ansicht ist, das Stimmrecht dürfe in jeder Gesellschaftsform uneingeschränkt uneinheitlich gebraucht werden, der sollte gleichermaßen die teilweise Anfechtung uneingeschränkt zulassen.

heitlichen Ausübung des Stimmrechts hat. In Körperschaften steht einer teilweisen Anfechtung nichts im Wege, soweit aus mehr als einem Gesellschaftsanteil abgestimmt wurde. Konsequenterweise darf man die teilweise Anfechtung in diesen Fällen nur dann zulassen, wenn ein Stimmvolumen angefochten wird, dass einem oder einer Kombination mehrerer Gesellschaftsanteile des Stimmrechtsträgers entspricht. Hält ein Gesellschafter z. B. zwei GmbH-Geschäftsanteile zu je 1.000 €, kann der Gesellschafter eine teilweise Anfechtung nur für genau die Hälfte seiner abgegebenen Stimmen erklären, nicht in einem anderen Verhältnis.

5. Rechtsfolge der Anfechtung

Gem. § 142 I BGB ist ein angefochtenes Rechtsgeschäft so anzusehen, als sei es von Anfang an nichtig gewesen. Bei mehrseitigen Rechtsgeschäften kann trotz der Gesetzesformulierung nicht etwa das Rechtsgeschäft, sondern immer nur die darauf gerichtete Willenserklärung angefochten werden.⁴⁸¹ Die angefochtene Willenserklärung wird durch die Anfechtung ex tunc nichtig, die Anfechtung bewirkt hingegen keine fingierte Abgabe oder sogar ex tunc Wirksamkeit der ursprünglich gewollten Willenserklärung.⁴⁸² Die Vorschrift des § 1957 I BGB, wonach die Anfechtung der Annahme der Erbschaft als Ausschlagung, die Anfechtung der Ausschlagung als Annahme gilt, kann auf die Stimmabgabe nicht analog angewendet werden. Erstens handelt es sich um eine Ausnahmenvorschrift, zweitens besteht neben der positiven und der negativen Ausübung des Stimmrechts als dritte Handlungsmöglichkeit noch die Möglichkeit der Enthaltung.⁴⁸³ Auch die Anfechtung der Stimmabgabe führt deswegen ausschließlich zu ihrer Nichtigkeit, nicht etwa zu einer Stimmabgabe im gegenteiligen Sinne.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ *Bork*, BGB-AT, Rn. 915; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 439; BeckOK-BGB/Wendtland § 142 Rn. 3.

⁴⁸² Vgl. *Erman/Arnold* § 142 BGB Rn. 2; *Bork*, BGB-AT, Rn. 916; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 438; *Flume*, BGB-AT II, S. 421; *Soergel/Hefermehl* § 142 BGB Rn. 9; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 181; *Zöllner*, Schranken, S. 359.

⁴⁸³ *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 319 f.; *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 334, dieser nur mit letzterem Argument.

⁴⁸⁴ *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 326 f.; *MüKo-HGB/Enzinger* § 119 Rn. 16, nach dem die nichtige Stimmabgabe wie eine Stimmenthaltung wirkt; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 39; *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 334 f.

a) Nachholung der Stimmabgabe bzw. der Beschlussfassung

Soweit die Frist zur Abgabe der Stimme noch nicht verstrichen ist, kann die Stimmabgabe nachgeholt werden.⁴⁸⁵ Denn da die Stimmabgabe als *ex tunc* nichtig anzusehen ist, also im rechtlichen Sinne niemals erfolgte, hat der Gesellschafter auch das Stimmrecht für den konkreten Abstimmungsgegenstand noch nicht verloren. Ist eine Nachholung wegen Fristablaufs oder aus Gründen der tatsächlichen Unmöglichkeit ausgeschlossen, besteht ggf. ein Anspruch des Anfechtenden gegenüber der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern aus der Treuepflicht auf erneute Abstimmung über den Beschlussgegenstand.⁴⁸⁶ Ein solcher Anspruch kommt nur in Betracht, wenn die Stimmabgabe des Anfechtenden potenziell erheblich für den Beschluss hätte sein können.⁴⁸⁷ Dies ist der Fall, wenn der anfechtende Gesellschafter positiv abgestimmt hat, das positive Beschlussergebnis auch ohne Berücksichtigung seiner Stimmabgabe weiterhin Bestand hat, jedoch keinen Bestand hätte, wenn er mit „Nein“ gestimmt hätte. Als umgekehrter Fall kommt in Betracht, dass der anfechtende Gesellschafter negativ abgestimmt hat und der negative Beschluss ohne Berücksichtigung seiner Stimmabgabe ein solcher bleibt, jedoch als positiver Beschluss zustande gekommen wäre, wenn er mit „Ja“ gestimmt hätte. Selbst bei potenzieller Erheblichkeit besteht der Anspruch auf erneute Beschlussfassung nicht in jedem Falle, sondern nur, wenn eine Abwägung der allseitigen Interessen mit Rücksicht auf die Treuepflicht eine erneute Abstimmung gebietet. Wegen der typischerweise stärkeren Ausprägung der Treuepflicht in Personengesellschaften bzw. personalistisch organisierten Gesellschaften,⁴⁸⁸ wird der Anspruch in solchen Gesellschaften häufiger bestehen, als etwa bei der Aktiengesellschaft.

⁴⁸⁵ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 153 f.; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 181; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 81, der sogar noch weiter geht und immer ein Recht zur Nachholung gewähren will; *MüKo-BGB/Schäfer* § 709 Rn. 111; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 74; a. A. *BeckOK-BGB/Schöne* § 709 Rn. 54.

⁴⁸⁶ *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 74; *BeckOK-BGB/Schöne* § 709 Rn. 54.

⁴⁸⁷ Vgl. § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss, wonach eine fehlerhaft mit einbezogene oder nicht mit einbezogene Stimmabgabe nur dann Auswirkungen auf die Qualität des Beschlusses hat, wenn sie für diesen erheblich war.

⁴⁸⁸ Vgl. Nachweis in Fn. 361.

b) Einverständnis des Erklärungsgegners mit der tatsächlich gewollten Stimmabgabe

Nach ganz herrschender Meinung muss sich der Erklärende an seiner tatsächlich gewollten Erklärung festhalten lassen, wenn der Erklärungsgegner mit deren Geltung einverstanden ist und dies dem Anfechtenden unverzüglich nach der Anfechtung mitteilt.⁴⁸⁹ Das Rechtsgeschäft gilt dann von Anfang an in der Weise, wie es gegolten hätte, wenn der Irrende bereits ursprünglich seine gewollte Erklärung abgegeben hätte.⁴⁹⁰ Für die Anfechtung nach § 123 BGB gilt dies nicht.⁴⁹¹

Zur Feststellung der Übertragbarkeit dieses Grundsatzes auf die Stimmabgabe, sollte zunächst ermittelt werden, wer das Recht, den Anfechtenden an seiner ursprünglichen Erklärung festzuhalten, für die Anfechtung der Stimmabgabe ausüben dürfte. Durch das Festhalten an der ursprünglich gewollten Stimmabgabe kann quasi ein neuer Beschluss entstehen. Deshalb können auf Seiten des Verbands als Anfechtungsgegner der Stimmabgabe nur die zur konkreten Beschlussfassung berufenen organschaftlichen Vertreter des Verbands, also alle stimmberechtigten Mitgesellschafter ausübungsberechtigt sein. Der Versammlungsleiter oder die Geschäftsführung haben diesbezüglich keine Vertretungsmacht. Der Wunsch muss grundsätzlich einheitlich von den anderen stimmberechtigten Ge-

⁴⁸⁹ Erman/*Arnold* § 142 BGB Rn. 2; *Bork*, BGB-AT, Rn. 954; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 437b; MüKo-BGB/*Busche* § 142 Rn. 16; *Flume*, BGB-AT II, S. 421 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 781; *Staudinger/Roth* § 142 BGB Rn. 38; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 149 f., dieser auch mit einer knappen Darstellung der verschiedenen dogmatischen Herleitungsansätze, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll; a. A.: *Soergel/Hefermehl* § 142 BGB Rn. 9.

⁴⁹⁰ *Flume*, BGB-AT II, S. 422; anders *Bork*, BGB-AT, Rn. 955, der weiterhin von der Nichtigkeit ausgeht, jedoch den Parteien und auch jedem Dritten die Berufung auf dieselbe verwehrt.

⁴⁹¹ BGHZ 163, 148, 151; BGH NJW 2010, 289, 290; *Bork*, BGB-AT, Rn. 954, der sich ausdrücklich nur auf Irrtümer nach §§ 119, 120 BGB bezieht; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 460; *Flume*, BGB-AT II, S. 421 f., nur in Bezug auf Irrtümer nach § 119 I BGB; a. A.: OLG Nürnberg NJW-RR 1998, 535, 536, welches in dem konkreten Fall die Rechtsfolge des § 142 I BGB zumindest teilweise gem. § 242 BGB beschränkte; *Staudinger/Roth* § 142 BGB Rn. 38; die übrigen in Fn. 489 genannten Autoren stellen keine gesonderten Erwägungen zu den verschiedenen Anfechtungsgründen an.

sellschaftern geäußert werden, da die organschaftliche Vertretung der Gesellschafterversammlung eine Gesamtvertretung ist.⁴⁹² Denkbar wäre auch eine Beschlussfassung über das Festhaltenwollen, die den jeweiligen Mehrheitserfordernissen in der Gesellschaft angepasst ist.

Daraus ergibt sich ein Problem, denn die Anfechtung kann auch nach Beendigung der Versammlung noch erklärt werden. Zu dieser Zeit und bis zum Beginn der nächsten Versammlung pausiert die Organwelterstellung der Gesellschaftergesamtheit jedoch.⁴⁹³ Zwar liegt, wenn die Gesellschaftergesamtheit faktisch erst auf der nächsten Versammlung über das Festhalten an der ursprünglich gewollten Erklärung entscheiden kann, kein schuldhaftes Zögern vor, so dass die Ausübung dieses Rechts dann immer noch „unverzüglich“⁴⁹⁴ geschehen könnte. Da die Abstände zwischen Gesellschafterversammlungen aber bisweilen sehr groß sein können, sollte die Möglichkeit des Festhaltens an der ursprünglich gewollten Erklärung für die Stimmabgabe mit Blick auf die Rechtssicherheit bezüglich der Beurteilung der Wirksamkeit der abgegebenen Stimmen grundsätzlich ausgeschlossen werden, wobei zwei Ausnahmen zuzulassen sind: Kein Bedürfnis für eine Einschränkung besteht, wenn die Anfechtung auf einer Gesellschafterversammlung erklärt wird und die Mitgesellschafter den Anfechtenden sofort an seiner ursprünglich gewollten Erklärung festhalten oder wenn alle Gesellschafter zugleich Geschäftsführer sind, denn dann können sie ihr Recht, den Anfechtenden an seiner ursprünglichen Erklärung festzuhalten, ohne zeitliche Verzögerung ausüben und es entsteht keine unzumutbare Zeitspanne der Rechtsunsicherheit.

Zur Veranschaulichung der möglichen Konstellationen folgende drei Beispielfälle:

(1) In einer GbR mit den Gesellschaftern A und B ergeht ein einstimmiger Beschluss⁴⁹⁵ über die Gewährung eines Darlehens der Gesellschaft an den Gesellschafter A in Höhe von 50.000 €. B ficht seine auf den Beschluss ge-

⁴⁹² Schließlich muss z. B. die Stimmabgabe auch allen Gesellschaftern gegenüber als Empfangsvertreter des Verbands zugehen um wirksam zu werden, siehe, Text zu Fn. 623 ff.

⁴⁹³ Vgl. bereits Text zu und Nachweis in Fn. 431.

⁴⁹⁴ Siehe zur Legaldefinition § 121 I 1 BGB.

⁴⁹⁵ Es spielt letztlich keine Rolle, ob A dabei vom Stimmrecht ausgeschlossen ist oder nicht.

richtete Stimmabgabe mit der Begründung an, er habe sich bei der Beschlussfassung in dem Glauben befunden, es werde ein Darlehen in Höhe von 5.000 € gewährt.

Mit der Anfechtung der Stimmabgabe des B würde sich der positive Beschluss grundsätzlich ex tunc in einen Nichtbeschluss umwandeln.⁴⁹⁶ Nach dem zuvor Dargelegten kann A den B aber an der Stimmabgabe zumindest in Bezug auf die Darlehensgewährung in Höhe von 5.000 € festhalten. Dem stehen in dieser Konstellation keine weiteren Bedenken entgegen, selbst dann nicht, wenn die Anfechtung erst nach Beendigung der Versammlung erfolgt, da B von der Anfechtung sofort erfährt und auch nach der Versammlung noch unverzüglich reagieren kann.

(2) In der X-GmbH bestehend aus den gleichermaßen stimmberechtigten Gesellschaftern A, B, C und D besteht das Satzungserfordernis, bestimmte Beschlüsse – auch solche, welche die Darlehensgewährung der Gesellschaft an ihre Gesellschafter erfasst – nur unter Mitwirkung aller Gesellschafter fassen zu können,⁴⁹⁷ wobei eine 2/3-Mehrheit erforderlich ist. Alle vier Gesellschafter stimmen für einen Beschluss, der auf eine Darlehensgewährung an A in Höhe von 50.000 € gerichtet ist. Der Beschluss wird verbindlich festgestellt. B ficht seine Stimmabgabe noch auf der Versammlung mit der Begründung an, er habe gegen den Beschluss stimmen wollen.

Erneut würde die Anfechtung des B zur Nichtigkeit seiner Stimmabgabe führen, mit der Folge, dass das Erfordernis der Mitwirkung aller Gesellschafter an der Beschlussfassung nicht gewahrt wäre. Grundsätzlich würde dies zur Rechtswidrigkeit, wegen der verbindlichen Beschlussfeststellung aber nicht zur Unwirksamkeit des Beschlusses führen. Halten A, C und D den B nun an seiner ursprünglich gewollten Stimmabgabe fest, würde der Beschluss rechtmäßig werden, da die erforderliche Mitwirkung aller Gesellschafter wieder gegeben wäre und die erforderliche 2/3-Mehrheit erreicht wäre. Eine Beschlussanfechtung hätte somit keine Erfolgsaussicht. Auch gegen diese Konstellation bestehen keine Bedenken, solange der Wille, B an seiner Erklärung festhalten zu wollen,

⁴⁹⁶ Siehe Text zu Fn. 936.

⁴⁹⁷ Zur Möglichkeit einer solchen Regelung vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 49; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 21 f.

noch auf der Versammlung erklärt wird oder A, C und D allesamt geschäftsführungsbefugt sind und sie eine entsprechende gemeinsame Erklärung abgeben können.

(3) In der Y-GmbH bestehend aus den gleichermaßen stimmberechtigten Gesellschaftern A, B, C und D besteht das Satzungserfordernis, bestimmte Beschlüsse – auch solche, welche die Darlehensgewährung der Gesellschaft an ihre Gesellschafter erfasst – nur einstimmig unter Mitwirkung aller Gesellschafter fassen zu können. Erneut stimmen alle Gesellschafter für den Beschluss über die Darlehensgewährung an A i. H. v. 50.000 €. Der Beschluss wird verbindlich festgestellt. Dieses Mal ficht B seine Stimmabgabe mit der Begründung an, er habe sich in dem Glauben befunden, es werde ein Darlehen über 5.000 € gewährt.

In diesem Fall würde die Nichtigkeit der Stimmabgabe des B erneut dazu führen, dass die erforderliche Beteiligung aller Gesellschafter an der Beschlussfassung nicht gewahrt wurde. Was nun, wenn A, C und D den B an seiner Stimmabgabe im ursprünglich gewollten Sinne festhalten wollten? Die erforderliche Beteiligung aller Gesellschafter an der Beschlussfassung wäre zwar gewahrt, bezüglich der Darlehensgewährung in Höhe von 50.000 € läge aber keine Einstimmigkeit vor. Richtigerweise sollte in einem solchen Falle der Beschluss in seiner festgestellten Form (Darlehensgewährung in Höhe von 50.000 €) zunächst weiterhin wirksam sein. Erklären sich die Gesellschafter A, C und D nicht bereit, einen Aufhebungsbeschluss zu fassen, muss B den Beschluss anfechten. Das Gericht wird den Beschluss dann aber nur soweit aufheben, wie er rechtswidrig ist, d.h. auf die Darlehensgewährung in Höhe von 5.000 € reduzieren, vorausgesetzt dies entspricht dem mutmaßlichen Willen der ursprünglich an der Beschlussfassung beteiligte Gesellschafter.⁴⁹⁸

Abstrakt lässt sich also feststellen, dass das Festhalten des anderen Teils am tatsächlich Gewollten im Falle der Stimmabgabe nur möglich ist, wenn alle im konkreten Fall stimmberechtigten Mitgesellschafter in der Lage sind, auf die erfolgte Anfechtung ohne nennenswerte zeitliche Verzögerung zu reagieren. Entfaltet eine Feststellung keine konstitutive Wirkung, bestehen daneben keine weiteren

⁴⁹⁸ Detailliert zur Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse siehe, § 3 2. Teil B) II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).

Bedenken. Sieht das Gesetz oder der Gesellschaftsvertrag jedoch die Beschlussfeststellung als konstitutives Element der Beschlussfassung vor, ist der tatsächlich festgestellte Beschluss zunächst wirksam. Führt die Anfechtung der Stimmabgabe nur zum Nichterreichen einer vorgeschriebenen Mindestbeteiligung an der Abstimmung, kann der Beschluss durch das Festhalten an der Stimmabgabe im ursprünglich gewollten Sinne rechtmäßig bleiben.⁴⁹⁹ Ist das Mehrheitserfordernis durch die Anfechtung nicht mehr gewahrt, kann der Beschluss durch Anfechtungsklage angegriffen werden. Im Falle seiner Teilbarkeit wird er aber ggf.⁵⁰⁰ nur soweit aufgehoben, wie das Festhalten am ursprünglich Gewollten ihn nicht wirksam bleiben lässt.⁵⁰¹

Ist der Beschluss nicht teilbar und stellt die Beschlussfeststellung konstitutives Element der Beschlussfassung dar, kann der ursprüngliche Beschluss angefochten werden und das Gericht wird ihn vollständig aufheben. Den Gesellschaftern bliebe zum Festhalten des irrenden Gesellschafters an seiner ursprünglich gewollten (auf einen völlig anderen Beschluss gerichteten) Stimmabgabe einzig die Möglichkeit, eine Beschlussfeststellungs(gegen)klage zu erheben.

Im Falle von Gesellschaften mit einer hohen Anzahl von Gesellschaftern und hoher Beteiligung in der Gesellschafterversammlung wird das Festhalten an der ursprünglich gewollten Stimmabgabe aus organisatorischen Gründen kaum praxistauglich umsetzbar sein.

c) Möglichkeit der Teilanfechtung

Eine Teilanfechtung kann nicht nur in der Gestalt gewollt sein, einen Teil des dem Gesellschafter zukommenden Stimmgewichts vollständig zu vernichten,⁵⁰² sondern auch in der Gestalt, die positive oder negative Positionierung zum Beschlussantrag nur teilweise, das heißt bezüglich bestimmter Inhalte des Beschlusses zu revidieren.

⁴⁹⁹ Siehe Beispielsfall 2.

⁵⁰⁰ Detailliert zur Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse siehe, § 3 2. Teil B) II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).

⁵⁰¹ Siehe Beispielsfall 3.

⁵⁰² Dazu bereits unter § 2 2. Teil B) II. 4 Anfechtung eines Teils der abgegebenen Stimmen.

Allgemein gilt bezüglich der Möglichkeit einer Teilanfechtung: Soweit ein Rechtsgeschäft teilbar ist, kann auch eine Willenserklärung teilweise angefochten werden, soweit sich der Anfechtungsgrund nur auf diesen Teil bezieht.⁵⁰³ Dem Irrenden bleibt immer die Möglichkeit, seine komplette Erklärung anzufechten.⁵⁰⁴ Ob im Falle der Teilanfechtung das restliche Rechtsgeschäft wirksam bleibt, richtet sich nach § 139 BGB.⁵⁰⁵ Wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Gestaltungsrechte kann die Anfechtung jedoch nicht von der Wirksamkeit des übrigen Teils des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht werden, eine in solcher Form erklärte Anfechtung entfaltet keine Wirkung.⁵⁰⁶ Die teilweise Anfechtung eines unteilbaren Rechtsgeschäfts bleibt ebenso wirkungslos.⁵⁰⁷

Übertragen auf die Stimmabgabe bedeutete dies: Soweit der in Frage stehende Beschluss teilbar ist, kann die Stimmabgabe auch teilweise angefochten werden, wenn sich der Anfechtungsgrund inhaltlich nur auf einen Teil der Stimmabgabe bezog. Beispielsweise könnte ein Beschluss darüber ergehen, die Geschäftsführung zu veranlassen, die Grundstücke X, Y und Z zu erwerben. Befindet sich Gesellschafter A nun in einem Eigenschaftsirrtum über das Grundstück X, kann er seine Stimmabgabe entweder insgesamt, oder nur bezüglich des Grundstücks X anfechten. Das mag auf den ersten Blick befremdlich wirken, da der Gesellschafter dem Beschlussantrag bei Abgabe seiner Stimmabgabe nicht nur teilweise hätte zustimmen können, sondern den Beschlussantrag entweder in seiner Ganzheit hätte annehmen oder ablehnen müssen.⁵⁰⁸ Das verhält sich bei anderen Rechtsgeschäften aber nicht anders. Auch ein Vertragsangebot über den Erwerb mehrerer Kaufgegenstände kann der Angebotsadressat nur entweder komplett

⁵⁰³ RGZ 146, 234, 237; BGH MDR 1973, 653; BGH WM 1983, 92; *Bork*, BGB-AT, Rn. 924; MüKo-BGB/*Busche* § 143 Rn. 11; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 139; *Staudinger/Roth* § 142 BGB Rn. 26.

⁵⁰⁴ BGH NJW 2010, 289, 290; *Bork*, BGB-AT, Rn. 924 Fn. 156.

⁵⁰⁵ RGZ 146, 234, 237; BGH MDR 1973, 653; BGH WM 1983, 92; *Bork*, BGB-AT, Rn. 924; *Flume*, BGB-AT II, S. 561 f.; *Soergel/Hefermehl* § 142 BGB Rn. 6; *Staudinger/Roth* § 142 BGB Rn. 26; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 139 f.

⁵⁰⁶ RGZ 146, 234, 238 ff.; BGH WM 1983, 92, 93; MüKo-BGB/*Busche* § 143 Rn. 11; *Staudinger/Roth* § 142 BGB Rn. 26; vgl. auch *Flume*, BGB-AT II, S. 561 f.

⁵⁰⁷ RGZ 146, 234, 236 f.; BGH NJW-RR 2002, 380, 381; *Erman/Arnold* § 143 BGB Rn. 3; *Soergel/Hefermehl* § 142 BGB Rn. 6.

⁵⁰⁸ Vgl. neben § 2 1. Teil Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe noch *Winnefeld*, DB 1972, 1053, wonach jede noch so kleine Abweichung vom Beschlussantrag nur durch Ablehnung des Antrags und neuer Antragstellung erfolgen kann.

annehmen oder ablehnen, eine Beschränkung auf einen Teil der Kaufgegenstände wäre eine Ablehnung des Angebots verbunden mit einem neuen Angebot, § 150 II BGB. Trotzdem kann in solchen Fällen bei einem Irrtum über nur einen Teil der Kaufgegenstände eine teilweise Anfechtung erfolgen.⁵⁰⁹ Ob der Kaufvertrag – insbesondere weil der Verkäufer die Gegenstände nur in ihrer Gesamtheit verkaufen wollte – dann insgesamt nichtig ist, bestimmt sich nach § 139 BGB.⁵¹⁰ Parallel dazu bestimmt sich bei einer Teilanfechtung der Stimmabgabe das Schicksal des Beschlusses nach den Grundsätzen der Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse.⁵¹¹

d) Auswirkungen der Anfechtung auf den Gesellschafterbeschluss und das Ausführungsgeschäft

Streng zu unterscheiden sind die Nichtigkeit der Stimmabgabe und die Auswirkungen dieser Nichtigkeit auf den Gesellschafterbeschluss und auf ein eventuelles Ausführungsgeschäft.⁵¹² Nur die Nichtigkeit der Stimmabgabe konvergiert mit dem eigentlichen Gegenstand dieser Arbeit, die Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss und das Ausführungsgeschäft werden deswegen an dieser Stelle nur cursorisch dargestellt.

aa) Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss

Bezüglich der Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss lässt sich für alle Gesellschaftsformen zunächst festhalten, dass eine Anfechtung der Stimmabgabe sich auf den Beschluss nur dann auswirkt, wenn die angefochtene Stimmabgabe für das Beschlussergebnis kausal bzw. erheblich war.⁵¹³ Erheblichkeit soll nach verbreiteter Auffassung auch dann vorliegen, wenn andere Gesellschafter

⁵⁰⁹ Zur Zulässigkeit der teilweisen Anfechtung eines an sich einheitlichen Kaufvertrags: RGZ 146, 234 ff.; BGH WM 1983, 92 f.

⁵¹⁰ Vgl. BGH WM 1983, 92.

⁵¹¹ Siehe dazu näher § 3 2. Teil B) II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).

⁵¹² Vgl. Hueck, Das Recht der OHG, S. 179; Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 22 f.; Zöllner, Schranken, S. 359.

⁵¹³ BGHZ 14, 264, 267 f.; Erman/Westermann § 32 BGB Rn. 6; Bartholomeyczik, AcP 144 (1938), 287, 325; Baltzer, Der Beschluß, S. 154; MüKo-BGB/Enzinger § 119 Rn. 16; Heck in: Festschrift Gierke, S. 329 f. „relevant“; Hueck, Das Recht der OHG, S. 181 f.; Baumbach/Hopt/Roth § 119 HGB Rn. 24; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 88; Vormbaum, Beschluß und das Abstimmen, S. 50 f.; Staudinger/Weick § 32 BGB Rn. 30; Münch-Hdb. GesR I/Weipert § 57 Rn. 89; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 8; Zöllner, Schranken, S. 360 f.

sich durch die angefochtene Stimmabgabe zu ihrem Stimmverhalten haben verleiten lassen.⁵¹⁴ Dies begegnet jedoch dogmatischen Bedenken. Die einzelnen Stimmabgaben stellen mit Sicherheit kein verbundenes Rechtsgeschäft dergestalt dar, dass ihre Wirksamkeit i. S. d. § 139 BGB voneinander abhinge.⁵¹⁵ Die Stimmrechtsträger, die sich durch die angefochtene Stimmabgabe zu ihrem konkreten Abstimmungsverhalten haben verleiten lassen, unterlagen bei der Stimmabgabe einem Irrtum über die Wirksamkeit der abgegebenen Stimme des anfechtenden Stimmrechtsträgers. Dieser Irrtum stellt zunächst nur einen grundsätzlich unbeachtlichen Motivirrtum⁵¹⁶ dar. Anders verhält es sich, wenn die angefochtene Stimmabgabe auf arglistiger Täuschung oder Drohung beruhte und der Täuschende oder Drohende mit seinem Verhalten zusätzlich gerade die Beeinflussung der übrigen Stimmrechtsträger durch seine Einwirkung auf den Anfechtungsberechtigten bezweckte⁵¹⁷ bzw. zumindest in seinen Vorsatz mit aufnahm⁵¹⁸. Dann beruhen die so hervorgerufenen Stimmabgaben auf einer arglistigen Täuschung, was die Stimmrechtsträger zur Anfechtung ihrer Stimmabgaben berechtigt. Die kumulative Anfechtung kann dann ihrerseits zur Erheblichkeit für den Beschluss im soeben zuerst genannten Sinne führen – nämlich bei Auswirkungen auf die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse. Liegt dieser Fall nicht vor, hat die Anfechtung der Stimmabgabe auf den Beschluss richtigerweise selbst dann keine Auswirkungen, wenn die ursprüngliche Stimmabgabe andere Stimmrechtsträger in der Ausübung ihres Stimmrechts beeinflusst hat. Entsprechendes gilt, wenn die anderen Stimmrechtsträger zwar einem beachtlichen Motivirrtum unterlagen, von ihrem Anfechtungsrecht aber keinen Gebrauch machen. Denn der Beschluss an sich beruht dann immer noch auf einer den Anforderungen entsprechenden Mehrheit wirksamer Stimmabgaben – bzw. beim

⁵¹⁴ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 154; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 39; *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 330, selbst allerdings auch schon kritisch und deswegen restriktiv; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 24; *Zöllner*, Schranken, S. 361 Fn. 6.

⁵¹⁵ Vgl. *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 52 ff., insbesondere S. 55, der die Nichtanwendbarkeit des § 139 BGB in diesen Fällen auf die (grundsätzliche) Bedingungsfeindlichkeit der Stimmabgabe stützt.

⁵¹⁶ Zur – abseits der gesetzlich geregelten Fälle – grundsätzlichen Unbeachtlichkeit von Motivirrtümern ausführlich: *Flume*, BGB-AT II, S. 424 ff.

⁵¹⁷ Zum Erfordernis der Finalität im Rahmen des § 123 I Var. 2 BGB: BGH NJW-RR 1996, 1281, 1282; BAG NZA 2006, 841, 843; *Bork*, BGB-AT, Rn. 901; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 471; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 126 f.

⁵¹⁸ Konkret zur Arglist im Rahmen des § 123 I Var. 1 BGB siehe, Text zu Fn. 365.

negativen Beschluss auf dem Nichterreichen der erforderlichen Mehrheit. Die Erheblichkeit der angefochtenen Stimmabgabe für den Beschluss ist demnach nur zu bejahen, wenn sich durch die Anfechtung tatsächlich die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse ändern.

Liegt Erheblichkeit der angefochtenen Stimmabgabe für den Beschluss vor, sind erneut zwei grundlegend verschiedene Fälle zu unterscheiden: solche, in denen die Beschlussfeststellung konstitutive Wirkung entfaltet und solche, in denen eine Beschlussfeststellung unterbleibt oder ihr nur deklarative Wirkung zukommt. Entfaltet die Beschlussfeststellung konstitutive Wirkung führt die Anfechtung der Stimmabgabe bei Erheblichkeit für den Gesellschafterbeschluss nur zu dessen Anfechtbarkeit nach § 243 AktG (analog)⁵¹⁹, nicht zu dessen Nichtigkeit. Nach herrschender Auffassung kann daneben eine positive Beschlussfeststellungsklage hinsichtlich der Feststellung des Beschlusses erhoben werden, wie er ohne Berücksichtigung der nichtigen Stimmabgabe zustande gekommen wäre.⁵²⁰ Entfaltet die Beschlussfeststellung hingegen keine konstitutive Wirkung, hat die Anfechtung der Stimmabgabe bei Erheblichkeit nach h. M. unmittelbare Auswirkungen auf den Charakter des Beschlusses als negativer oder positiver Gesellschafterbeschluss.⁵²¹ Da die Anfechtung ex tunc wirkt, ändert sich auch das Beschlussvorzeichen grundsätzlich⁵²² ex tunc.

⁵¹⁹ Vgl. den Text in Fn. 171 zur analogen Anwendung der §§ 241 ff. auf die GmbH. Zur Anfechtbarkeit bei Einbeziehung nichtiger Stimmen in das Beschlussergebnis bei konstitutiv wirkender Feststellung: *Bunke*, AG 2002, 57, 65; *UHL/Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 19 f.; *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 106; *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 58.

⁵²⁰ Siehe nur: *BGHZ* 76, 191, 199; *Schmidt/Lutter/Schwab* § 246 AktG Rn. 43 ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 186 ff.; ausführlich auch *Zöllner*, *Schranken*, S. 405 ff.; dagegen: *Ernst* in: *Festschrift Leenen*, S. 39.

⁵²¹ Sie führt dann zum Vorliegen eines Beschlusses im gegenteiligen Sinne oder (insbesondere bei Einstimmigkeit erfordernden Beschlüssen) zur Unwirksamkeit des Beschlusses, siehe dazu: *Heck* in: *Festschrift Gierke*, S. 329 ff.; *Koppensteiner*, *Juristische Blätter* 2017, 273, 278; *Zöllner*, *Schranken*, S. 159 ff. Für eine Übertragung des körperschaftlichen Mängelrechts auf Beschlüsse in Vereinen und Personengesellschaften siehe bereits Text und Nachweise in Fn. 51.

⁵²² Soweit auf Grundlage des Beschlusses jedoch bereits Dispositionen getroffen wurden, insbesondere solche, deren Rückabwicklung mit großen Schwierigkeiten verbunden wäre, kommt die Anwendung der Lehre von den fehlerhaften Beschlüssen in Betracht, wonach bereits umgesetzte Beschlüsse in bestimmten Fällen nur eine ex-nunc-Nichtigkeit erfahren oder sogar nur ein Anspruch auf erneute Abstimmung besteht. Das Beschlussmängelrecht soll hier nicht näher behandelt werden, zur Vertiefung siehe deswegen:

bb) Auswirkungen auf das Ausführungsgeschäft

Auf das Ausführungsgeschäft kann sich die Anfechtung der Stimmabgabe nur dann auswirken, wenn durch die Anfechtung der Beschlussinhalt unmittelbar verändert wird. Selbst in diesen Fällen kommen unmittelbare Auswirkungen aber in der Regel nur in Betracht, wenn der Beschluss eine konstitutive Voraussetzung des Rechtsgeschäfts darstellt.⁵²³ Der Drittschutz lässt sich in solchen Fällen entweder über die Grundsätze von den fehlerhaften Beschlüssen⁵²⁴ oder über Rechtsscheinhaftungsgrundsätze lösen.

Von den unmittelbaren Auswirkungen auf das Ausführungsgeschäft zu unterscheiden ist die Frage, ob der Anfechtungsgrund für die Stimmabgabe nicht auch im Ausführungsgeschäft, also bei Vornahme durch den organschaftlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter, noch fortwirkt bzw. für dieses ebenfalls besteht. Sollte zum Beispiel eine Täuschung durch einen Geschäftspartner erfolgen und auf Grund der Täuschung der Beschluss gefasst werden, mit dem Täuschenden einen Vertrag zu schließen, der dann durch die (weisungsgebundenen) Geschäftsführer nach außen hin umgesetzt wird, kann sich aus der Täuschung der Gesellschafterversammlung auch die Anfechtbarkeit des Vertrags⁵²⁵ oder zumindest ein Einwand aus § 242 BGB ergeben⁵²⁶.

EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 55; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 74; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 94; im Ansatz auch schon *Baltzer*, Der Beschluß, S. 154 f.

⁵²³ Wie z. B. in BGH MDR 1973, 653, wo laut Gesellschaftsvertrag für Vertragsschlüsse mit Gesellschaftern ein entsprechender Gesellschaftsbeschluss erforderlich war, der ursprünglich zwar gefasst, durch Anfechtung der Stimmabgabe aber rückwirkend wieder vernichtet wurde. Dadurch kam es zum Fehlen einer entsprechenden Vertretungsmacht, da § 126 II HGB im Verhältnis zu Mitgesellschaftern nicht eingreift. Siehe aus der Literatur auch *Erman/Westermann* § 32 BGB Rn. 6, der als Beispiel den Gremienvorbehalt anführt.

⁵²⁴ Siehe dazu den Text und Nachweise in Fn. 522.

⁵²⁵ BGHZ 51, 141, 146 ff. unter analoger Anwendung des § 166 II BGB (S. 148); vgl. ferner: *Erman/Maier-Reimer* § 166 BGB Rn. 40; i. E. gleich *Staudinger/Schilken* § 166 BGB Rn. 17, der zwar die analoge Anwendung des § 166 II BGB ablehnt, § 123 BGB aber trotzdem für anwendbar hält, da im Falle der Drohung oder Täuschung die mittelbare Beeinflussung ausreiche. Für sonstige Willensmängel ist die analoge Anwendung des § 166 II BGB sehr umstritten, vgl. dazu nur *Schilken* a. a. O. m. w. N.

⁵²⁶ MüKo-BGB/*Schubert* § 166 Rn. 96.

e) **Kenntnis oder Kennenmüssen der Anfechtbarkeit** **(§ 142 II BGB)**

Die Anwendung des § 142 II BGB bereitet insofern Probleme, als die Anfechtung der Stimmabgabe, wie soeben dargelegt, nicht üblicherweise auch zur Nichtigkeit des Beschlusses führt. Eine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 142 II BGB von der Nichtigkeit des Beschlusses wird man nur annehmen können, wenn derjenige, der die Anfechtbarkeit der Stimmabgabe kennt oder kennen musste, auch die Erheblichkeit der Stimmabgabe für den Beschluss kannte oder kennen musste. Bei Kenntnis der Anfechtbarkeit der Stimmabgabe kann man von dem Dritten insofern erwarten, dass er sich im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren über die potenzielle Erheblichkeit der anfechtbaren Stimmabgabe informiert. Der Beschluss muss durch die Anfechtung jedoch entgegen § 142 II BGB nicht nichtig werden, es reicht aus, wenn sich der Beschluss durch die Anfechtung inhaltlich umkehrt,⁵²⁷ denn der Beschluss in seiner ursprünglichen Form besteht dann nicht mehr, was seiner Nichtigkeit für die Anwendbarkeit des § 142 II BGB gleichsteht. Die Rechtsfolge des § 142 II BGB ist im Falle der inhaltlichen Umkehrung des Beschlusses noch zu erweitern: Derjenige, der die Anfechtbarkeit der Stimmabgabe und deren Erheblichkeit für den Beschluss kennt, muss sich nicht nur so behandeln lassen, als ob er das Nichtbestehen des ursprünglichen Beschlusses kannte oder kennen musste, sondern darüber hinaus so, als ob er den gegenteiligen, umgekehrten Beschluss kannte oder kennen musste.

Liegt nun Kenntnis oder Kennenmüssen bezüglich der Anfechtbarkeit der Stimmabgabe und der Erheblichkeit der Stimmabgabe für den Beschluss vor, kann die Rechtsfolge des § 142 II BGB auch dann eintreten, wenn der Beschluss zur Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit noch angefochten werden muss. Denn dann liegt letztlich auch Kenntnis oder Kennenmüssen bezüglich der Anfechtbarkeit des Beschlusses vor und die Wertung des § 142 II BGB, der seinem Wortlaut nach ohnehin auf die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts abstellt, lässt sich übertragen.

⁵²⁷ Darin besteht die typische Rechtsfolge der Anfechtung von Stimmabgaben in einem für das Beschlussergebnis erheblichen Umfang bei Personengesellschaften, siehe § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss.

f) Schadensersatz wegen erfolgter Anfechtung

Nicht zuletzt können aus einer Anfechtung der Stimmabgabe nach §§ 119, 120 BGB⁵²⁸ Schadensersatzansprüche aus § 122 BGB resultieren.⁵²⁹ Bei Verschulden (bzw. fehlender Exkulpation) kommen daneben Schadensersatzansprüche, z. B. aus § 280 I BGB in Betracht.⁵³⁰ Ersatzfähige Schadenspositionen auf Seiten der Gesellschaft können unter anderem die Kosten einer erforderlichen erneuten Abstimmung,⁵³¹ die Kosten einer vergeblich erfolgten Eintragung oder Beurkundung oder deren Rückgängigmachung darstellen. Schadenspositionen der Mitgesellschafter können z. B. in den Reisekosten bestehen.

Der Verband hat regelmäßig jedoch ausschließlich ein ideelles Interesse an der Entstehung des Beschlusses, unmittelbare wirtschaftliche Vorteile verspricht er sich vom Beschluss nicht. Problematisch könnte deswegen die Deckelung des § 122 I BGB auf das positive Interesse sein. Teile der Literatur verneinen einen Anspruch aus § 122 I BGB generell dann, wenn dem Erklärungsgegner das nichtige Geschäft keinen wirtschaftlichen Vorteil gebracht hätte.⁵³² Das überzeugt jedoch nicht. Die Ratio der Begrenzung auf das positive Interesse besteht darin, den Geschädigten nicht besser zu stellen, als bei Wirksamkeit der Erklärung gestanden hätte.⁵³³ Die Gefahr der Bereicherung der Gesellschaft durch den Anspruch aus § 122 BGB besteht nicht, wenn die Gesellschaft mit der Beschlussfassung ohnehin nur ideelle Zwecke verfolgt. Auf der anderen Seite hat die Gesellschaft zur Ermöglichung der Abstimmung gewisse Aufwendungen zu tä-

⁵²⁸ Die folgenden Ausführungen gelten für die Rechtsfolgen der Scherzerklärung nach § 118 BGB entsprechend.

⁵²⁹ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 297; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 38; *Flume*, BGB-AT I 2, S. 250; *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 339; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 180; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgemeinschaften, S. 82.

⁵³⁰ Vgl. *Heck* in: Festschrift Gierke, S. 345; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgemeinschaften, S. 82.

⁵³¹ *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 38.

⁵³² Palandt/*Ellenberger* § 122 BGB Rn. 4; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 122 Rn. 9.

⁵³³ RGZ 170, 281, 284; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 122 Rn. 19; Erman/*Arnold* § 122 BGB Rn. 8; *Bork*, BGB-AT, Rn. 936; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 447; *Soergel/Hefermehl* § 122 BGB Rn. 4; *Höpfner*, AcP 212 (2012), 853, 862 f., der hinzufügt, dass auch keine Schlechterstellung als im Falle einer unterbliebenen Anfechtung erfolgen dürfe; *Staudinger/Singer* § 122 BGB Rn. 15.

tigen, die im Falle der notwendigen Wiederholung oder der erfolgten Beurkundung unzweifelhaft nutzlos werden. Der Anspruch aus § 122 BGB sollte demzufolge nicht schon deswegen ausgeschlossen werden, weil die Gesellschaft mit der Beschlussfassung lediglich ideelle Zwecke verfolgt.⁵³⁴ Das positive Interesse berechnet sich beispielsweise im Falle des Kaufvertrags richtigerweise auch nicht ausschließlich aus der Differenz zwischen dem Wert des Gegenstands und dem Kaufpreis, sondern umfasst regelmäßig auch den Ersatz nutzloser Aufwendungen.⁵³⁵ § 122 BGB findet somit auf die Anfechtung der Stimmabgabe grundsätzlich Anwendung.

Anspruchsinhaber des Anspruchs aus § 122 I BGB kann bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nach einhelliger Ansicht ausschließlich der Erklärungsempfänger sein, unabhängig davon, ob ein gutgläubiger Dritter auf die Erklärung vertraut hat.⁵³⁶ Für die Stimmabgabe bedeutet das, der Anspruch kann nur dem Verband zustehen.⁵³⁷ Haben die Mitgesellschafter oder ausnahmsweise andere Organe, Organwalter oder Dritte also wegen ihres Vertrauens auf die Stimmabgabe oder wegen der notwendigen Wiederholung der Abstimmung einen Schaden erlitten, können sie Ersatz vom Anfechtenden nur unter zusätzlichen Voraussetzungen, z. B. denen des § 280 I BGB verlangen.⁵³⁸

⁵³⁴ Vgl. dazu sehr detailliert *Höpfner*, AcP 212 (2012), 853 ff.: auf S. 868 f. zur Ersatzfähigkeit ideeller Aufwendungen im Rahmen des § 284 BGB, auf S. 871 f. zur Übertragbarkeit dieser Wertung auf § 122 BGB und auf S. 873 mit der Feststellung, dass bei Verfolgung ideeller Zwecke der Anfechtende „die infolge der Anfechtung frustrierten Aufwendungen grundsätzlich ohne Rücksicht auf das wirtschaftliche Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung ersetzen“ müsse. Zustimmend: *Erman/Arnold* § 122 BGB Rn. 8.

⁵³⁵ *Erman/Arnold* § 122 BGB Rn. 8; sehr detailliert *Höpfner*, AcP 212 (2012), 853, 864 ff.; *Staudinger/Singer* § 122 BGB Rn. 15.

⁵³⁶ *MüKo-BGB/Armbrüster* § 122 Rn. 14; *Erman/Arnold* § 122 BGB Rn. 4; *Soergel/Hefermehl* § 122 BGB Rn. 3; *Staudinger/Singer* § 122 BGB Rn. 12; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 122 Rn. 4.

⁵³⁷ Auch von den in Fn. 529 genannten Autoren sehen fast alle diejenigen als Ersatzberechtigten an, den sie auch als Anfechtungsgegner ansehen. Anders nur *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 180, der als Erklärungsempfänger ausschließlich die Mitgesellschafter, als Anspruchsinhaber aber sowohl die Gesellschaft als auch die Mitgesellschafter ansieht.

⁵³⁸ Ggf. kommt aber eine Drittschadensliquidation in Betracht, vgl. dazu *MüKo-BGB/Armbrüster* § 122 Rn. 14; *Bork*, BGB-AT, Rn. 935.

Ein Anspruch aus § 122 I BGB scheidet nach allgemeiner Ansicht aus, wenn allein der Erklärungsempfänger den Irrtum schuldhaft verursacht hat.⁵³⁹ Daneben soll eine Anspruchsminderung gem. § 254 BGB analog für die Fälle in Betracht kommen, in denen der Anspruchsgegner den Anfechtungsgrund – sei es schuldlos – mitverursacht.⁵⁴⁰ Richtigerweise sollte im Falle der Stimmabgabe der Anspruch unabhängig vom Verschulden des Verbands komplett ausgeschlossen werden, wenn der Anfechtungsgrund seine Ursache in der Sphäre der Gesellschaft hat.⁵⁴¹ Trifft den Anfechtenden selbst ein Verschulden, kommt schließlich immernoch der Anspruch aus § 280 I BGB in Betracht, im Rahmen dessen ein eventuelles Mitverschulden des Anspruchsgegners ganz regulär nach § 254 BGB berücksichtigt werden kann. Dies entspricht z. B. auch der Ratio des § 120 BGB, wonach derjenige, der sich einer technischen Einrichtung zur Übermittlung seiner Erklärung bedient, das damit verbundene Risiko zu tragen hat.⁵⁴² Eröffnet aber die Gesellschaft die Möglichkeit dieser Form der Übermittlung oder schreibt sie sogar vor, kann es nicht angehen, dass der Gesellschafter bei seiner fehlerfreier Nutzung dieser Möglichkeit der Gefahr der verschuldensunabhängigen Haftung nach § 122 I BGB ausgesetzt wird.

Für den Ausschlussstatbestand des § 122 II BGB greifen die bereits dargelegten allgemeinen Grundsätze der Wissenszurechnung bei verbandsinternen Erklärungen, d.h. sowohl die fahrlässige Unkenntnis oder Kenntnis des Versammlungsleiters als auch die aller anwesenden Mitgesellschafter schließen den Anspruch aus.⁵⁴³

⁵³⁹ *Bork*, BGB-AT, Rn. 939; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 122 Rn. 4; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 153.

⁵⁴⁰ BGH NJW 1969, 1380; *Palandt/Ellenberger* § 122 BGB Rn. 5; *Soergel/Hefermehl* § 122 BGB Rn. 6; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 122 Rn. 6; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 153.

⁵⁴¹ Allgemein dieser Ansicht: *Erman/Arnold* § 122 BGB Rn. 10; *Flume*, BGB-AT II, S. 424; *Staudinger/Singer* § 122 BGB Rn. 19; vgl. auch RGZ 81, 395, 398 f., wobei sich das Reichsgericht in fragwürdiger Weise auf die Arglisteinrede stützt; a. A. *Bork*, BGB-AT, Rn. 939, der bei schuldloser Mitverursachung weder § 254 BGB analog anwenden, noch den Anspruch insgesamt ausschließen will; ebenso *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 786.

⁵⁴² *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 41 Rn. 40.

⁵⁴³ Zur Wissenszurechnung siehe § 2 1. Teil Kenntnis oder Kennenmüssen von bestimmten Umständen. Zum problematischen Verhältnis von § 119 I BGB und der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB siehe nur: *MüKo-BGB/Armbrüster* § 122 Rn. 22; *Staudinger/Singer* § 122 BGB Rn. 17.

Für § 280 I BGB bestehen keine Besonderheiten, das Schuldverhältnis bildet regelmäßig der Gesellschaftsvertrag, die Pflichtverletzung besteht in der Abgabe und Anfechtung einer irrtümlich abgegebenen Erklärung. War der Irrtum vermeidbar, bzw. kann sich der Anfechtende nicht nach § 280 I 2 BGB exkulpieren⁵⁴⁴ hat er der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern den daraus resultierenden Schaden zu ersetzen. Soweit den Anspruchsinhaber ein Mitverschulden an der Irrtumsentstehung trifft, greift § 254 BGB. Macht ein Mitgesellschafter den Ersatzanspruch geltend und trifft die Gesellschaft ein Mitverschulden an der Irrtumsentstehung, kann der in Anspruch genommene Gesellschafter bei der Gesellschaft Regress nehmen, als Anspruchsgrundlagen kommen dafür z. B. § 280 I BGB und § 426 I 1, II 1 BGB in Betracht.

III. Besonderheiten der Enthaltung

Für die Enthaltung gelten die Ausführungen zur Stimmabgabe. Es kann jedoch nur eine tatsächliche Enthaltungserklärung angefochten werden, das Nichterscheinen oder die Nichtteilnahme stehen – vorbehaltlich anderslautender Vereinbarung – der Enthaltung nicht gleich. Hierin zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen der erklärten Enthaltung und dem Fernbleiben von der Versammlung bzw. dem anderweitigen Nichtabstimmen.

Auf Grund der Anfechtung der Enthaltung kann im einfachsten Fall die Stimmabgabe nachgeholt werden, da das Stimmrecht solange die Frist zur Abgabe der Stimmen nicht versäumt wurde nie erloschen ist.⁵⁴⁵ Unter Umständen kann auch ein Anspruch auf erneute Beschlussfassung bestehen.⁵⁴⁶ Der Beschluss kann durch die Anfechtung der Enthaltungserklärung auch unmittelbar fehlerhaft werden, wenn ohne die Enthaltungserklärung ein vereinbartes Quorum nicht erreicht wurde.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Zu beachten sind aber eventuelle Haftungserleichterungen, etwa aus § 708 BGB (ggf. i. V. m. § 105 HGB und § 162 II HGB), vgl. dazu nur MüKo-BGB/Schäfer § 708 Rn. 1, 5 und 6.

⁵⁴⁵ Vgl. § 2 2. Teil B) II. 5. Nachholung der Stimmabgabe bzw. der Beschlussfassung.

⁵⁴⁶ Siehe Fn. 486.

⁵⁴⁷ Jedenfalls in manchen Fällen werden Enthaltungen bei der Bestimmung über das Erreichen eines Quorums mit eingerechnet, vgl. *Baltzer*, Der Beschluß, S. 80 f., 138; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 10; *Koppensteiner*, Juristische Blätter 2017, 273; *Messer* in: Festschrift Fleck, S. 226; anders aber für die AG: *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 72.

IV. Besondere Beschlussformen

1. Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung

Werden Beschlüsse in einer Gesellschaft regelmäßig außerhalb von Versammlungen gefasst, stellt nicht mehr die Gesellschafterversammlung, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter das oberste Willensbildungsorgan der Gesellschaft dar. Konsequenzen hat das vor allem für den richtigen Adressaten der Anfechtungserklärung. Zwar bleibt der Verband der korrekte Anfechtungsgegner, dessen organschaftliche Vertreter aber sind dann nicht die Geschäftsführer, sondern dauerhaft alle Mitgesellschafter. Denn anders als die Gesellschafterversammlung ist die Gesamtheit der Gesellschafter kein nur temporär handlungsfähiges Organ. Soweit die Beschlussfassung nur ausnahmsweise nicht in einer Versammlung erfolgt, bleibt es bei den allgemeinen Erkenntnissen zum Empfänger der Anfechtungserklärung.

2. Einpersonenbeschlüsse

Für Einpersonenbeschlüsse bestehen einige Besonderheiten. §§ 116 S. 1, 118 BGB sind nicht anwendbar, da das Wissen des einzigen an der Abstimmung beteiligten Gesellschafters dem Verband zugerechnet wird. § 117 BGB stellt auf den ersten Blick ein Problem dar, der Gesellschafter kann nämlich anscheinend nach seinem Belieben Scheinbeschlüsse fassen. Auf den zweiten Blick unterscheidet sich die Situation aber nicht großartig von den Scheinbeschlüssen bei mehreren beschlussfassenden Gesellschaftern. Wirkt die Beschlussfeststellung konstitutiv, kommt der Beschluss ohnehin so zustande wie er festgestellt wurde.⁵⁴⁸ Schutzbedürftige Mitgesellschafter gibt es entweder nicht, oder sie hätten zur Beschlussfassung erscheinen können um den Einpersonenbeschluss zu verhindern. Die Gesellschaftsorgane handeln, soweit sie berechtigterweise auf den Beschluss vertrauen, im Rahmen ihrer Befugnisse. Dritte können auch bei Mehrpersonenbeschlüssen auf den Beschluss nur im Rahmen der Anwendbarkeit des § 117 BGB vertrauen. Für die Anfechtung gelten keine Besonderheiten.

⁵⁴⁸ Dazu, dass ein Beschluss bei konstitutiv wirkender Feststellung selbst dann entsteht, wenn die einzige Stimmabgabe nichtig ist, siehe Fn. 935.

C) Weitere Nichtigkeitsgründe, Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung (§§ 125, 134, 138–141 BGB)

I. Formnichtigkeit (§ 125 BGB)

Soweit der Gesellschaftsvertrag, der Versammlungsleiter, die Gesellschafterversammlung per ad-hoc Beschluss oder ausnahmsweise das Gesetz (z. B. § 48 II GmbHG für Abstimmungen im Umlaufverfahren) keine bestimmte Form der Stimmabgabe vorsehen, kann diese in beliebiger Form erfolgen.⁵⁴⁹ Das heißt die Stimme kann mündlich, schriftlich oder auf sonstige Weise verkörpert, konkludent, sogar stillschweigend abgegeben werden.⁵⁵⁰ Letzteres kommt insbesondere bei Anwendung der Subtraktionsmethode in Betracht, bei der immer nur zwei der drei Abstimmungsmöglichkeiten abgefragt werden und die dritte Gruppe dann aus der Differenz der Gesamtzahl der anwesenden stimmberechtigten Stimmrechtsträger und der Summe der bisherigen Erklärungen gebildet wird.⁵⁵¹ Dem Schweigen der letzten Gruppe wird in diesem Falle durch Festlegung oder Vereinbarung ein Erklärungswert beigemessen. Besteht ein Formerfordernis für den Gesellschafterbeschluss, gilt dieses nicht gleichermaßen für die Stimmabgabe – bedarf also z. B. der Beschluss der notariellen Beurkundung, gilt das nicht zugleich für die Stimmabgabe.⁵⁵²

Für die Stimmabgabe gelten im Bereich der §§ 125–129 BGB keine Besonderheiten. Für die nach § 48 II Alt. 1 GmbHG erforderliche Textform gilt § 126b BGB, wobei die schriftliche Stimmabgabe die Form selbstverständlich ebenfalls wahrt.⁵⁵³ Entgegen dem Wortlaut des § 48 II Alt. 2 GmbHG reicht nach teilweise

⁵⁴⁹ Vgl. BGH WM 1957, 1128, 1130; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 34; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 40; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 16; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 163; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 74; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 26; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 19.

⁵⁵⁰ Vgl. BGH WM 1957, 1128, 1130; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 40; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 45; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 74; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 7.

⁵⁵¹ Siehe ausführlich und m. w. N. zur Subtraktionsmethode, deren Zulässigkeit und dem Erklärungswert des Schweigens bei derselben BGHZ 152, 63, 65 ff.

⁵⁵² MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 34; *Ernst* in: *Festschrift Leenen*, S. 19; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 7.

⁵⁵³ *MHLS/Römermann* § 48 GmbHG Rn. 237; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 48 GmbHG Rn. 32.

vertreter Auffassung zur Formwahrung auch dort die Textform nach § 126b BGB,⁵⁵⁴ sieht man das anders, findet § 126 BGB Anwendung⁵⁵⁵. Ist die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten, folgt die Nichtigkeit der abgegebenen Stimme – trotz des ausdrücklichen Bezugs der Norm auf Rechtsgeschäfte⁵⁵⁶ – aus § 125 S. 1 BGB.⁵⁵⁷

Bei satzungsmäßig vereinbarten Formerfordernissen – § 133 IV AktG überlässt die Form der Ausübung des Stimmrechts z. B. ausdrücklich der Satzung – findet § 125 S. 2 BGB Anwendung.⁵⁵⁸ § 125 S. 2 BGB gilt entsprechend, wenn die Form der Stimmabgabe durch den Versammlungsleiter innerhalb seiner Befugnisse oder im Beschlusswege festgelegt wird.⁵⁵⁹ In beiden Fällen gilt, insbesondere für Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung, § 127 BGB, wonach u. a. zur Wahrung des gewillkürten Schriftformerfordernisses im Zweifel die telekommunikative Übermittlung genügt (§ 127 II 1 Var. 1 BGB) und zur Wahrung der gewillkürten elektronischen Form eine dem § 126a BGB entsprechende qualifizierte elektronische Signatur im Zweifel nicht erforderlich ist (§ 127 III 1 Var. 1 BGB).

⁵⁵⁴ MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 165; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 48 GmbHG Rn. 37.

⁵⁵⁵ MHLS/*Römermann* § 48 GmbHG Rn. 261; Scholz/Schmidt/*Seibt* § 48 GmbHG Rn. 63; wohl auch Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* § 48 GmbHG Rn. 26; Roth/Altmeppen/*Roth* § 48 Rn. 29.

⁵⁵⁶ Zur Anwendbarkeit des § 125 S. 1 BGB auch auf Willenserklärungen ohne Rechtsge­schäftscharakter siehe nur *Flume*, BGB-AT II, S. 248 f.

⁵⁵⁷ Zur Anwendbarkeit des § 125 S. 1 BGB auf die Stimmabgabe: *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 19.

⁵⁵⁸ Vgl. *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 19.

⁵⁵⁹ Vgl. *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 19.

II. Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

Die §§ 134, 138 I BGB sind nach allgemeiner Ansicht auf die Stimmabgabe anwendbar.⁵⁶⁰ Dass beide Vorschriften sich ihrem Wortlaut nach nur auf Rechtsgeschäfte beziehen, steht der Anwendbarkeit nicht entgegen.⁵⁶¹ Bezüglich der GmbH und AG stellen die §§ 241 Nr. 4, 243 I AktG richtigerweise keine abschließenden Spezialvorschriften dahingehend dar, dass nur noch der Beschluss und nicht mehr die Stimmabgaben gegen Gesetz oder die guten Sitten verstoßen könnten.⁵⁶²

Die Relevanz der Anwendbarkeit der §§ 134, 138 BGB auf die Stimmabgabe und nicht nur auf den Beschluss wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die Nichtigkeit von Einzelstimmen in der Regel nicht auch zur Nichtigkeit des Beschlusses, sondern – die Erheblichkeit der nichtigen Stimmen für das Zustandekommen des Beschlusses vorausgesetzt – zu dessen inhaltlicher Umkehrung bzw. Anfechtbarkeit führt.⁵⁶³ Die Nichtigkeit der Stimmabgabe stellt sicher, dass schon der Versammlungsleiter die Nichtigkeit bei Feststellung des Beschlussergebnisses berücksichtigen kann, er also keinen nichtigen oder rechtswidrigen Beschluss feststellen muss, sondern sofort das um die nichtigen Stimmabgaben bereinigte Beschlussergebnis feststellen kann.⁵⁶⁴ Ebenso kann mit einer potenziellen Anfechtungsklage gegen den Beschluss eine positive Beschlussfest-

⁵⁶⁰ Ebenso, aber ohne die ausdrückliche Beschränkung auf § 138 I BGB: MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 41; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 152 f.; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 39; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 73; *Koppensteiner*, Juristische Blätter 2017, 273, 278; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 18; MünchHdb. GesR I/*Weipert* § 57 Rn. 90; *Zöllner*, Schranken, S. 364 f.

⁵⁶¹ MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 41; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 73; *Zöllner*, Schranken, S. 364 f.

⁵⁶² Siehe dazu ausführlich *Zöllner*, Schranken, S. 368 ff.

⁵⁶³ MüKo-BGB/*Arnold* § 32 Rn. 41; detailliert *Zöllner*, Schranken, S. 359 ff. mit anschaulichen Beispielen auf S. 367 f.

⁵⁶⁴ Zur Kompetenz des Versammlungsleiters über die Wirksamkeit abgegebener Stimmen vorläufig zu entscheiden: BGHZ 148, 335, 343; 152, 46, 59 f., jeweils für die WEG; MüKo-AktG/*Bungeroth* Vor § 53a Rn. 44; *Drinhausen/Marsch-Barner*, AG 2014, 757, 759 ff.; *Hüffer/Koch/Koch* § 130 AktG Rn. 22; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 112; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 73; *Scholz/Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 32; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 81.

stellungsklage verbunden werden, das Gericht kann dann den Beschluss rechtsverbindlich so feststellen, wie er unter Ausblendung der unwirksamen Stimmabgaben gefasst wurde.⁵⁶⁵

1. Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB)

Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist gem. Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm. Der Begriff der Rechtsnorm erfasst alle formellen Gesetze sowie Rechtsverordnungen und bestimmte Satzungen öffentlich rechtlicher Institutionen,⁵⁶⁶ nicht hingegen privatrechtliche Satzungen⁵⁶⁷. Insbesondere dem Gesellschaftsvertrag kommt somit keine Gesetzesqualität im Sinne des § 134 BGB zu.⁵⁶⁸ Ordnet eine Norm selbst bereits die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an, stellt sie *lex specialis* zu § 134 BGB dar.⁵⁶⁹ Auch wenn die Rechtsordnung die Privatautonomie in bestimmten Bereichen von vornherein in der Art beschränkt, dass gewisse Rechtsfolgen gar nicht herbeigeführt werden können, findet kein Rückgriff auf § 134 BGB statt.⁵⁷⁰ Als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB kommen demnach in erster Linie solche Normen in Betracht, die sich ihrerseits gar nicht explizit mit Rechtsgeschäften befassen, sondern (Verhaltens-)Verbote – häufig außerhalb des Zivilrechts – aufstellen.⁵⁷¹ Wird im Rahmen solchen verbotenen Verhaltens ein Rechtsgeschäft vorgenommen, bestimmt die Auslegung der jeweiligen Vorschrift, ob das Rechtsgeschäft nach § 134 BGB nichtig ist oder nicht.⁵⁷²

⁵⁶⁵ Zur Möglichkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage siehe Fn. 520.

⁵⁶⁶ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 30; Erman/*Arnold* § 134 Rn. 8; Brox/*Walker*, BGB-AT, Rn. 321; Staudinger/*Sack/Seibl* § 134 BGB Rn. 16.

⁵⁶⁷ Soergel/*Hefermehl* § 134 BGB Rn. 6; Staudinger/*Sack/Seibl* § 134 BGB Rn. 16.

⁵⁶⁸ Casper, ZHR 163 (1999), 54, 67 f.

⁵⁶⁹ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 3; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 644; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 45 Rn. 2.

⁵⁷⁰ *Flume*, BGB-AT II, S. 343; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 645; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 45 Rn. 4.

⁵⁷¹ *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 646; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 45 Rn. 3, 9; vgl. auch Soergel/*Hefermehl* § 134 BGB Rn. 6.

⁵⁷² BGHZ 45, 322, 326; 46, 24, 26, wonach sich die Nichtigkeit trotz nur einseitigen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz aus dem Zweck des Verbotsgesetzes ergeben könne; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 41; Brox/*Walker*, BGB-AT, Rn. 321; *Flume*, BGB-AT II, S. 341; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 646.

Weite Teile der Literatur werten insbesondere die Stimmverbote, z. B. nach § 47 IV GmbHG und § 136 AktG, als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB.⁵⁷³ Richtigerweise steht dem Gesellschafter in diesen Fällen aber schon von vornherein kein Stimmrecht zu, von dem er in verbotsgesetzwidriger Weise Gebrauch machen könnte, ein Rückgriff auf § 134 BGB ist somit weder möglich noch notwendig.⁵⁷⁴

Denkbar wäre ferner, dass Verstöße gegen gesellschaftsrechtliche Generalklauseln, insbesondere gegen die Treuepflicht, in den Anwendungsbereich des § 134 BGB fallen. So besteht z. B. im Rahmen des § 243 I AktG Einigkeit darüber, dass ein die Anfechtbarkeit des Beschlusses begründender Gesetzesverstoß auch in einem Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Generalklauseln liegen kann, z. B. den Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Treuepflicht.⁵⁷⁵ Auf § 134 BGB lässt sich das jedoch nicht übertragen. Zwar könnte man vertreten, die Treuepflicht sei als gewohnheitsrechtlich anerkanntes Rechtsinstitut⁵⁷⁶ eine Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 EGBGB,⁵⁷⁷ jedoch muss sich das Gewohnheitsrecht, um den Verbotsgesetzcharakter zu erfüllen, gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richten und dieses verwerfen⁵⁷⁸. Jedenfalls letzteres Kriterium erfüllt die

⁵⁷³ Für § 47 IV GmbHG: UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 195. Für § 136 AktG: Drinhausen/Marsch-Barner, AG 2014, 757, 760; Hölters/Hirschmann § 136 AktG Rn. 36; Hüffer/Koch/Koch § 136 AktG Rn. 24; Spindler/Stilz/Rieckers § 136 AktG Rn. 42; MüKo-AktG/Schröer § 136 Rn. 56; Schmidt/Lutter/Spindler § 136 AktG Rn. 33.

⁵⁷⁴ Zöllner, Schranken, S. 364, der auf S. 176 darauf hinweist, dass aus dieser sachlichen Unterscheidung aber wohl kein praktischer Unterschied folgt; vgl. auch Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 175; daneben grenzt sich zumindest auch Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer § 47 GmbHG Rn. 97 terminologisch durch die Verwendung des Begriffs der Ungültigkeit von den Verfechtern der Nichtigkeit nach § 134 BGB ab. Der Stimmrechtsausschluss entspricht dem bereits genannten Fall, dass die Privatautonomie das Rechtsgeschäft (bzw. die Willenserklärung) gar nicht abdeckt, Nachweise dazu in Fn. 570.

⁵⁷⁵ MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer § 243 Rn. 17; Hüffer/Koch/Koch § 243 AktG Rn. 21; UHL/Raiser Anh. § 47 GmbHG Rn. 124, 132 f.; Spindler/Stilz/Würthwein § 243 AktG Rn. 58; ausführlich Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 GmbHG Rn. 84 ff.

⁵⁷⁶ So z. B. Staub/Schäfer § 105 HGB Rn. 228; weitere Nachweise bei Schmidt/Lutter/Fleischer § 53a AktG Rn. 46, der sich einer eigenen Positionierung aber enthält.

⁵⁷⁷ Explizit a. A. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 588.

⁵⁷⁸ Zu diesem zusätzlichen Kriterium zur Begründung des Verbotsgesetzcharakters von Gewohnheitsrecht: BGHZ 171, 180, 186; MüKo-BGB/Armbrüster § 134 Rn. 32; Erman/Arnold § 134 Rn. 8; Staudinger/Sack/Seibl § 134 BGB Rn. 17.

Treuepflicht nicht, denn sie richtet sich nicht gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft, sondern aus ihr folgen – als gesellschaftsrechtliche Generalklausel⁵⁷⁹ – diverse Ge- und Verbote⁵⁸⁰. Rechtsprechung und Literatur stützen sich zur Begründung der Nichtigkeit entgegen der Treuepflicht abgegebener Stimmen folgerichtig nicht auf § 134 BGB, sondern auf das Institut der unzulässigen Rechtsausübung aus § 242 BGB.⁵⁸¹

Für eine Anwendung des § 134 BGB auf die Stimmabgabe bleiben somit in erster Linie die für alle anderen Rechtsgeschäfte bzw. Willenserklärungen geltenden Verbotsgesetze.⁵⁸² Die Nichtigkeit der Stimmabgabe richtet sich dabei nach dem Beschlussinhalt: Verstieße der zu fassende Beschluss im Falle seines Zustandekommens seinem Inhalt nach gegen ein Verbotsgesetz, sind die positiven Stimmabgaben nach § 134 BGB nichtig, da sich die Stimmabgaben durch ihren Bezug zum Beschlussantrag den Beschlussinhalt zu eigen machen.⁵⁸³

2. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

Gem. § 138 I BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Die ursprüngliche Formel, wonach ein Rechtsgeschäft gegen die guten

⁵⁷⁹ Schmidt/Lutter/*Fleischer* § 53a AktG Rn. 46; MüKo-GmbHG/*Merkt* § 13 Rn. 88; Staub/*Schäfer* § 105 HGB Rn. 228; Erman/*Westermann* § 705 BGB Rn. 49; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 192.

⁵⁸⁰ Siehe nur Baumbach/Hueck/*Fastrich* § 13 GmbHG Rn. 21; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 587 ff., insbesondere die Verweise auf S. 595.

⁵⁸¹ Allerdings ohne auf die Abgrenzung zu § 134 BGB einzugehen, vgl. BGHZ 102, 172, 176; MüKo-AktG/*Bungeroth* Vor § 53a Rn. 44; Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 43 f.; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 112; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 73; *Zöllner*, Schranken, S. 366. Zum Verhältnis der unzulässigen Rechtsausübung zu § 138 BGB siehe sogleich unter § 2 2. Teil C) II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB. Abstrakt zur Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung siehe nur MüKo-BGB/*Schubert* § 242 Rn. 209 ff. m. w. N.

⁵⁸² Siehe ausführlich zu den Kriterien eines Verbotsgesetzes MüKo-BGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 41 ff. sowie zu einzelnen Normbeispielen aus den verschiedenen Rechtsgebieten und deren Abgrenzung zur Ordnungsvorschriften MüKo-BGB/*Armbrüster* § 134 Rn. 50 ff.

⁵⁸³ Zur inhaltlichen Verknüpfung von Stimmabgabe, Beschlussantrag und Beschluss siehe, Text zu und Nachweise in Fn. 340.

Sitten verstößt, wenn es „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ widerspricht⁵⁸⁴, wird inzwischen wegen ihrer zumindest sprachlichen Altertümlichkeit in der Literatur häufig nicht mehr verwendet⁵⁸⁵. Unabhängig von der verwendeten Formulierung achten heutige Literaten jedenfalls darauf, als Bezugspunkt für das Urteil der Sittenwidrigkeit das Rechtsgeschäft und nicht das Verhalten der Handelnden in den Vordergrund zu rücken⁵⁸⁶ und klarzustellen, dass ein objektiver Maßstab anzulegen sei, bei dem es nicht auf die (besonders strengen oder freizügigen) Moralvorstellung des Einzelnen ankommt⁵⁸⁷. Teilweise wird eine allgemeine Definition auch abgelehnt und ausschließlich mit Fallgruppen gearbeitet.⁵⁸⁸ § 138 I BGB bildet eine Generalklausel,⁵⁸⁹ die insbesondere bei Verstoß gegen ein Verbotsgesetz von § 134 BGB⁵⁹⁰ sowie nach h. M. bei arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung zumindest partiell von § 123 BGB⁵⁹¹ verdrängt wird. § 138 II BGB findet auf die Stimmabgabe mangels Gegenseitigkeit und Entgeltlichkeit keine Anwendung,⁵⁹² das Verhältnis zwischen den beiden Absätzen spielt hier also keine Rolle. Im Verhältnis zu

⁵⁸⁴ RGZ 80, 219, 221; BGH NJW 2009, 1346, 1347; ausführlich mit historischer Darstellung und zur bestehenden Kritik, ferner mit weiteren Nachweisen zur Verwendung des Begriffs: Staudinger/*Sack/Fischinger* § 138 BGB Rn. 57 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 14 f.; *Flume*, BGB-AT II, S. 365 f.; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 682; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 138 Rn. 16.

⁵⁸⁶ Vgl. *Flume*, BGB-AT II, S. 367 f.; *Soergel/Hefermehl* § 138 BGB Rn. 19; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 685.

⁵⁸⁷ Vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 14; *Erman/Arnold* § 138 BGB Rn. 12a; *Soergel/Hefermehl* § 138 BGB Rn. 4; *Staudinger/Sack/Fischinger* § 138 BGB Rn. 61; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 138 Rn. 16.

⁵⁸⁸ Vgl. *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 684; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 15, später aber wieder relativierend, Rn. 31.

⁵⁸⁹ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 1; *Erman/Arnold* § 138 BGB Rn. 1; *Soergel/Hefermehl* § 138 BGB Rn. 1; *Staudinger/Sack/Fischinger* § 138 BGB Rn. 2; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 138 Rn. 1.

⁵⁹⁰ BAG NJW 1993, 2701, 2703; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 4; *Erman/Arnold* § 138 BGB Rn. 10; *Soergel/Hefermehl* § 138 BGB Rn. 63; *Staudinger/Sack/Fischinger* § 138 BGB Rn. 17 ff.; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 138 Rn. 6.

⁵⁹¹ Zu den Differenzierungen im Einzelfall siehe nur: MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 6; *Erman/Arnold* § 138 BGB Rn. 6; *Soergel/Hefermehl* § 138 BGB Rn. 64; *Staudinger/Sack/Fischinger* § 138 BGB Rn. 26 ff.

⁵⁹² Vgl. zur Anwendung des § 138 II BGB nur auf entgeltliche Austauschverhältnisse: MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 143; *Erman/Arnold* § 138 BGB Rn. 41; *Staudinger/Sack/Fischinger* § 138 BGB Rn. 240 ff.; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 138 Rn. 43.

§ 242 BGB stellt hingegen § 138 BGB die strengeren Anforderungen auf und ist damit grundsätzlich vorrangig anzuwenden.⁵⁹³

Insofern verwundert die durchgehende Einordnung treuwidriger Stimmabgaben unter § 242 BGB.⁵⁹⁴ Eine Erklärung könnte in der Praktikabilität liegen, da entgegen der Treuepflicht abgegebene Stimmen immer rechtsmissbräuchlich und schon deswegen nichtig sind, möglicherweise aber nicht immer den strengeren Maßstab der Sittenwidrigkeit erfüllen⁵⁹⁵. Das Verhältnis von § 138 BGB und § 242 BGB wird insbesondere in Bereichen wichtig, in denen die Anwendung des § 242 BGB nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zu einer Modifikation eines Rechtsgeschäfts führt.⁵⁹⁶ Da die Rechtsfolge der Nichtigkeit der treuwidrigen Stimmabgabe aber auch nach § 242 BGB eintritt, macht es letztlich keinen Unterschied, ob § 242 BGB oder § 138 I BGB Anwendung findet.

Für § 138 BGB gilt somit ähnliches wie für § 134 BGB: Die Sittenwidrigkeit der positiven Stimmabgabe bestimmt sich nach dem Inhalt des zur Abstimmung gestellten Beschlusses im Falle seines Zustandekommens.⁵⁹⁷ Diese inhaltliche Sittenwidrigkeit des Beschlusses kann sich auch aus besonderen Begleitumständen ergeben.⁵⁹⁸ Kaum denkbar sind Fälle, in denen die Stimmabgabe unabhängig von der Sittenwidrigkeit des angestrebten Beschlusses isoliert betrachtet gem. § 138 I BGB sittenwidrig ist. Denn selbst eine verwerfliche Gesinnung, also ein Abstimmungsverhalten, das nur erfolgt, um einen anderen Gesellschafter oder den Verband zu schädigen, lässt die Stimmabgabe richtigerweise nicht sittenwidrig werden, wenn ihr Inhalt, der sich nach dem Beschlussgegenstand bestimmt, nicht auch sittenwidrig ist.⁵⁹⁹ Ausnahmsweise kann die isolierte Nichtigkeit der

⁵⁹³ MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 5; Staudinger/*Olzen/Looschelders* § 242 BGB Rn. 366; MüKo-BGB/*Schubert* § 242 Rn. 132; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 138 Rn. 8.

⁵⁹⁴ Siehe Fn. 581.

⁵⁹⁵ Vgl. BAGE 16, 21, 25; Erman/*Böttcher* § 242 BGB Rn. 23; Staudinger/*Olzen/Looschelders* § 242 BGB Rn. 365.

⁵⁹⁶ Vgl. Staudinger/*Olzen/Looschelders* § 242 BGB Rn. 367 ff. Siehe allgemein zu den möglichen Rechtsfolgen des § 242 BGB: MüKo-BGB/*Schubert* § 242 Rn. 82 ff. m. w. N.

⁵⁹⁷ *Jüdel*, *Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften*, S. 73 f.

⁵⁹⁸ Erman/*Arnold* § 138 BGB Rn. 14 ff. Sehr ausführlich zu den Kriterien, die bei der Ermittlung der Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen sind: *Flume*, *BGB-AT II*, S. 367 ff; *Soergel/Hefermehl* § 138 BGB Rn. 20 ff., 32 ff.

⁵⁹⁹ Vgl. BGH NJW-RR 2012, 18; MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 124; *Flume*, *BGB-AT II*, S. 373; ähnlich wie hier: *Jüdel*, *Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften*,

Stimmabgabe gem. § 138 I BGB in Betracht kommen, wenn der Beschlussinhalt an der Grenze zur Sittenwidrigkeit steht und deswegen hilfsweise auf die Intention der Gesellschafter abgestellt werden muss⁶⁰⁰ – hier sind konsequenterweise nur die Stimmabgaben der Gesellschafter sittenwidrig, bei denen das subjektive Moment der Sittenwidrigkeit verwirklicht ist. Bei Beschlüssen, deren Sittenwidrigkeit aus den Umständen der Beschlussfassung resultiert, sind nur die Stimmabgaben der Gesellschafter nichtig, die um die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände wissen und sie potenziell beeinflussen könnten.

III. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB)

Gem. § 139 BGB führt die Unwirksamkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts im Zweifel zu seiner Gesamtnichtigkeit, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. § 139 BGB findet auf die Stimmabgabe als Willenserklärung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter keine Anwendung. Sind Stimmabgaben in einem Umfang teilnichtig⁶⁰¹, der zu einer teilweisen Rechtswidrigkeit oder Umkehrung des Beschlussergebnisses führen würde, bestimmt sich die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses nach Grundsätzen zur Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse, wobei die Interessen der einzelnen Gesellschafter vollumfänglich berücksichtigt werden können.⁶⁰² Eine isolierte Beurteilung der Gesamtnichtigkeit der teilnichtigen Einzelstimmabgabe ist deswegen nicht angezeigt.

S. 73 f., der als zweite Variante der Sittenwidrigkeit anführt, dass sie sich aus dem Beschlussinhalt in Verbindung mit der Willensrichtung des Gesellschafters ergeben könne, wobei nicht ganz deutlich wird, ob er auch das isolierte Vorliegen der sittenwidrigen Willensrichtung ausreichen lassen will.

⁶⁰⁰ Vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 124; Erman/*Arnold* § 138 BGB Rn. 22; *Flume*, BGB-AT II, S. 373; *Soergel/Hefermehl* § 138 BGB Rn. 19; *Staudinger/Sack/Fischinger* § 138 BGB Rn. 8 ff.

⁶⁰¹ Zur Möglichkeit der Teilnichtigkeit der Stimmabgabe siehe z. B. zur Anfechtung nach § 123 II 2 BGB, § 2 2. Teil B) II. 1. e) Der Anwendungsbereich des § 123 II 2 BGB oder zur Teilanfechtung, § 2 2. Teil B) II. 5. Möglichkeit der Teilanfechtung. Auch denkbar ist der Fall, dass von mehreren zusammengefassten Beschlussgegenständen nur ein Teil gegen ein Verbotsgesetz verstößt oder sittenwidrig ist.

⁶⁰² Siehe dazu detailliert, § 3 2. Teil B) II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).

IV. Umdeutung (§ 140 BGB)

Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so ordnet § 140 BGB die Geltung des letzteren an, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Die Umdeutung kommt zum Zuge, wenn die (annähernd) gleichen Rechtsfolgen eines nichtigen Rechtsgeschäfts auch durch ein gültiges Rechtsgeschäft anderer Art vollständig oder zumindest teilweise erreicht werden könnten und dies dem Parteiwillen entspricht.⁶⁰³ Wie im Falle des § 139 BGB erfolgt aber allenfalls eine Umdeutung des gesamten Beschlusses unter Berücksichtigung des allseitigen Interesses,⁶⁰⁴ eine isolierte Umdeutung von einzelnen Stimmabgaben – etwa in Form der ohnehin schwer vorstellbaren Umdeutung einer nichtigen Ja-Stimme in eine wirksame Nein-Stimme – findet nicht statt.

V. Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts (§ 141 BGB)

§ 141 BGB findet trotz seines Bezugs auf Rechtsgeschäfte auch auf die Stimmabgabe Anwendung.⁶⁰⁵ Vorstellbar wäre z. B. die Bestätigung der formnichtigen, angefochtenen oder nur zum Schein abgegebenen Stimmabgabe.⁶⁰⁶ In letzterem Falle kann die Stimmabgabe jedoch nur bestätigt werden, wenn das Stimmrecht noch besteht, also die verdeckte Stimmabgabe nicht nach § 117 II BGB wirksam ist. Da die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen ist, kann die Bestätigung in allen Fällen nur erfolgen, solange die Abgabefrist für die Stimmabgabe noch läuft.⁶⁰⁷ Deswegen, und wegen der Begrenzung der möglichen Stellungnahmen zum Beschlussantrag auf Zustimmung, Ablehnung und Enthaltung, birgt die Bestätigung der Stimmabgabe aber keine Vorteile gegenüber einer ausdrücklichen erneuten Abgabe der Stimme.

⁶⁰³ BGHZ 68, 204, 206, wo allerdings der Parteiwille nicht erwähnt wird, da es darauf für die Entscheidung nicht ankam; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 367, 369; *MüKo-BGB/Busche* § 140 Rn. 1; *Soergel/Hefermehl* § 140 BGB Rn. 1; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 57 Rn. 1.

⁶⁰⁴ Siehe § 3 2. Teil B) II. Umdeutung (§ 140 BGB).

⁶⁰⁵ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333; vgl. ferner *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 49 f.

⁶⁰⁶ Vgl. *MüKo-BGB/Busche* § 141 Rn. 2; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 141 Rn. 6.

⁶⁰⁷ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 333; vgl. ferner *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 49 f.

D) Zugang, Widerruf und Auslegung (§§ 130–133, 157 BGB)

Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Stimmabgabe zu ihrer Wirksamkeit beim korrekten Adressaten zugehen. Bei einer Mehrheit von gesamtvertretungsberechtigten Empfangsvertretern stellt sich dabei die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Stimmabgabe wirksam wird und – etwa bei widersprüchlichen Erklärungen gegenüber verschiedenen Vertretern – mit welchem Inhalt. Damit einher geht die Frage nach der Widerruflichkeit und der Auslegung der Stimmabgabe, wobei sowohl §§ 130 ff. BGB⁶⁰⁸ als auch §§ 133, 157 BGB⁶⁰⁹ grundsätzlich auf die Stimmabgabe anwendbar sind.

Da es sowohl für das Wirksamwerden als auch für die Auslegung auf den korrekten Adressaten der Stimmabgabe ankommt, sei vorweggenommen noch einmal festgestellt⁶¹⁰: Den richtigen Adressaten der Stimmabgabe stellt für alle Gesellschaftsformen der Verband dar. Er wird bei Entgegennahme der Stimmabgabe vom Versammlungsleiter, bei dessen Fehlen von allen anwesenden – nicht nur den stimmberechtigten – Gesellschaftern vertreten. Die Passivvertretung durch alle Gesellschafter ist eine Gesamtvertretung, auf welche die Regelungen § 26 II 2 BGB, § 125 II 3 HGB, § 35 II 2 GmbHG und § 78 II 2 AktG keine entsprechende Anwendung finden, d.h. zu ihrer Wirksamkeit muss die Stimmabgabe jedem anwesenden Mitgesellschafter zugehen damit sie dem Verband gegenüber zugeht. Im Falle der Abstimmung außerhalb einer Versammlung bleibt es beim Verband als dem richtigen Adressaten der Stimmabgabe, vertreten

⁶⁰⁸ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 151; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 18; *Soergel/Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 26; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 5; *Scholz/Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 22; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 17; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 8; nur bezüglich § 130 BGB: *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 227 f.; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 35; *MüKo-HGB/Enzinger* § 119 Rn. 14; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 49; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 67; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 19; *Messer* in: Festschrift Fleck, S. 227; *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 376; *MüKo-BGB/Schäfer* § 709 Rn. 74; *MüKo-AktG/Schröer* § 133 Rn. 19; *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 421; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 26; a. A.: *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 20; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 53; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 179.

⁶⁰⁹ *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 32; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 20, zumindest bezüglich § 133 BGB; *Soergel/Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 26; vgl. ferner: *MüKo-BGB/Busche* § 133 Rn. 39; *ders.* in: Festschrift Säcker, S. 53.

⁶¹⁰ Siehe § 2 1. Teil Der korrekte Adressat der Stimmabgabe und § 2 1. Teil G) Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung.

wird er entweder von einem Abstimmungsleiter oder, bei dessen Fehlen, von den übrigen – erneut nicht nur den stimmberechtigten – Gesellschaftern.

I. Wirksamwerden (§§ 130–132 BGB)

1. Zugang

Das Gesetz regelt den Zugang von Willenserklärungen nur unvollständig.⁶¹¹ § 130 BGB erfasst seiner amtlichen Überschrift und seinem Wortlaut nach streng genommen nur den Fall der empfangsbedürftigen Willenserklärung gegenüber Abwesenden. Nach allgemeiner Ansicht gelten die Wertungen des § 130 BGB jedoch in gleicher Weise für empfangsbedürftige Willenserklärungen unter Anwesenden.⁶¹² Da die Stimmabgabe grundsätzlich in jeder beliebigen Form⁶¹³ und auch außerhalb einer Gesellschafterversammlung⁶¹⁴ erfolgen kann, sind verschiedene Konstellationen denkbar:

Erfolgt die Stimmabgabe im Rahmen einer Gesellschafterversammlung ist sie unter Anwesenden erklärt. Dabei kann die Stimme z. B. in Form von Stimmzetteln verkörpert oder, etwa im Falle der mündlichen oder per Handzeichen vorgenommenen Abstimmung, nicht verkörpert abgegeben werden. Bei Abstimmungen außerhalb der Gesellschafterversammlung erfolgt die Stimmabgabe in der Regel unter Abwesenden und verkörpert. Für die GmbH ist dies gem. § 48 II GmbHG grundsätzlich zwingend, für die Personengesellschaften kommt aber

⁶¹¹ *Bork*, BGB-AT, Rn. 602; *MüKo-BGB/Einsele* § 130 Rn. 1; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 257.

⁶¹² BGH NJW 2012, 3372; *Erman/Arnold* § 130 BGB Rn. 21; *Bork*, BGB-AT, Rn. 602; *MüKo-BGB/Einsele* § 130 Rn. 2, mit Ausnahme der nicht verkörperten Willenserklärungen unter Anwesenden; *Palandt/Ellenberger* § 130 BGB Rn. 13; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 291, jedenfalls bezüglich verkörperter Willenserklärungen; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 130 Rn. 3, 26; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 10.

⁶¹³ Nachweise siehe Fn. 549.

⁶¹⁴ Siehe § 2 1. Teil Besondere Beschlussformen.

auch eine nicht verkörperte Erklärung unter Abwesenden per Bote⁶¹⁵ oder unter Anwesenden, z. B. per Telefon⁶¹⁶, in Betracht.

Eine elektronische Stimmabgabe kann auf und außerhalb von Gesellschafterversammlungen erfolgen. Sie ist verkörpert, wenn sie auf einem Datenträger gespeichert übermittelt oder jedenfalls beim Empfänger gespeichert wird.⁶¹⁷ Kommt es aus technischen Gründen in größerem Umfang zum Verlust der Daten über abgegebene Stimmen, kann im Wege ergänzender Auslegung von bestehenden Zugangsvereinbarungen eine Wiederholung der Abstimmung als zwischen den Gesellschaftern vereinbart angesehen werden, da eine nachträgliche Rekonstruktion regelmäßig sehr umständlich, wenn nicht gar unmöglich sein dürfte.⁶¹⁸ Die allgemeinen Zugangsregeln finden demgegenüber Anwendung, wenn nur einzelne elektronische Stimmabgaben nicht in das Ergebnis mit einbezogen wurden.⁶¹⁹

Eine Willenserklärung unter Abwesenden sowie eine verkörperte Erklärung unter Anwesenden geht zu, wenn sie dergestalt in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter gewöhnlichen Umständen mit der Kenntnisnahmemöglichkeit zu rechnen ist.⁶²⁰ Bei nicht verkörperten Erklärungen unter Anwesenden kommt es nach der vorzugswürdigen eingeschränkten Vernehmungslehre für den Zugang darauf an, ob der Erklärende davon ausgehen durfte, dass der Erklärungsempfänger die Erklärung richtig vernommen hat.⁶²¹ Beide Zugangsdefinitionen gelten auch für die Stimmabgabe. Das Hauptargument der Vertreter der

⁶¹⁵ Zur Einstufung der Erklärung durch Boten als nicht verkörperte Erklärung unter Abwesenden: MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 29; Palandt/*Ellenberger* § 130 BGB Rn. 14; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 284; zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit der Einschaltung eines Boten zur Übermittlung der Stimmabgabe in den verschiedenen Gesellschaftsformen siehe § 2 2. Teil G) Exkurs zur Botenschaft.

⁶¹⁶ Auch eine telefonische Erklärung erfolgt unter Anwesenden, die räumliche Trennung spielt insofern keine Rolle, siehe nur: *Bork*, BGB-AT, Rn. 605; MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 1; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 34.

⁶¹⁷ *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 20; vgl. daneben MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 19; vgl. ferner allgemein: MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 2.

⁶¹⁸ *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 68.

⁶¹⁹ *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 68; vgl. näher auch KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 64 f.

⁶²⁰ Nachweise siehe in Fn. 44.

⁶²¹ Nachweise siehe in Fn. 45; explizit für die Stimmabgabe a. A., nämlich auf die tatsächliche Kenntnisnahme abstellend: MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 27; KK-Akt/

strengen Vernehmungslehre, nach denen ein Zugang nur erfolgt, wenn der Adressat die Erklärung tatsächlich richtig versteht, besteht darin, dass der Erklärende sich für die Wahl eines sichereren Abstimmungsmittels hätte entscheiden können.⁶²² Dieses Argument ist im Falle der Stimmabgabe aber kaum überzeugend, da dem Gesellschafter bei durch den Gesellschaftsvertrag oder den Versammlungsleiter vorgeschriebenen Abstimmungsmodalitäten gerade nicht die Möglichkeit der Wahl des sichereren Mittels der Übermittlung per verkörperter Erklärung offensteht. Vielmehr spricht die Kontrolle der Gesellschaft über die Abstimmungsmodalitäten für eine Risikoverteilung zu ihren Lasten im Sinne der eingeschränkten Vernehmungslehre.

Teile der Literatur bejahen den Zugang der Stimmabgabe bei einer Mehrheit von Adressaten bereits dann, wenn die Stimmabgabe dem ersten von ihnen zugegangen ist.⁶²³ Nach hier vertretener Auffassung fungieren die Gesellschafter aber allenfalls als Empfangsvertreter, nicht als Adressaten. Sie sind gesamtvertretungsberechtigt, jedoch gelten die Vorschriften zur Passivvertretung nicht entsprechend. Selbst wenn man das anders sieht und die Mitgesellschafter als Adressaten ansieht, wäre die genannte Auffassung nicht zutreffend. Denn erstens würde dadurch das Erfordernis der Stimmabgabe gegenüber allen Mitgesellschaftern konterkariert werden – wieso sollte der Gesellschafter die Stimme gegenüber allen Gesellschaftern abgeben müssen, wenn sie schon nach Abgabe dem ersten gegenüber wirksam wird? Zweitens ist nicht ersichtlich, warum die Stimmabgabe gegenüber Personen wirksam werden sollte, bevor sie ihnen gegenüber ordnungsgerecht zugeht bzw. ggf. sogar ganz ohne Erklärung ihnen gegenüber.⁶²⁴ Soweit diese Ansicht den Zweck verfolgt, die Bindungswirkung schon mit dem Zugang beim ersten Empfänger eintreten zu lassen, kann dieses Ziel durch eine Aufteilung von Zugang und Bindungswirkung überzeugender erreicht werden:

Tröger § 133 Rn. 63, der dabei allerdings die Schutzbedürftigkeit des abstimmenden Aktionärs zu weit in den Hintergrund rückt.

⁶²² Vgl. *Flume*, BGB-AT II, S. 240 f.; *Soergel/Hefermehl* § 130 BGB Rn. 21; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 37 ff.

⁶²³ *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 18; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; *MüKo-BGB/Schäfer* § 709 Rn. 74.

⁶²⁴ *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 49.

Richtigerweise wird die Stimmabgabe erst mit Zugang beim letzten von mehreren Empfangsvertretern wirksam, die Bindungswirkung tritt aber bereits mit dem Zugang beim ersten Empfangsvertreter ein.⁶²⁵

Für den Fall, dass bei einer Mehrheit von Empfangsvertretern der Stimmrechtsträger gegenüber unterschiedlichen Vertretern in unterschiedlicher Weise vom Stimmrecht Gebrauch macht, folgt daraus: Da die Stimmabgabe zu ihrer Wirksamkeit jedem Empfangsvertreter zugehen muss, liegt bei uneinheitlicher Ausübung gegenüber unterschiedlichen Vertretern keine wirksame Stimmabgabe vor. Zugleich besteht gegenüber den verschiedenen Vertretern aber eine Bindungswirkung hinsichtlich der abgegebenen unterschiedlichen Stimmen. Denn richtigerweise tritt eine Bindungswirkung nicht nur gegenüber dem ersten Vertreter, sondern gegenüber jedem Vertreter sukzessiv bei Zugang ihm gegenüber ein. Soweit der Stimmrechtsträger sich von der Bindungswirkung gegenüber keinem der Vertreter mehr lösen kann – sei es durch Anfechtung oder einvernehmliche Aufhebung der Bindungswirkung – kann er von seinem Stimmrecht für den konkreten Abstimmungsgegenstand keinen Gebrauch mehr machen. Denn versucht er im Nachhinein seine Stimmabgabe zu vereinheitlichen, kann derjenige Mitgesellschafter, der zuvor eine anderslautende Stimmabgabe empfangen hatte, sich auf die bestehende Bindungswirkung berufen – der Gesellschafter kann seine Stimme dann nicht mehr wirksam gegenüber allen Mitgesellschaftern als Empfangsvertreter des Verbands abgeben. Die Stimmabgabe kann deswegen, was aber Wirksamkeitsvoraussetzung wäre, dem Verband nicht mehr zugehen.

Zu unterscheiden von der gleich zu erörternden Frage der Widerruflichkeit der Stimmabgabe, ist die Dauer der Bindung an die Stimmabgabe. Diese Bindung endet nach allgemeiner Ansicht mit Ablauf der Frist, welche für die Beschlussfassung vorgesehen ist.⁶²⁶ Dem ist beizupflichten, allerdings nur, wenn nicht

⁶²⁵ EBS/Freitag § 119 HGB Rn. 49; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 24, wo er zwischen Wirksamkeit und Eintritt der Bindungswirkung, während *ders.* in MüKo-BGB § 709 Rn. 74 allgemein vom Zugang spricht; vgl. auch Ulmer in: Festschrift Niederländer, S. 421, der explizit nur für den Eintritt der Bindungswirkung schon auf den Zugang beim ersten Mitgesellschafter abstellt.

⁶²⁶ EBS/Freitag § 119 HGB Rn. 54; Hopt/Wiedemann/Grundmann § 133 AktG Rn. 70; RvWH/Haas § 119 HGB Rn. 3, unter entsprechender Anwendung der §§ 145 ff.; Staudinger/Habermeier § 709 BGB Rn. 19, unter Anwesenden abweichend von § 147 I BGB; Soergel/Hadding/Kießling § 709 BGB Rn. 32: „bis zur Abgabe der letzten Stimme“;

durch Zeitablauf der für die Stimmabgabe vorgesehenen Zeit durch die bis dahin abgegebenen Stimmen ein positiver oder negativer Beschluss zustande kommt. Entsteht hingegen ein Beschluss, sind die Gesellschafter auch nach Ablauf der für die Beschlussfassung vorgesehenen Zeit selbstverständlich zunächst weiterhin an ihre abgegebenen Stimmen gebunden. Erlischt die Stimmabgabe wegen Zeitablaufs stellt sich die Frage nach der Widerruflichkeit nicht.⁶²⁷

§§ 130 II, 131 I BGB bergen keine Anwendungsprobleme. § 131 II BGB findet wegen der Rolle des beschränkt Geschäftsfähigen als organschaftlicher Vertreter der Gesellschafterversammlung gem. § 165 BGB keine direkte Anwendung. Hier bleibt jedoch Raum für eine Analogie unter gleichzeitiger teleologischer Reduktion des § 165 BGB in der Form, dass Stimmabgaben zu Beschlussgegenständen, bei denen der Minderjährige nicht gem. § 107 BGB ohne Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter abstimmen könnte,⁶²⁸ auch nicht mit Zugang ihm gegenüber nach § 131 II 2 Var. 1 BGB wirksam werden, sondern erst mit Zugang beim gesetzlichen Vertreter (§ 131 I, II 1 BGB) bzw. mit Einwilligung desselben (§ 131 II 2 Var. 2 BGB). Ist der gesetzliche Vertreter im Falle einer Präsenzversammlung nicht anwesend, müssen ihm die Stimmabgaben der übrigen Gesellschafter nicht zugehen, damit ein wirksamer (Mehrheits-)Beschluss entstehen kann. Können sie auch dem Minderjährigen nicht wirksam zugehen, gilt der Gesellschafter für den konkreten Beschluss in Anbetracht des Zugangs der Stimmabgabe als abwesend und es reicht der Zugang bei den übrigen anwesenden Mitgesellschaftern. Liegt dem beschränkt Geschäftsfähigen hingegen eine Einwilligung zum selbstständigen Gebrauch des Stimmrechts vor, umfasst diese auch die Einwilligung zum Zugang der Stimmabgaben der übrigen Gesellschafter zu den von der Einwilligung umfassten Beschlussgegenständen direkt beim beschränkt geschäftsfähigen Gesellschafter. § 132 BGB findet Anwendung und kann ggf. relevant werden, wenn die Stimmabgabe außerhalb der Gesellschafterversammlung gegenüber allen Mitgesellschaftern erfolgen muss.

Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 25 f., aber nur bezüglich solcher Beschlüsse, denen keine Vertragsnatur zukommt; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 75, mit der gleichen Einschränkung.

⁶²⁷ Treffend *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 432 f., wonach es auf die Frage des Widerrufsrechts aus wichtigem Grund nur ankomme, „soweit die Wirkung der Stimmabgabe nach §§ 130, 146 ff. BGB beziehungsweise nach den Modalitäten des Abstimmungsverfahrens an sich fortbesteht.“

⁶²⁸ Siehe dazu ausführlich: § 2 2. Teil A) II. Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB).

Wer dem Beschluss abweichend von hier vertretener Auffassung in bestimmten Fällen Vertragscharakter beimisst, muss sich für die Dauer der Bindungswirkung zudem mit den §§ 145 ff. BGB auseinandersetzen.⁶²⁹

2. Widerruf

Mit dem Zugang wird eine Willenserklärung für den Erklärenden grundsätzlich verbindlich, soweit dem anderen Teil nicht vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht, § 130 I 2 BGB. Über die Ausdehnung dieser Widerrufsmöglichkeit im Falle der Stimmabgabe herrscht jedoch ein an verschiedenen Punkten anknüpfender, äußerst vielschichtiger Streit. Als kleinster gemeinsamer Nenner besteht Einigkeit dahingehend, einen Widerruf nach Umsetzung des Beschlusses nicht mehr zuzulassen.⁶³⁰

Eine beträchtliche Anzahl an Literaten lässt über den Anwendungsbereich des § 130 I 2 BGB hinaus keinen Widerruf mehr zu.⁶³¹ Konträr dazu räumen Gegenstimmen den Gesellschaftern die freie Widerrufsmöglichkeit der Stimmabgabe

⁶²⁹ Siehe dazu näher: EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 54, der aber die Vertragsregelungen nicht anwenden will, insbesondere § 147 BGB nur als für zweiseitige Rechtsgeschäfte konzipiert ansieht; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 75, für Grundlagenbeschlüsse unter entsprechender Anwendung der §§ 145 ff. BGB, jedoch abweichend von § 147 I BGB mit einer gewissen Bedenkzeit, für Geschäftsführungsbeschlüsse Bindung nur bis zur Beendigung des laufenden Abstimmungsprozesses; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 26; *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 433; MünchHdb. GesR I/*Weipert* § 57 Rn. 80.

⁶³⁰ Vgl. als Nachweis alle in den folgenden Fußnoten 631–636 genannten Autoren an dort genannter Stelle mit Ausnahme von MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 15 und Erman/*Westermann* § 709 BGB Rn. 27, die auf zeitliche Grenzen gar nicht eingehen.

⁶³¹ Für alle Gesellschaftsformen: *Baltzer*, Der Beschluß, S. 151 f.; MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 40; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 20 f.; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 69 (für die GbR), § 2 Rn. 29 (für die OHG), § 3 Rn. 19 (für die KG), § 8 Rn. 43 (für den Verein) und § 10 Rn. 121 (für die AG) – nur für die GmbH fehlt (wohl versehentlich) ein entsprechender Verweis (§ 13 Rn. 97); *Messer* in: Festschrift Fleck, S. 227; für die Personengesellschaften: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 310; *ders.*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 27; für alle Kapitalgesellschaften: *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 327 ff.; für die GmbH: Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 16; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 36; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 378 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 39 Rn. 5; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 8; für die AG: MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 28; *Hölters/Hirschmann* § 133 AktG Rn. 20; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 19; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 21; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 21; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 66.

bis zum Zeitpunkt der Entstehung des Beschlusses ein.⁶³² Die in der Literatur wohl herrschende Meinung erlaubt einen Widerruf aus wichtigem Grund. Eine Unteransicht beschränkt die Widerruflichkeit auf Geschäftsführungsbeschlüsse,⁶³³ eine andere hält den Widerruf für alle Beschlussarten für möglich,⁶³⁴ teilweise jedoch nur, bis der Beschluss gefasst wurde,⁶³⁵ mehrheitlich aber wiederum bis zur Umsetzung des Beschlusses⁶³⁶. Bezüglich der Anforderungen an den wichtigen Grund sind die Formulierungen uneinheitlich, aber nicht unbedingt konträr.⁶³⁷

⁶³² EBS/Freitag § 119 HGB Rn. 53; Soergel/Hadding/Kießling § 709 BGB Rn. 32, bis zum Zugang der Stimmabgabe beim letzten Mitgesellschafter, wenn die Stimmabgabe überhaupt mehreren Personen zugehen muss; Roth/Altmeppen/Roth § 47 GmbHG Rn. 27; vgl. ferner die beiden für diese Ansicht häufig zitierten Urteile des Reichsgerichts: RGZ 163, 385, 392 f., wo die Stimmabgaben zu einem Kapitalerhöhungsbeschluss teilweise auf einer Versammlung erfolgten, einige Gesellschafter aber auch nachträglich außerhalb der Versammlung noch beitreten sollten. Zu dieser Möglichkeit heißt es im Urteil: „Dazu bedarf es der Erklärung des Einverständnisses gegenüber den Mitbeteiligten, die [...] jedenfalls so lange zum Vertragsschluß führt, als jene an der unter ihnen getroffenen Einigung festhalten (vgl. RGZ. Bd. 128 S. 176 flg.).“ In dem zweiten Urteil RGZ 127, 177, auf welches das spätere Urteil verweist, heißt sinngemäß nur, dass ein Beitritt zu einem auf einer Versammlung bereits teilweise gefassten Beschluss noch möglich ist, „[...] solange die Einigung der Handelnden bestehen bleibt [...]“. Während RGZ 163, 385, 392 f. zumindest als Stellungnahme für eine freie Widerruflichkeit verstanden werden kann, trifft RGZ 127, 177 m. E. keine Aussage über die Modalitäten, unter denen ein Widerruf der Stimmabgabe erfolgen kann.

⁶³³ Hueck, Das Recht der OHG, S. 164 f., und zwar bis zur Ausführung der Geschäftsführungsmaßnahme, während bei sonstigen Beschlüssen jedenfalls nach deren Zustandekommen kein Widerruf mehr möglich sei; MünchHdb. GesR I/Weipert § 57 Rn. 80 ff., wie Hueck a. a. O.; Erman/Westermann § 709 BGB Rn. 27, ohne auf zeitliche Grenzen einzugehen.

⁶³⁴ Ohne auf zeitliche Grenzen einzugehen: MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 15.

⁶³⁵ Hopt/Wiedemann/Grundmann § 133 AktG Rn. 70; Baumbach/Hopt/Roth § 119 HGB Rn. 24, für alle Beschlüsse mit Ausnahme der Geschäftsführungsbeschlüssen.

⁶³⁶ Staudinger/Habermeier § 709 BGB Rn. 19; Soergel/Hadding/Kießling § 709 BGB Rn. 32, wobei die Stimmabgabe bei einer Mehrheit von Empfängern bis zum Zugang beim letzten Gesellschafter frei widerruflich sein soll; Baumbach/Hopt/Roth § 119 HGB Rn. 24, für Geschäftsführungsbeschlüsse; MüKo-BGB/Schäfer § 709 Rn. 75 f.; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 27; Schmidt/Lutter/Spindler § 133 AktG Rn. 18; Ulmer in: Festschrift Niederländer, S. 422 f.

⁶³⁷ Siehe: MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 15, nach welchem ein wichtiger Grund ausscheidet, wenn der Gesellschafter den Umstand „bei genügender Sorgfalt bereits vor der Stimmabgabe hätte berücksichtigen können.“; Hopt/Wiedemann/Grundmann § 133 AktG Rn. 70, nach den Wertungen des § 313 BGB; Soergel/Hadding/Kießling § 709 BGB Rn. 32, nur, wenn eine nachträgliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist oder die Treuepflicht dem Gesellschafter die Korrektur gebietet; MüKo-BGB/Schäfer § 709

Der fünfte Senat des BGH hat die Frage der Widerruflichkeit nach Zugang beim Versammlungsleiter für die WEG abgelehnt,⁶³⁸ längere Zeit zuvor hatte der zweite Senat sie in einer Entscheidung offengelassen, da sich die Gesellschafter im konkreten Fall privatrechtlich an ihre Stimmabgaben gebunden hatten und es insofern nicht auf die gesetzliche Regelung zur Widerruflichkeit ankam⁶³⁹.

Rein praktisch hängt die Einräumung eines Widerrufsrechts bezüglich einzelner Stimmabgabe davon ab, ob der Versammlungsleiter oder die übrigen Gesellschafter überhaupt noch nachvollziehen können, wer von seinem Stimmrecht in welcher Weise Gebrauch gemacht hat. Ein Widerrufsrecht scheidet deswegen jedenfalls dann aus, wenn diese Möglichkeit nicht besteht. Ein weiterer praktischer Kritikpunkt an der Gewährung eines über die Grenzen des § 130 I 2 BGB hinausgehenden Widerrufsrechts findet sich in der Notwendigkeit der Stimmauszählung und Ergebnisfeststellung. Gerade in Gesellschafterversammlungen mit hoher Teilnehmerzahl droht die Auszählung der Stimmen zum Zwecke der Beschlussfeststellung durch zwischenzeitlich erklärte Widerrufe einzelner, eventuell bereits ausgewerteter Stimmen, erheblich erschwert zu werden.⁶⁴⁰ Das legt es nahe, einen Widerruf – wenn überhaupt – nur in Gesellschaften mit übersichtlicher Gesellschafterstruktur zuzulassen.

Dogmatisch spricht zunächst der Wortlaut des § 130 I 2 BGB gegen die Möglichkeit eines späteren Widerrufs. Das wichtigste Kriterium der Gesetzesauslegung stellt aber richtigerweise nicht der Wortlaut, sondern das vom Gesetzgeber mit der Norm verfolgte Ziel, also ihr Sinn und Zweck dar.⁶⁴¹ Insofern kann der Wortlaut nur einen – wenn auch gewichtigen – Anhaltspunkt für das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel bieten. Dem § 130 I 2 BGB liegt auf den ersten Blick

Rn. 75, wenn nachträgliche Änderung der Verhältnisse oder Erlangung von Informationen ein Abrücken erforderlich machen; Staub/*Schäfer* § 709 HGB Rn. 27, wenn die Treuepflicht die Korrektur gebietet oder „wenn der Widerruf im Interesse des betroffenen Gesellschafters geboten und den Mitgesellschaftern zumutbar ist.“; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 18, wenn ein Festhalten an der ursprünglichen Stimmabgabe objektiv treuwidrig wäre; Erman/*Westermann* § 709 BGB Rn. 27, wenn andernfalls ohnehin jeder Gesellschafter gezwungen wäre, an der einverständlichen Aufhebung des Beschlusses mitzuwirken.

⁶³⁸ BGH NJW 2012, 3372 f.

⁶³⁹ BGH NJW-RR 1990, 798, 799 f.

⁶⁴⁰ BGH-NJW 2012, 3372 f.; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 328.

⁶⁴¹ Siehe Nachweise in Fn. 182.

der Gedanke zugrunde, dass der Empfänger einer Erklärung auf deren Bestand grundsätzlich vertrauen können soll.⁶⁴² Da aber z. B. auch geheime Abstimmungen möglich sind, wird teilweise gefolgert, das Vertrauen der übrigen Stimmrechtsträger auf das Stimmverhalten der anderen könne keine allzu wichtige Rolle spielen, weswegen die Stimmabgabe des von der Norm bezweckten Schutzes nicht bedürfe und ein Widerruf generell zuzulassen sei.⁶⁴³ Gegen diese Argumentation spricht zweierlei: Erstens stellt der Verband und nicht die übrigen Gesellschafter den korrekten Empfänger der Stimmabgabe dar, sein Interesse an der endgültigen Wirksamkeit der abgegebenen Stimme ergibt sich aus der Pflicht, die einzelnen Stimmabgaben auszuzählen und ggf. verbindlich festzustellen. Zweitens wollte der Gesetzgeber bei genauerem Hinsehen gerade nicht das konkrete Vertrauen des Erklärungsempfängers schützen, sondern es sollte objektive und unbeeinflussbare Rechtsklarheit bezüglich der Wirksamkeit einer Willenserklärung geschaffen werden, um den Gerichten die Beweiserhebung zu erleichtern.⁶⁴⁴ Somit kommt es gar nicht so sehr darauf an, ob der Empfänger bzw. ein Dritter konkretes Vertrauen auf die Wirksamkeit der Stimmabgabe entwickelt hat. Der Normzweck der objektiven und unbeeinflussbaren Rechtsklarheit spielt vielmehr für jede empfangsbedürftige Willenserklärung, also auch für die Stimmabgabe, eine Rolle.

⁶⁴² EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 53; Staudinger/*Singer/Benedict* § 130 BGB Rn. 100.

⁶⁴³ EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 53.

⁶⁴⁴ Staudinger/*Singer/Benedict* § 130 BGB Rn. 102; vgl. ferner *Flume*, BGB-AT II, S. 233: „Der Sinn der Regelungen, welche auf den Zugang statt auf die Kenntnisnahme für das Wirksamwerden der Willenserklärung abstellt, wird in wesentlichen Beziehungen preisgegeben, wenn man nicht grundsätzlich strikt für den Zugang maßgeblich sein läßt, daß die auf Kenntnisnahme gerichtete Erklärung, wie die Verfasser des BGB sagten, in den ‚Bereich‘ des Empfängers gelangt ist.“; *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 686, wo ein Antrag bezüglich der Änderung des § 130 I 2 BGB dahingehend, im Falle der vorherigen Kenntnis vom Widerruf die ursprüngliche Willenserklärung trotz vorherigen Zugangs nicht wirksam werden zu lassen, mit folgender Begründung abgelehnt wurde: „Zu beachten sei ferner, daß der vorgeschlagene Rechtssatz zu schwierigen Beweisführungen und je nach Lage der Sache zu unerwünschten Eideszuschreibungen Anlaß geben würde.“; auch die seitdem h. M. läßt den Widerruf in solchen Fällen nicht zu, was dagegen spricht, dass primärer Zweck der Vorschrift der individuelle Vertrauensschutz darstellt, siehe: RGZ 50, 191, 194 f.; 60, 334, 337 f.; 91, 60, 62 f.; BGH NJW 1975, 382, 384; Erman/*Arnold* § 130 BGB Rn. 20; *Bork*, BGB-AT, Rn. 649; MüKo-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 40; Palandt/*Ellenberger* § 130 BGB Rn. 11; Soergel/*Hefermehl* § 130 BGB Rn. 29; *Medicus/Petersen* Rn. 300; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 33 Rn. 57 f.

Generell gegen die Ausdehnung des Widerrufsrechts über den Wortlaut des § 130 I 2 BGB hinaus spricht überdies der eng verwandte Aspekt der Rechtssicherheit.⁶⁴⁵ Die Einräumung eines Widerrufsrechts entbehrt der gesetzlichen Grundlage, weswegen keine gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen zur Ausübung desselben bestehen. Zu welchen Problemen das führt zeigen schon die verschiedenen – wenn auch nicht unbedingt widersprüchlichen – Formulierungen innerhalb der h. M. bezüglich des Vorliegens eines wichtigen Grundes.⁶⁴⁶

Für die Einräumung eines Widerrufsrechts in von der Treuepflicht determinierten Bereichen der Beschlussfassung spricht, dass sich hier – anders als beim Vertrag – keine konträren Interessen gegenüberstehen, sondern die Gesellschafter im Idealfall gemeinsam das Ziel verfolgen, zum Wohle der Gesellschaft zu entscheiden.⁶⁴⁷ Die h. M. argumentiert deswegen sinngemäß wie folgt: Bemerkt ein Gesellschafter nach Abgabe seiner Stimme, dass diese seines Erachtens nach nicht dem Gesellschaftswohl entspricht, diene es doch nur dem Interesse der Gesellschaft und damit aller Mitgesellschafter, wenn ihm der Widerruf ermöglicht würde.⁶⁴⁸ Probleme ergeben sich diesbezüglich allerdings bei Uneinigkeit darüber, welche Entscheidung für das Gesellschaftswohl am förderlichsten wäre. Nur im Falle solcher Uneinigkeit käme einem Widerrufsrecht aber überhaupt Bedeutung zu. Denn sind sich die Gesellschafter, oder zumindest eine ausreichende Anzahl an Gesellschaftern, wegen etwaiger nachträglicher Änderung von Umständen oder nachträglicher Informationserlangung über die Notwendigkeit der Beschlussanpassung einig, können sie ihn jederzeit aufheben und einen

⁶⁴⁵ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 151 f.; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 19; *MüKo-AktG/Schröer* § 133 Rn. 21.

⁶⁴⁶ Zu den verschiedenen Formulierungen siehe in Fn. 637. Zwar verwendet auch der Gesetzgeber häufig auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, in den meisten Fällen konkretisiert er sie aber selbst bereits und knüpft sie an konkrete Ausübungsfristen, vgl. bezüglich des Merkmals „wichtiger Grund“ z. B. §§ 314 I 2, III, 543 I 2, II, 626 I, II 1 BGB.

⁶⁴⁷ Siehe Fn. 233.

⁶⁴⁸ Vgl. *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 164 f.; *Ulmer* in: Festschrift Niederländer, S. 422 f.; daneben wohl alle von den in Fn. 637 genannten Autoren, die für das Vorliegen eines wichtigen Grundes darauf abstellen, ob die Treuepflicht den Widerruf gebietet, also *Hadding/Kießling* a. a. O.; *Staub/Schäfer* a. a. O.; *Spindler* a. a. O. und *Westermann* a. a. O.

neuen Beschluss fassen⁶⁴⁹ oder jedenfalls dem einzelnen Gesellschafter den Widerruf gestatten⁶⁵⁰. Besteht unter den Gesellschaftern hingegen Streit über die Zweckmäßigkeit der Beschlussaufhebung, scheint es fragwürdig, einzelnen Gesellschaftern ein Widerrufsrecht bezüglich ihrer Stimme einzuräumen: Sinnvollerweise sollten in solchen Fällen alle Stimmrechtsträger die Möglichkeit bekommen, erneut über den Beschlussgegenstand abzustimmen, anstatt einzelnen Gesellschaftern die Veränderung der Mehrheitsverhältnisse durch Widerruf ihrer Stimmabgabe zuzugestehen.⁶⁵¹ Gebietet die Treuepflicht in solchen Fällen objektiv die Aufhebung des Beschlusses, steht jedem Gesellschafter ein entsprechender Anspruch auf erneute Abstimmung und Stimmabgabe im Sinne der Treuepflicht gegenüber seinen Mitgesellschaftern zu.⁶⁵² Dieser kann gerichtlich eingeklagt und durchgesetzt werden,⁶⁵³ falls der Beschluss ohne Mitwirkung der treuwidrig stimmenden oder treuwidrig nicht teilnehmenden Gesellschafter nicht gefasst werden kann – bei einfachen Mehrheitsbeschlüssen reicht hingegen in der Regel schon die Unwirksamkeit entgegen der Treuepflicht abgegebener Stimmen⁶⁵⁴ aus, um die Fassung eines Aufhebungsbeschlusses und eines eventuellen Alternativbeschlusses zu ermöglichen.

Gerichtliche Auseinandersetzungen werden durch die Einräumung eines Widerrufsrechts auch nicht vermieden. Gestattet man keinen Widerruf, muss der Gesellschafter im Falle der Uneinigkeit – und nur dann kommt es auf das Bestehen eines Widerrufsrechts schließlich an – auf erneute Beschlussfassung und ggf. Stimmabgaben entsprechend der Treuepflicht klagen, wobei das Gericht dann feststellen wird, ob die Treuepflicht eine erneute Beschlussfassung gebietet. Gestattet man den Widerruf bestehen mehrere vorstellbare Konstellationen: die Beschlussfeststellung wirkt konstitutiv und der Versammlungsleiter bezieht die abgegebene Stimme trotz des Widerrufs in das Abstimmungsergebnis mit ein. In

⁶⁴⁹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 36; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 44.

⁶⁵⁰ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 328.

⁶⁵¹ *Messer* in: Festschrift *Fleck*, S. 229; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 21; vgl. auch *Baltzer*, Der Beschluß, S. 152; *Hüffer/Koch/Koch* § 133 AktG Rn. 19; vgl. für die Zeit nach Zustandekommen des Beschlusses ferner *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 27.

⁶⁵² Vgl. explizit bei der Argumentation bezüglich eines Widerrufsrechts: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 310; siehe allgemein zu treuepflichtbedingten Stimmpflichten in Fn. 233.

⁶⁵³ Siehe Fn. 238 f.

⁶⁵⁴ Siehe Fn. 234.

diesen Fällen muss der Gesellschafter, der den Widerruf erklärt hat, den Beschluss gerichtlich angreifen. Berücksichtigt der Versammlungsleiter den Widerruf, obwohl er nach Ansicht anderer Gesellschafter unrechtmäßig erfolgte, werden diese das Beschlussergebnis angreifen. Wirkt die Beschlussfeststellung hingegen nicht konstitutiv, kann im Streitfall mit Hilfe einer Beschlussfeststellungsklage⁶⁵⁵ das korrekte Abstimmungsergebnis klargestellt werden. Der große Vorteil der Anerkennung eines entsprechenden Widerrufsrechts bestünde dann nur noch in dem Umstand, dass mit der Anfechtungsklage zugleich eine Beschlussfeststellungsklage bezüglich des tatsächlich zustande gekommenen Beschlusses verbunden werden könnte bzw. im Falle unterbliebener oder nicht konstitutiv wirkender Beschlussfeststellung wäre der Beschluss ab dem Zeitpunkt seiner Fassung in der Weise wirksam, wie er bei rechtlich korrekter Beurteilung der abgegebenen Stimmen tatsächlich gefasst wurde. Dieser Punkt allein vermag aber die aufgezeigten Nachteile, die mit der Einräumung eines Widerrufsrechts einhergehen, nicht auszugleichen.

Es bleiben die Fälle, in denen wegen der Treuepflicht zwar nicht zwingend der Beschluss aufgehoben, dem einzelnen Gesellschafter aber zumindest eine anderweitige Ausübung seines Stimmrechts zugestanden werden muss. Auch hier scheint es aber kein unzumutbarer Umweg für den Gesellschafter, den Beschlussgegenstand erneut zur Abstimmung zu stellen, statt seine Stimmabgabe zu widerrufen, insbesondere wenn so in einem einheitlichen, rechtssicheren System verblieben werden kann.

Im Ergebnis ist die Einräumung eines über den Wortlaut des § 130 I 2 BGB hinausgehenden Widerrufsrechts mit Blick auf den Gesetzeszweck, aus praktischen Gründen und in Anbetracht der Rechtssicherheit für alle Gesellschaftsformen abzulehnen. Insbesondere in von der Treuepflicht stärker durchdrungenen Bereichen stellt – entgegen der jedenfalls im Personengesellschaftsrecht h. M. – das Widerrufsrecht überdies gar kein adäquates Mittel zur Erreichung des mit seiner Ausdehnung verfolgten Zwecks dar. Der Gesellschafter bleibt deswegen bei Erlangung neuer Kenntnisse auf die Möglichkeit der Anfechtung der Stimmabgabe, andernfalls auf die – ggf. zwangsweise durchsetzbare – erneute Abstimmung über den Beschlussgegenstand beschränkt. Fungieren alle Mitgesellschafter als

⁶⁵⁵ Siehe Fn. 51.

Empfangsvertreter des Verbands, erlischt das Widerrufsrecht aus bereits dargelegten Gründen mit dem Zugang beim ersten der Empfangsvertreter, nicht erst mit dem Zugang beim letzten von ihnen, auch wenn zu letzterem Zeitpunkt die Stimmabgabe erst wirksam wird. Denn der Widerruf verhindert den Eintritt der Bindungswirkung, er ist deswegen der Ratio des § 130 I 1 BGB entsprechend nicht mehr möglich, sobald dem ersten Mitgesellschafter gegenüber die Bindungswirkung eingetreten ist.

II. Auslegung (§§ 133, 157 BGB)

Die Auslegung der Stimmabgabe als empfangsbedürftige Willenserklärung richtet sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, §§ 133, 157 BGB.⁶⁵⁶ § 157 BGB gilt nicht nur für die Auslegung von Verträgen bzw. Vertragserklärungen, sondern für alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen.⁶⁵⁷ Im Normalfall sollte die Auslegung der Stimmabgabe keine Probleme bereiten, denn inhaltlich kommt als Ergebnis der Auslegung nur eine positive oder negative Stellungnahme zum Beschlussantrag oder eine Enthaltung in Betracht,⁶⁵⁸ also wesentlich weniger differenzierte Möglichkeiten als etwa bei der Vertragsauslegung. Soweit bestimmte Abstimmungsmodalitäten vereinbart oder vorgegeben wurden, sind diese in die Auslegung mit einzubeziehen. So etwa, wenn im Rahmen der Subtraktionsmethode das Nichtabstimmen für die ersten beiden Abstimmungsvarianten als Stimme für die letzte Variante gewertet wird.⁶⁵⁹

Probleme können sich insbesondere dann ergeben, wenn die Stimmabgabe gegenüber mehreren Empfangsvertretern abzugeben ist und diese Personen die Erklärung unterschiedlich verstehen. Hat ein Mitgesellschafter z. B. Sonderwissen

⁶⁵⁶ Siehe speziell zur Stimmabgabe die in Fn. 609 genannten Autoren. Ferner allgemein zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen nach dem objektiven Empfängerhorizont: RGZ 119, 21, 25; BGHZ 36, 30, 33; 47, 75, 78; 103, 275, 280; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 136 f.; *MüKo-BGB/Busche* § 133 Rn. 12; *Medicus*, BGB-AT, Rn. 323; *Staudinger/Singer* § 133 BGB Rn. 18; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 133 Rn. 27.

⁶⁵⁷ BGHZ 47, 75, 78; *Erman/Armbrüster* § 157 BGB Rn. 2; *Palandt/Ellenberger* § 157 BGB Rn. 1; *Staudinger/Roth* § 157 BGB Rn. 1.

⁶⁵⁸ Siehe § 2 1. Teil Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe.

⁶⁵⁹ Zur Subtraktionsmethode siehe Text zu und Nachweis in Fn. 551.

bezüglich eines Willensvorbehalts, wäre ihm gegenüber die Stimmabgabe im tatsächlich gewollten Sinne verbindlich.⁶⁶⁰ Den Gesellschaftern gegenüber, die nicht über das entsprechende Sonderwissen verfügen, wäre die Erklärung hingegen nach ihrem normativen Inhalt verbindlich. Die Konstellation ähnelt den Fällen, in denen sich Willenserklärung an eine unbestimmte Vielzahl von Personen richtet. Soweit in solchen Fällen eine uneinheitliche Auslegung nicht in Betracht kommt, findet ausschließlich eine normative Auslegung statt,⁶⁶¹ wobei das Sonderwissen einzelner Empfänger unberücksichtigt bleibt⁶⁶² und stattdessen auf den Standpunkt eines Durchschnittsadressaten des angesprochenen Personenkreises abzustellen ist⁶⁶³. Soweit alle Empfänger über bestimmtes Sonderwissen verfügen, muss es demnach aber weiterhin berücksichtigt werden.⁶⁶⁴ Da vom Stimmrecht nicht in wirksamer Weise uneinheitlich gegenüber verschiedenen Empfangsvertretern Gebrauch gemacht werden kann,⁶⁶⁵ bedeutet dies: Erfolgt die Abgabe gegenüber allen Mitgesellschaftern als Empfangsvertreter des Verbands, bleibt das Sonderwissen einzelner Mitgesellschafter bei der Auslegung der Stimmabgabe unberücksichtigt und es kommt darauf an, wie ein durchschnittlicher Gesellschafter ohne das entsprechende Sonderwissen die Stimmabgabe verstehen musste. Dies gilt sogar dann, wenn die Mehrheit der Mitgesellschafter über das Sonderwissen verfügt und nur einzelne nicht, denn das Risiko der Abgabe von an eine Personenmehrheit gerichteten Erklärungen liegt stärker beim Erklärenden, er muss bei der Formulierung sicher gehen, dass seine Erklärung von allen Empfängern richtig verstanden wird. Da die objektive Auslegung auch für die Empfangsvertreter gilt, die über Sonderwissen verfügen, besteht – anders als im Falle widersprüchlicher Ausübung gegenüber unterschiedlichen

⁶⁶⁰ Denn in Fällen, in denen der Erklärungsgegner das tatsächlich Gewollte erkennt, kommt es grundsätzlich nicht mehr auf die normative Auslegung an, siehe dazu: *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 133; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 133 Rn. 27.

⁶⁶¹ *Flume*, BGB-AT II, S. 304.

⁶⁶² BGHZ 28, 259, 264 f.; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 133 Rn. 28; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 35 Rn. 33; vgl. auch BGHZ 53, 304, 307, wonach bei der Auslegung „nur allgemein erkennbare Umstände zu berücksichtigen sind“; BGH NJW 2007, 2912; MüKo-BGB/*Busche* § 133 Rn. 34; *Medicus*, BGB-AT, Rn. 307.

⁶⁶³ MüKo-BGB/*Busche* § 133 Rn. 34 im Falle der öffentlichen Bekanntmachung einer Vollmacht oder der Vollmachtsurkunde; BeckOK-BGB/*Wendtland* § 133 Rn. 28; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 35 Rn. 33.

⁶⁶⁴ Vgl. MüKo-BGB/*Busche* § 133 Rn. 34.

⁶⁶⁵ Vgl. *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 74.

Empfangsvertretern⁶⁶⁶ – keine uneinheitliche (und somit unwirksame) Stimmabgabe, sondern gegenüber jedem Empfangsvertreter eine solche Stimmabgabe, wie sie objektiv zu verstehen war. Das Stimmrecht erlischt also, wenn der Erklärende verschiedenen Empfangsvertretern unterschiedliche Erklärungen zukommen lässt; gibt er hingegen einer Mehrzahl an Empfangsvertretern gegenüber die gleiche Erklärung ab, kommt die objektive Auslegung zum Tragen.

E) Vertrag (§§ 145–156 BGB)

Die Vorschriften über Verträge bzw. Vertragserklärungen finden nach hier verretener Auffassung – mit Ausnahme des soeben behandelten § 157 BGB – auf die Stimmabgabe mangels Vertragscharakter des Gesellschafterbeschlusses⁶⁶⁷ keine direkte Anwendung. Bereits an anderen Stellen wurden aus Argumentationszwecken jedoch häufig parallelen zum Vertrag gezogen,⁶⁶⁸ da es sich sowohl beim Vertrag als auch beim Beschluss um mehrseitige Rechtsgeschäfte handelt⁶⁶⁹. Insofern lohnt sich zumindest ein Blick darauf, ob eine analoge Anwendung der §§ 145–156 BGB auf die Stimmabgabe in Betracht kommt.⁶⁷⁰

Einer Analogie zu § 145 BGB bedarf es mangels planwidriger Regelungslücke nicht, die Bindungswirkung ist in § 130 I 1 BGB geregelt. § 146 BGB enthält eine Regelung, die für sonstige (insbesondere einseitige) Willenserklärungen regelmäßig mangels Notwendigkeit einer aktiven Reaktion des anderen Teils auf die Erklärung nicht gebraucht wird. Die Stimmabgabe jedoch setzt insofern eine Mitwirkung anderer Personen voraus, als dass in gewissen Fällen, nämlich bei erforderlicher Einstimmigkeit, ein Beschluss nicht ohne die Stimmabgaben der anderen Gesellschafter zustande kommen kann. § 146 Var. 2 BGB lässt sich dann entsprechend auf die Stimmabgabe anwenden: sie wird unwirksam, wenn

⁶⁶⁶ Siehe § 2 2. Teil D) I. Zugang.

⁶⁶⁷ Zum mangelnden Vertragscharakter des Beschlusses siehe § 3 1. Teil Rechtsnatur des Gesellschafterbeschlusses.

⁶⁶⁸ Vergleich z. B. Text zu Fn. 194, 227, 342.

⁶⁶⁹ *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1056. Genauer zur Rechtsnatur des Beschlusses siehe Text zu Fn. 918.

⁶⁷⁰ Vgl. KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 40, wonach die fehlende Vertragsnatur des Beschlusses es nicht ausschließt, die Normen des Vertragsrechts bei sachlicher Begründung entsprechend anzuwenden.

die anderen Stimmabgaben nicht rechtzeitig, das heißt innerhalb der für die Beschlussfassung vorgesehenen Zeit, erfolgen. § 148 BGB kann entsprechend für die ausdrückliche Regelung – sei es durch Vereinbarung, sei es durch Festlegung durch Satzung oder den innerhalb seiner Befugnisse handelnden Versammlungs- bzw. Abstimmungsleiter – einer für die Beschlussfassung vorgesehenen Zeit herangezogen werden. § 147 I BGB wird im Falle einer solchen Vereinbarung oder Vorgabe verdrängt, wo eine solche jedoch nicht existiert, kann sein Rechtsgedanke entsprechend übertragen werden. Je nach Komplexität und Bedeutung des Beschlussgegenstands bedarf es allerdings der Einräumung einer gewissen Bedenkzeit.⁶⁷¹ § 147 II BGB lässt sich bei Fehlen einer konkreten Vereinbarung oder sonstigen Festlegung des konkreten Abstimmungszeitraums ebenfalls in entsprechender Anwendung für Beschlussfassungen außerhalb der Gesellschafterversammlung fruchtbar machen. Die Stimmabgabe ist danach in Ermangelung einer Frist zur Abgabe nur bis zu dem Zeitpunkt möglich, bis zu dem die Mitgesellschafter oder der Abstimmungsleiter sie unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

§ 149 S. 1 BGB kann analog angewendet werden, wenn ein Versammlungs- oder Abstimmungsleiter eingesetzt wird, der die Stimmen sammelt. Eine entsprechende Informationspflicht müsste und könnte alternativ aus der Treuepflicht hergeleitet werden. §§ 149 S. 2, 150 BGB finden demgegenüber keine analoge Anwendung. Im Falle des § 149 S. 2 BGB kann der Beschluss zum Zeitpunkt des verspäteten Zugangs bereits in bestimmter Weise gefasst worden sein, eine nachträgliche Berücksichtigung der Stimmabgabe scheidet somit aus. Im Regelfall wird der Gesellschafter jedoch einen Anspruch auf erneute Abstimmung aus der Treuepflicht herleiten können,⁶⁷² jedenfalls soweit seine Stimme für die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse potenziell erheblich war. Den Mitgesellschaftern bzw. dem Abstimmungsleiter steht es frei, die verspätet zugegangene Stimme für das Abstimmungsergebnis noch zu berücksichtigen, soweit noch kein Beschluss entstanden ist. Da in Personengesellschaften regelmäßig keine besonderen Anforderungen an die Beschlussfassung bestehen,⁶⁷³ können die

⁶⁷¹ Vgl. für die Bedenkzeit im Grundlagenbereich: MüKo-BGB/Schäfer § 709 Rn. 75.

⁶⁷² Vgl. für einen solchen Anspruch im Falle der Anfechtung der Stimmabgabe bereits § 2 2. Teil B) II. 5. Nachholung der Stimmabgabe bzw. der Beschlussfassung.

⁶⁷³ Vgl. § 2 1. Teil G) Beschlüsse ohne Gesellschafterversammlung.

Mitgesellschafter durch Anerkennung der verspäteten Stimme auch zum Ausdruck bringen, dass sie den ursprünglichen Beschluss aufheben und einen neuen Beschluss unter Berücksichtigung der verspäteten Stimmabgabe fassen wollen. Dem Abstimmungsleiter steht diese Kompetenz hingegen nicht zu, da er nicht über die Aufhebung und Neufassung eines bereits gefassten Beschlusses entscheiden darf. Eine analoge Anwendung des § 150 BGB scheidet aus, da der Gesellschafter auf ein Ja oder Nein zum Beschlussantrag beschränkt ist⁶⁷⁴ – natürlich kann eine abweichende Erklärung als Stellung eines neuen Beschlussantrags zu deuten sein, nicht aber als Stimmabgabe. Der Gesellschafter kann seine Stimmabgabe demzufolge nachholen, soweit die für die Beschlussfassung vorgesehene Zeit noch nicht abgelaufen ist.⁶⁷⁵

§ 151 BGB wird sich nur in Ausnahmefällen auf die Stimmabgabe übertragen lassen. Der Abstimmungsleiter bzw. die Mitgesellschafter müssen als Verbandsvertreter grundsätzlich von den Stimmabgaben der einzelnen Gesellschafter Kenntnis erlangen, andernfalls können sie sie nicht in das Abstimmungsergebnis miteinbeziehen. Ein ausdrücklicher Verzicht (§ 151 S. 1 Var. 2 BGB) ist deswegen kaum denkbar. Die Vorschrift ist insbesondere auf den Versandungsverkauf zugeschnitten, wo der Vertrag schon mit Absendung der Waren und nicht erst mit Zugang beim Warenempfänger zustande kommen soll, um die Gefahrtragsregel des § 447 BGB nicht zu unterlaufen.⁶⁷⁶ Eine vergleichbare Interessenlage besteht bei der Stimmabgabe offensichtlich nicht. Ausnahmsweise könnte § 151 S. 1 Var. 1 BGB für die Stimmabgabe eines Gesellschafters entsprechend anwendbar sein,⁶⁷⁷ wenn bei überschaubarer Gesellschafterstruktur ein Beschluss gefasst wird, der für einen Gesellschafter lediglich rechtlich vorteilhaft ist, so dass die anderen davon ausgehen können, dass der Gesellschafter ohnehin zustimmt.⁶⁷⁸

⁶⁷⁴ Siehe Text zu Fn. 13–18. Eine Enthaltung ist natürlich auch möglich, stellt nach hier vertretener Auffassung aber keine Stimmabgabe dar, siehe § 2 1. Teil Die Enthaltung.

⁶⁷⁵ Vgl. § 2 2. Teil B) II. 5. Nachholung der Stimmabgabe bzw. der Beschlussfassung.

⁶⁷⁶ MüKo-BGB/*Busche* § 151 Rn. 1; Erman/*Armbrüster* § 151 BGB Rn. 3; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 37 Rn. 37.

⁶⁷⁷ Ebenso: *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 26.

⁶⁷⁸ Vgl. zur Anwendbarkeit des § 151 BGB in Fällen, in denen der in Aussicht gestellte Vertrag für den Empfänger lediglich rechtlich vorteilhaft ist: BGH NJW 1999, 1328; 2000, 276, 277; 2004, 287, 288; Erman/*Armbrüster* § 151 BGB Rn. 3; MüKo-BGB/*Busche*

Soweit der Beschluss notariell beurkundet wird, müssen die einzelnen Stimmabgaben – die anders als beim Vertrag nicht automatisch auch der notariellen Form bedürfen⁶⁷⁹ – trotzdem vorher noch in gewöhnlicher Weise zugehen, § 152 BGB passt schon deswegen nicht entsprechend auf die Stimmabgaben. Eine Analogie zu § 153 S. 1 BGB scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus, § 130 II BGB gilt für die Stimmabgabe. Der Beschlussantrag ist regelmäßig objektiv auszulegen⁶⁸⁰ und umfasst alle Punkte, die der Beschluss regeln soll. Für eine entsprechende Anwendung der §§ 154, 155 BGB auf die Stimmabgabe besteht deswegen kein Raum, zumal die Vorschriften weniger auf die einzelnen Willenserklärungen als viel mehr auf das entstehende Rechtsgeschäft zugeschnitten sind. § 156 BGB, eine Regelung zum Vertragsschluss bei Versteigerungen, passt offensichtlich nicht auf die Stimmabgabe.

F) Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB)

Ein unter aufschiebender Bedingung vorgenommenes Rechtsgeschäft wird gem. § 158 I BGB mit Bedingungseintritt ex nunc wirksam, ein unter auflösender Bedingung vorgenommenes Rechtsgeschäft gem. § 158 II BGB mit Eintritt der Bedingung ex nunc unwirksam. Für die Zeitbestimmung gelten gem. § 163 BGB die Vorschriften zu Bedingungen entsprechend.

Die meisten Autoren haben Bedenken, eine bedingte Stimmabgabe zuzulassen. Dies äußert sich teilweise in einer pauschalen Verneinung der Zulässigkeit,⁶⁸¹

§ 151 Rn. 5; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 37 Rn. 37. Dazu, welche Beschlüsse ihrem Gegenstand nach für einen Gesellschafter ausschließlich rechtlich vorteilhaft sind, vgl. § 2 2. Teil A) II. 1. Rechtliche Vorteilhaftigkeit, Nachteilhaftigkeit oder Neutralität der Stimmabgabe. Bei für den Gesellschafter rechtlich neutralen Beschlüssen ist der Zugang hingegen nicht entbehrlich, da der andere Teil sich keinesfalls sicher sein kann, ob der Gesellschafter dem Beschlussantrag zustimmen oder ihn ablehnen wird.

⁶⁷⁹ Nachweise siehe in Fn. 552.

⁶⁸⁰ Detailliert dazu: § 3 2. Teil Auslegung von Beschlüssen (§§ 133, 157 BGB).

⁶⁸¹ *MüKo-BGB/Arnold* § 32 Rn. 38; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 150 f.; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 21; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 13, „da der Gesellschaft das mit der Bedingung verbundene Maß an Rechtsunsicherheit nicht zugemutet werden“ könne; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 37, aus Gründen der Rechtssicherheit in Anlehnung an § 388 S. 2 BGB; *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 97 f., da das Stimmrecht ein Gestaltungsrecht sei und Gestaltungsrechte bedingungsfeindlich seien; *Staudinger/Weick* § 32 BGB Rn. 30.

teilweise in einer Begrenzung derselben⁶⁸². Nur wenige Stimmen halten die §§ 158 ff. BGB für uneingeschränkt anwendbar.⁶⁸³

In Anbetracht des Umstands, dass die Stimmabgabe nur innerhalb der für die Beschlussfassung vorgesehenen Zeit erfolgen kann und die Wirksamkeit nach § 158 BGB nur ex nunc eintritt, läuft eine Bedingung oder Zeitbestimmung jeder Art jedenfalls dann leer, wenn der Bedingungseintritt bzw. der Endtermin außerhalb dieses Zeitraums liegt. Insbesondere wenn der Beschlussfeststellung konstitutive Wirkung zukommt, muss zum Zeitpunkt der Feststellung feststehen, welche Stimmen mit welchem Inhalt abgegeben wurden.⁶⁸⁴ Deswegen muss der Empfangsvertreter des Verbands den Bedingungseintritt oder -ausfall zum Zeitpunkt der Feststellung auch unter zumutbaren Aufwand feststellen können.⁶⁸⁵ Im Übrigen bestehen jedoch keine Bedenken gegen eine aufschiebend oder auflösend bedingte bzw. befristete Stimmabgabe, z. B. dergestalt, dass sie unwirksam werden soll, wenn der Beschluss nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt gefasst ist.⁶⁸⁶ Aus Gründen der Praktikabilität besteht jedoch in Ermangelung einer anderweitigen Vereinbarung kein Anspruch der Gesellschafter gegen die Gesellschaft auf Schaffung der technischen Möglichkeit zur Abgabe einer bedingten oder befristeten Stimme. Sie ist also ausgeschlossen, wenn die technischen Abstimmungsmodalitäten sie nicht ermöglichen.

⁶⁸² *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 325, 332 f.; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 32; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 14; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 165; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 36; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 34. Näher zu den vorgeschlagenen Begrenzungen im Einzelnen sogleich.

⁶⁸³ UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 18.

⁶⁸⁴ Vgl. von den in Fn. 682 angeführten Autoren: *Bartholomeyczik* a. a. O., der zwar grundsätzlich von der Bedingungsfeindlichkeit der Stimmabgabe ausgeht, sie aber erlauben will, wenn der Bedingungseintritt noch vor der Beschlussfeststellung von der Körperschaft festgestellt werden kann; *Drescher* a. a. O., der sie ausnahmsweise zulassen will, wenn die Ungewissheit noch bei der Beschlussfassung beseitigt werden kann; *Enzinger* a. a. O., der sie ausnahmsweise zulassen will, „wenn durch sie keine unzumutbare Schwerephase entsteht.“; *Hueck* a. a. O., der sie zulassen will, wenn die Interessen der anderen Gesellschafter nicht beeinträchtigt werden, weil für sie keine Ungewissheit entsteht; *Jüdel* a. a. O., der sie zulassen will, soweit dadurch keine berechtigten Interessen der Mitgesellschafter beeinträchtigt werden.

⁶⁸⁵ Andernfalls eine Beeinträchtigung der Interessen der Mitgesellschafter bzw. des Verbands vorliegt, vgl. Text und Nachweise in Fn. 684.

⁶⁸⁶ *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 36.

Es gibt des Weiteren keinen Grund, den Mitgesellchaftern die Möglichkeit zu nehmen, sich mit der bedingten Stimmabgabe einverstanden zu erklären.⁶⁸⁷ Rechtstechnisch geht ein solches Einverständnis mit einer Erweiterung des Zeitraums einher, in dem die Stimmabgaben zulässigerweise erklärt werden können. Denn eine Beschlussfeststellung kann auch im Falle des Einverständnisses mit der bedingten Stimmabgabe rein faktisch nicht erfolgen, wenn das rechtliche Schicksal einzelner Stimmabgabe noch nicht feststeht. Nur soweit dieser Zeitraum nicht beliebig ausdehnbar ist, kann eine bedingte Stimmabgabe selbst unter Zustimmung der Gesellchafterversammlung unwirksam sein.⁶⁸⁸

Eine unter unzulässiger Bedingung abgegebene Stimme führt zu ihrer Unwirksamkeit.⁶⁸⁹ Eine solche Stimmabgabe kann nachgeholt werden, ebenso eine Stimmabgabe deren Wirksamkeit wegen Bedingungseintritt endet – jeweils natürlich nur, soweit der für die Abgabe der Stimmen vorgesehene Zeitraum noch nicht verstrichen ist. Soweit eine Stimmabgabe unter wirksamer aufschiebender Bedingung erfolgt, kann der Stimmrechtsträger von seinem Stimmrecht jedenfalls solange keinen weiteren Gebrauch machen, wie der Bedingungseintritt noch möglich ist. Durchaus denkbar wäre aber eine Kombination einer aufschiebend bedingten Stimmabgabe mit einer auflösend bedingten Stimmabgabe, wenn sie an die gleiche Bedingung anknüpfen, also nicht die Gefahr der doppelten Stimmabgabe besteht.

Herrscht bei allen Gesellchaftern Einigkeit über Bedingung oder Befristung des Beschlusses, besteht der einfachste Weg in der Bedingung bzw. Befristung desselben, eine bedingte oder befristete Stimmabgabe ist dann nicht erforderlich. Soweit ein Beschluss nicht bedingt oder befristet werden darf, darf dieses Verbot nicht durch eine Bedingung oder Befristung der auf ihn gerichteten Stimmabgaben umgangen werden.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 14; *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellchafterbeschlüsse, S. 16 f.; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 165; *Jüdel*, Gesellchafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 36; *Renkl*, Der Gesellchafterbeschluss, S. 34.

⁶⁸⁸ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellchafterbeschlüsse, S. 16 f.

⁶⁸⁹ *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 325, 332 f.; *Jüdel*, Gesellchafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 36.

⁶⁹⁰ Ausführlich zur Möglichkeit der Bedingung oder Befristung von Beschlüssen sowie zur Bedingungsfeindlichkeit im Ausnahmefall siehe § 3 2. Teil Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB).

§ 159 BGB kann sinnvollerweise allenfalls auf den Beschluss, nicht auf die Stimmabgabe angewendet werden. §§ 160, 161 BGB passen weder zur Stimmabgabe noch zum Beschluss. Dogmatisch spricht nichts gegen die Anwendung des § 162 BGB, praktisch sind jedoch kaum Fälle denkbar, in denen ein durch den Verband oder den Stimmrechtsträger treuwidrig herbeigeführter Bedingungseintritt unmittelbar zum Vor- oder Nachteil einer der beiden Parteien gereicht, vielmehr wird allenfalls der Beschluss, meist sogar erst das Ausführungsgeschäft diesen Vor- oder Nachteil begründen.

G) Vertretung und Vollmacht (§§ 164–181 BGB)

I. Zulässigkeit und Modalitäten der Vollmachtserteilung (§§ 165, 167, 174 BGB)

Die §§ 164 ff. BGB finden auf die Stimmabgabe als empfangsbedürftige Willenserklärung Anwendung.⁶⁹¹ Was die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung und der Modalitäten der Vollmachtserteilung angeht, bestehen jedoch erhebliche Unterschiede zwischen den Gesellschaftsformen, deren Ursprünge in der typischerweise stärker oder schwächer ausgeprägten personalistischen Struktur der Gesellschaftsformen und in der Dichte der jeweils vorhandenen rechtsformspezifischen gesetzlichen Regelungen zur Vollmachtserteilung liegen.

1. Zulässigkeit der Vollmachtserteilung

a) Personengesellschaften (GbR & OHG)

Eine gesetzliche Regelung zur Zulässigkeit der Vollmachtserteilung fehlt im Personengesellschaftsrecht. Aus der personalistischen Struktur der Personengesellschaften folgt allerdings die Höchstpersönlichkeit des Stimmrechts, weswegen die rechtsgeschäftliche Stellvertretung nach ganz h. M. grundsätzlich nur zulässig ist, wenn sie vom Gesellschaftsvertrag vorgesehen oder im Wege eines ad-

⁶⁹¹ Vgl. Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 76; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 59.

hoc-Beschlusses gestattet wird.⁶⁹² In der unterlassenen Rüge einer Vertretung eines Gesellschafters kann ggf. bereits ein solcher Beschluss gesehen werden,⁶⁹³ letztlich entscheidet darüber aber die Auslegung des Verhaltens der Beteiligten⁶⁹⁴. Ausnahmsweise kann sich ein Anspruch auf Zulassung eines Vertreters aus der Treuepflicht ergeben,⁶⁹⁵ wenn der Gesellschafter an der Abstimmung aus zwingenden Gründen nicht partizipieren kann und die Stellvertretung den übrigen Gesellschaftern zumutbar ist⁶⁹⁶. Ist die Vertretung im Verhältnis zur Gesellschaft zulässig, bestehen keine Bedenken gegen die Erteilung von Untervollmachten, ihre Zulässigkeit im Grundverhältnis sowie der sonstige Inhalt der Vollmacht bestimmen sich nach der Auslegung der Vereinbarung zwischen Vertreter und Vertretenem gem. §§ 133, 157 BGB.⁶⁹⁷

Sowohl bei gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung über die Zulässigkeit rechtsgeschäftlicher Stellvertretung als auch bei Bestehen eines Anspruchs auf Zulassung aus der Treuepflicht darf keine Person bevollmächtigt werden, in der ein

⁶⁹² Durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss: RGZ 123, 289, 299; BGHZ 3, 354, 357 f.; BGH NJW 1970, 706; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 19; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 26, nur „mit Zustimmung der Mitgesellschafter“; ebenso *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 72; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 21; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 36 f.; *Oetker/Lieder* § 119 HGB Rn. 17; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 48; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 21; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 77; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 58 f.; BeckOK-BGB/*Schöne* § 709 Rn. 52; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 55; *Erman/Westermann* § 709 BGB Rn. 23; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 311; *ders.*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 28. Differenzierend: *Scholz/Schmidt* Anh. § 45 GmbHG Rn. 42, der jedenfalls für die GmbH & Co. KG, auf welche hier nicht näher eingegangen wird, eine Angleichung an die Vertretungsmöglichkeiten bei der GmbH fordert und bei Beschlussfassungen außerhalb der Versammlung die Vertretung generell zulassen will; *MünchHdb. GesR I/Weipert* § 57 Rn. 62 ff., der die Vertretung im Falle schriftlicher Beschlussfassung ohne weiteres zulassen will und auf Versammlungen die Vertretung durch Mitgesellschafter für zulässig erachtet.

⁶⁹³ RGZ 123, 289, 300, wo die Möglichkeit stillschweigender Zulassung anerkannt wird; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 48; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 77; *Erman/Westermann* § 709 BGB Rn. 23.

⁶⁹⁴ Siehe § 3 2. Teil Auslegung von Beschlüssen (§§ 133, 157 BGB).

⁶⁹⁵ BGH NJW 1970, 706; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 19; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 26; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 21; *Erman/Westermann* § 709 BGB Rn. 23; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 311.

⁶⁹⁶ BGH NJW 1970, 706; *RvWH/Haas* § 119 HGB Rn. 31; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 72; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 49; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 77; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 59; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 28.

⁶⁹⁷ Vgl. dazu die Rechtslage bei der GmbH, Fn. 707, und der AG, Fn. 725 f.

wichtiger Grund zur Nichtteilnahme an der Versammlung besteht.⁶⁹⁸ Einen wichtigen Grund wird man bei den Personengesellschaften z. B. bei Konkurrenten der Gesellschaft, bei aus wichtigem Grunde ausgeschlossenen ehemaligen Gesellschaftern oder einschlägig vorbestraften Personen annehmen können.⁶⁹⁹

Mit dem Abspaltungsverbot des § 717 S. 1 BGB generell unvereinbar und deswegen unabhängig von einer entsprechenden Satzungsregelung oder ad-hoc-Zustimmung immer unwirksam sind unwiderrufliche verdrängende Vollmachten.⁷⁰⁰ Eine vom Gesellschaftsvertrag vorgeschriebene gemeinsame Vertretung bestimmter Personengruppen (obligatorische Gruppenvertretung) ist grundsätzlich zulässig,⁷⁰¹ die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind im Einzelnen aber umstritten.⁷⁰² Bei Eingriffen in den Kernbereich müssen jedenfalls immer alle betroffenen Gesellschafter zustimmen.⁷⁰³

b) GmbH

Das GmbH-Recht setzt mit § 47 III GmbHG die Zulässigkeit der Vertretung grundsätzlich voraus.⁷⁰⁴ Die Möglichkeit der Vollmachtserteilung steht aber zur Disposition des Gesellschaftsvertrags, d.h. sie kann insgesamt ausgeschlossen

⁶⁹⁸ Vgl. MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 19; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 49; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 58.

⁶⁹⁹ Die Aufzählung richtet sich nach den für die Körperschaften diskutierten Kriterien bezüglich des Vorliegens eines wichtigen Grundes, siehe dafür in Fn. 708 und 724.

⁷⁰⁰ BGHZ 3, 354, 359; 20, 363, 364 f.; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 19; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 29, der sogar schon die nur unwiderrufliche Vollmacht für unwirksam hält; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 73, die sich für die Begründung allerdings ausdrücklich nicht auf das Abspaltungsverbot, sondern auf den Schutz des Vertretenen stützen will; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 21; *Oetker/Lieder* § 119 HGB Rn. 16; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 19; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 77; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 55 f.; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 25, wie *Freitag* a. a. O.

⁷⁰¹ BGHZ 46, 291, 294 ff.; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 52; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 62, siehe ferner Rn. 63 zum (im Detail umstrittenen) Vorgang der internen Willensbildung innerhalb dieser Gruppen; BeckOK-BGB/*Schöne* § 709 Rn. 53a.

⁷⁰² Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 62 m. w. N.

⁷⁰³ BGHZ 20, 263, 268 f.; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 62 f.; BeckOK-BGB/*Schöne* § 709 Rn. 53a.

⁷⁰⁴ OLG München GmbHR 2011, 91, 92; Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 35; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 92; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 100; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 76; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 56 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 13.

oder auf bestimmte Beschlussgegenstände begrenzt werden, § 45 GmbHG.⁷⁰⁵ Im Falle eines satzungsmäßigen Ausschlusses besteht aber wie in den Personengesellschaften ggf. ein Anspruch auf Zulassung eines Vertreters aus der Treuepflicht.⁷⁰⁶ Die Erteilung von Untervollmachten ist im Verhältnis zur Gesellschaft zulässig.⁷⁰⁷ Erneut darf in der Person des Vertreters kein wichtiger Grund zur Nichtteilnahme an der Versammlung bestehen, andernfalls eine Ablehnung durch die Mitgesellschafter in Betracht kommt.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 35; MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 94 zum Ausschluss; MüKo-GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 32 f.; Renkl, Der Gesellschafterbeschluss, S. 50; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 444 ff., nach welchem ein vollständiger Ausschluss aber nur bei einer personalistisch organisierten GmbH in Betracht kommt und nur, solange der Gesellschafter nicht faktisch stimmrechtslos gestellt wird; Roth/Altmeyen/Roth § 47 GmbHG Rn. 30, 33a, wobei der Ausschluss in Fällen zwingender Verhinderung nicht greife; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 96 f., der zwar ein totales Vertretungsverbot für unzulässig hält, letztlich aber nur in Fällen, in denen dem Gesellschafter die Wahrnehmung seiner Interessen andernfalls unmöglich gemacht würde; MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 19; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 44 f. wie Römermann a. a. O.; die Möglichkeit eines Ausschlusses insgesamt ablehnend Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer § 47 GmbHG Rn. 59.

⁷⁰⁶ MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 94; Renkl, Der Gesellschafterbeschluss, S. 50; MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 19; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 44.

⁷⁰⁷ Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 35, der zutreffend darauf hinweist, dass das rechtliche Dürfen der Erteilung einer Untervollmacht eine andere Frage, nämlich eine solche des Innenverhältnisses zum Vollmachtgeber darstelle; MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 111; Renkl, Der Gesellschafterbeschluss, S. 51; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 443; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 53; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 115.

⁷⁰⁸ Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 38; MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 95, 97, nach welchem ein wichtiger Grund z. B. bei Konkurrenten der GmbH, bei vorherigem Verrat von Geschäftsgeheimnisse der GmbH oder bei vorausgehendem Ausschluss des Vertreter aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft gegeben ist; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer § 47 GmbHG Rn. 49; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 107; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 388; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 84; MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 14; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 45.

Es dürfen auch in der GmbH keine verdrängenden Vollmachten erteilt werden.⁷⁰⁹ Bezüglich der Zulässigkeit der unwiderruflichen Vollmacht bestehen verschiedene Beschränkungen.⁷¹⁰ Die Unwiderruflichkeit gilt aber jedenfalls nur zwischen den Vertragsparteien und nicht im Verhältnis zur Gesellschaft, d.h. bei Anwesenheit des Bevollmächtigten und des Gesellschafters geht die Stimme des Gesellschafters weiterhin vor,⁷¹¹ der Vertreter hat dann nicht einmal mehr ein Teilnahmerecht⁷¹².

Die Bevollmächtigung mehrerer Vertreter durch einen Gesellschafter ist grundsätzlich zulässig, das Teilnahmerecht bleibt aber vorbehaltlich anderslautender Satzungsregelung auf eine Person beschränkt.⁷¹³ In Fällen der Gesamtvertre-

⁷⁰⁹ BGH WM 1976, 1247, 1250; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 93, nach welchem aber ggf. eine Umdeutung in einen intern wirkenden Verzicht möglich sei; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 101; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 436; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 82; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 53; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 13; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 50.

⁷¹⁰ Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 36: nur, wenn sie mit Ablauf des Grundverhältnisses erlischt und sofern dieses aus wichtigem Grund kündbar ist; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 93: nur, wenn sie aus wichtigem Grund widerrufbar ist und automatisch endet, sobald das zugrundeliegende Rechtsgeschäft endet; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 13 Rn. 100, nach welcher ein Widerruf aus wichtigem Grund möglich bleiben müsse; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 101: unwiderrufliche Vollmacht nur in Treuhandverhältnissen; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 435: nur in besonderen Ausnahmefällen, z. B. bei Treuhand; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 31 f.; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 83: wie *Drescher* a. a. O., bei Verstoß sei eine Umdeutung möglich, falls nicht schon Auslegung weiterhelfe; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 50: wie *Drescher* a. a. O., ohne diese Einschränkung sei die Vollmacht nichtig, könne aber ggf. umgedeutet werden.

⁷¹¹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 92; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 107, nach denen zuerst zu prüfen sei, ob in der Stimmabgabe durch den Gesellschafter ein wirksamer Widerruf zu sehen sei, andernfalls aber trotzdem der Gesellschafter zuzulassen und der Vertreter auszuschließen sei; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 437; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 95, nach dem die Stimmabgabe des Gesellschafters als (unabhängig von der Unwiderruflichkeit jederzeit zulässiger) Widerruf der Vollmacht zu verstehen sei; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 50.

⁷¹² UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 110; MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 34.

⁷¹³ Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 40; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 109; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 80; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 14 und § 39 Rn. 63; vgl. ferner zur Zulässigkeit mehrerer Vertreter RGZ 137, 305, 311; a. A. MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 31, der für eine Beschränkung des Teilnahmerechts auf einen Vertreter eine Satzungsregelung für erforderlich hält.

tungsmacht müssen deswegen Untervollmachten erteilt werden, wobei die Gesellschaft von mehreren erschienen Vertretern den zeitlich zuerst erschienenen zulassen sollte, andernfalls muss sie einen der erschienenen Vertreter nach pflichtgemäßem Ermessen auswählen.⁷¹⁴ Bei Beteiligung mehrerer Vertreter am Abstimmungsvorgang führt eine uneinheitliche Stimmrechtsausübung zur Nichtigkeit der Stimmabgabe.⁷¹⁵

Wie schon bei den Personengesellschaften kann die Satzung der GmbH für bestimmte Personengruppen eine obligatorische Gruppenvertretung anordnen, z. B. für Erbgemeinschaften.⁷¹⁶ Einen Sonderfall regelt § 18 GmbHG für Fälle der Mitberechtigung.⁷¹⁷

Problematisch gestaltet sich die Erteilung einer stimmrechtssplattend geteilten Einzelvertretung, also die Einschaltung eines Vertreters für nur einen Teil der Stimmen.⁷¹⁸ Auf den ersten Blick könnte sich die Zulässigkeit nach der Möglichkeit der uneinheitlichen Ausübung des Stimmrechts richten.⁷¹⁹ Damit bliebe aber unberücksichtigt, dass das Teilnahmerecht nicht teilbar ist und grundsätzlich nur die Teilnahme eines einzigen Vertreters gestattet werden muss.⁷²⁰ Insofern kann eine stimmrechtssplattende Vollmacht nur erteilt werden, soweit erstens die uneinheitliche Ausübung des Stimmrechts für zulässig erachtet wird und zweitens entweder mehrere Vertreter zur Versammlung zugelassen werden oder Untervollmachten erteilt wurden.

⁷¹⁴ UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 109; vgl. ferner: Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 40, der es sogar für zulässig hält, dass der Versammlungsleiter alle Vertreter zurückweist, allerdings nur, soweit dadurch das vermeintliche Interesse des Vertretenen gewahrt wird; MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 98 f.; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 48.

⁷¹⁵ Vgl. dazu die Nachweise zur Rechtslage bei der AG in Fn. 733.

⁷¹⁶ MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 101 f.; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 113; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 80; MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 20.

⁷¹⁷ UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 112; MüKo-GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 36 f.; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 81.

⁷¹⁸ Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 80.

⁷¹⁹ Siehe dazu Text zu und Nachweise in Fn. 474–479.

⁷²⁰ Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 80.

c) AG

Aus § 134 III 1 AktG folgt die grundsätzliche Zulässigkeit der Stellvertretung in der AG.⁷²¹ Wegen der potenziell hohen Zersplitterung der Anteile und der auch bei Kleinanlegern beliebten Investitionsform kommt der Möglichkeit der Stellvertretung in Aktiengesellschaften besonders große Bedeutung zu.⁷²² Auf Grund des Prinzips der Satzungsstrenge kann die Möglichkeit der Stellvertretung in der AG nicht durch die Satzung ausgeschlossen werden,⁷²³ die Treuepflicht kann der Auswahl der Person des Vertreters aber Grenzen setzen⁷²⁴. Die Bestimmung des Inhalts der Vollmacht unterliegt – insbesondere was die Zulässigkeit der Erteilung von Untervollmachten⁷²⁵ im Grundverhältnis angeht – der Auslegung der Vereinbarung zwischen Vertreter und Vertretenem nach §§ 133, 157 BGB.⁷²⁶

⁷²¹ Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 35; MünchHdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 37 Rn. 12; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 21; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 48; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 34; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 39; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 58.

⁷²² Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 34; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 34.

⁷²³ Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 35; MünchHdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 37 Rn. 12; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 21; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 49; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 42; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 39; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 58.

⁷²⁴ Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 48, der allerdings wegen der herausragenden Bedeutung der Stellvertretung bei der AG hohe Anforderungen an die Unzulässigkeit stellt, z. B. könne ein Konkurrent der AG durchaus Vertreter sein; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 25; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 52, wobei Konkurrenten nicht erfasst seien, diese könnten ja grundsätzlich sogar selbst Aktien erwerben; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 42; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 57, der als Beispiele Konkurrenten der AG, unzumutbare Personen oder Wirtschaftskriminelle anführt und auf § 2c KWG sowie § 104 VAG verweist.

⁷²⁵ Zu deren Zulässigkeit: Hopt/*Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 106; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 58.

⁷²⁶ MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 56.

Wie bei den anderen Gesellschaftsformen mit Blick auf das Abspaltungsverbot unzulässig ist die unwiderrufliche⁷²⁷, spätestens in Kombination mit der verdrängenden Vollmacht⁷²⁸. Bei vinkulierten Aktien darf durch eine Vollmachtserteilung außerdem nicht der Schutzzweck der Vinkulierung umgangen werden.⁷²⁹

Ein Aktionär kann eine Personenmehrheit bevollmächtigen,⁷³⁰ die Stimmrechtsausübung kann aber nur einheitlich erfolgen. Die Gesellschaft kann darüber hinaus einen oder mehrere Vertreter zurückweisen, § 134 III 2 AktG, wobei diese Befugnis durch den Versammlungsleiter nach pflichtgemäßem Ermessen ausgeübt wird – mindestens ein Vertreter muss aber zugelassen werden.⁷³¹ Bei Gesamtvertretung ist ggf. die Erteilung von Untervollmachten erforderlich.⁷³² Sind mehrere Vertreter zugelassen und stimmen sie unterschiedlich ab, ist die Stimmabgabe wegen Perplexität nichtig.⁷³³ Nach inzwischen wohl herrschender und jedenfalls überzeugender Ansicht gilt das Zurückweisungsrecht des § 134 III 2

⁷²⁷ *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 10 Rn. 126, nach welcher allerdings ein Widerrufsrecht aus wichtigem Grund genügt; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 40 und zwar selbst dann, wenn Widerruf aus wichtigem Grund noch möglich ist sowie in Treuhandverhältnissen.

⁷²⁸ BGH NJW 1987, 780 f.; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 99; *Hölters/Hirschmann* § 134 AktG Rn. 36, nach welchem die Nichtigkeit einer entsprechenden Vollmacht aus § 134 BGB folge; *MünchHdb. GesR IV/Hoffmann-Becking* § 39 Rn. 1; *Hüffer/Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 21 wie *Hirschmann* a. a. O.; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 49, nach dem es bei automatischem Erlöschen mit dem zugrunde liegenden Kausalverhältnisse auf die Dauer der Bindungswirkung ankomme – eine abweichende Beurteilung beim Treuhänder sei nicht indiziert.

⁷²⁹ BGH NJW 1987, 780; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 100.

⁷³⁰ *Hölters/Hirschmann* § 134 AktG Rn. 55; *MüKo-AktG/Schröer* § 134 Rn. 44; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 59.

⁷³¹ Vgl. *Hüffer/Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 27; *MüKo-AktG/Schröer* § 134 Rn. 44 f.; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 59; vgl. ferner *Hölters/Hirschmann* § 134 AktG Rn. 57; a. A. noch zur alten Rechtslage: *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 106.

⁷³² *Hölters/Hirschmann* § 134 AktG Rn. 55; *Hüffer/Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 27; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 64; *MüKo-AktG/Schröer* § 134 Rn. 46; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 59.

⁷³³ *Hüffer/Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 27; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 64; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 59.

AktG auch bei Vollmachtserteilungen aus mehreren Aktien.⁷³⁴ Für die stimmrechtsspaltende geteilte Einzelvertretung gelten die Ausführungen zur GmbH⁷³⁵ entsprechend.

Anders als bei der GmbH kann die Satzung der AG keine obligatorische Gruppenvertretung anordnen,⁷³⁶ mit § 69 I AktG besteht jedoch eine dem § 18 GmbHG entsprechende Sonderregelung für Fälle der Mitberechtigung⁷³⁷. Ein spezielles Merkmal der AG bildet die Möglichkeit der Einschaltung von durch die Gesellschaft ernannten Stimmrechtsvertretern.⁷³⁸

2. Modalitäten der Vollmachtserteilung

In allen Gesellschaftsformen können gem. § 167 I BGB Innen- und Außenvollmachten,⁷³⁹ ferner Spezial- und Generalvollmachten erteilt werden⁷⁴⁰. Abseits

⁷³⁴ Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 56; MünchHdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 37 Rn. 15; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 64; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 44; a. A.: Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 30; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 60.

⁷³⁵ Siehe § 2 2. Teil G) I. 1. GmbH.

⁷³⁶ Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 49; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 28, wegen des Prinzips der Satzungsstrenge gem. § 23 V AktG; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 49; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 42; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 61.

⁷³⁷ Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 58; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 42; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 61.

⁷³⁸ Dazu näher: Hopt/*Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 119 ff.; Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 50 ff.; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 26 ff.; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 53 ff.; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 38 ff.; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 62 ff.

⁷³⁹ Für die GmbH: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 103; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 103; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 414; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 50. Für die AG: *Bunke*, AG 2002, 57, 58; Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 37; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 22a; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 66; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 34; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 41; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 15; a. A. für alle Körperschaften: *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 22, nach dem es keine interne Bevollmächtigung geben könne.

⁷⁴⁰ Für die GmbH: Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 36; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 108 mit Ausführungen zur Handlungsvollmacht (Rn. 109) und zur Prokura (Rn. 110); UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 102 mit Ausführungen zur Handlungsvollmacht und Prokura; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 50; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 30; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 79; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 13; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 49 mit Ausführungen zur Zulässigkeit von Prokura und Generalvollmacht.

von Satzungsregelungen gelten für die Personengesellschaften keine besonderen Vorgaben zu den Modalitäten der Erteilung. Da die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung als solche aber dem Gestaltungsspielraum der Gesellschafter unterliegt, können diese, als im Vergleich zur vollständigen Nichtzulassung milderes Mittel, annähernd beliebige Anforderungen an die Modalitäten der Vollmachtserteilung stellen.⁷⁴¹ Gebietet die Treuepflicht hingegen die Zulassung eines Vertreters, stoßen Regelungen zu den Modalitäten der Vollmachtserteilung in allen Gesellschaftsformen an Grenzen. In Geschäftsführungsfragen, wo ohnehin das Gesellschaftswohl im Vordergrund steht, mag z. B. die Beschränkung der Person des Vertreters auf einen Mitgeschafter zweckmäßig sein, für Beschlussgegenstände hingegen, in denen sich die Gesellschafterinteressen konträr gegenüberstehen können, überwiegt regelmäßig das Interesse des Vertretenen an der Auswahl eines Nichtgesellschafters.⁷⁴² Geraten gesellschaftsvertraglich vorgesehene Modalitäten der Vollmachtserteilung also in Widerspruch zur Treuepflicht, dann gebietet es diese, von den vorgesehenen Modalitäten abzuweichen.

In den Kapitalgesellschaften sehen § 47 III GmbHG bzw. § 134 III 3 AktG für die Vollmachtserteilung die Textform vor. Bei § 134 III 3 AktG handelt es sich nach einhelliger Ansicht um ein Formerfordernis und nicht nur um ein Legitimationsmittel, eine nicht in Textform erteilte Vollmacht ist deswegen unwirksam.⁷⁴³ Bei § 47 III GmbHG herrscht hingegen Streit bezüglich genau dieses Punktes.

⁷⁴¹ Vgl. z. B. die unbeanstandeten gesellschaftsvertraglichen Regelungen in RGZ 123, 289, 291 (Vollmachten nur an Mitgeschafter) und BGHZ 3, 354, 355 (Vertretung nur durch Mitgeschafter und Schriftformerfordernis).

⁷⁴² Vgl. EBS/Freitag § 119 HGB Rn. 26; MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 19, der zumindest im Falle einer Interessenkollision zwingend die Vertretung auch durch einen Nichtgesellschaftler zulassen will; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 59, der zwar anführt, die Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters könne geboten sein, aber nur, wenn sie dem Vollmachtgeber zumutbar ist. Für die GmbH ferner: Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 38, wonach selbst im Falle einer personellen Beschränkung der Vertretung ausschließlich durch Mitgesellschaftler Dritte als Vertreter akzeptiert werden müssen, wenn die Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters z. B. wegen eines zerrütteten Vertrauensverhältnisses unzumutbar ist.

⁷⁴³ OLG Hamm AG 2001, 146, noch zur nach alter Rechtslage erforderlichen Schriftform; ebenfalls zur alten Rechtslage *Bunke*, AG 2002, 57, 63; bereits zum neuen Recht: MünchHdb. GesR IV/Hoffmann-Becking § 37 Rn. 16; Spindler/Stilz/Rieckers § 134 AktG Rn. 69; Schmidt/Lutter/Spindler § 134 AktG Rn. 49.

Teile der Literatur halten die Textform nur zu Legitimationszwecken für erforderlich; der Nachteil an der h. M., die in § 47 III GmbHG ein echtes Formerfordernis sieht, zeige sich schon an den von der h. M. für erforderlich gehaltenen Ausnahmetatbeständen⁷⁴⁴. Richtigerweise aber handelt es sich bei § 47 III GmbHG um ein Formerfordernis, der dahingehende gesetzgeberische Wille kommt in dem klaren und vor nicht allzu langer Zeit erst neu überarbeiteten⁷⁴⁵ Gesetzeswortlaut unzweifelhaft zum Ausdruck.⁷⁴⁶ Die Erteilung von Untervollmachten bedarf der gleichen Form wie die Erteilung der Vollmacht.⁷⁴⁷

Aus § 47 III GmbHG i. V. m. § 45 II GmbHG lässt sich schließen, dass die Modalitäten der Vollmachtserteilung in der GmbH weitestgehend zur Disposition des Gesellschaftsvertrags stehen, d.h. die rechtsgeschäftliche Stellvertretung kann z. B. durch die Schaffung der Möglichkeit der mündlichen Vollmachtserteilung

⁷⁴⁴ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 134 AktG Rn. 109 f., allerdings noch zur alten Rechtslage, in der Schriftform erforderlich war; MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 30; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 413; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 85 mit ausführlicher Begründung. Zu den von der h. M. anerkannten Ausnahmetatbeständen siehe Text in Fn. 745.

⁷⁴⁵ Siehe dazu das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.7.2001, BGBl. I 2001, S. 1542, durch welches u. a. die ehemals erforderliche Schriftform auf die Textform reduziert wurde (S. 1548).

⁷⁴⁶ Vgl. BGHZ 49, 183, 194, allerdings mit weitgehenden Ausnahmen, nämlich erstens „[...] wenn die Vollmachtserteilung sämtlichen Gesellschaftern bekannt ist und niemand Widerspruch erhebt [...]“ und zweitens, „[...] wenn die Vollmacht in einer Gesellschafterversammlung erteilt wird, in der alle Beteiligten anwesend sind, über die Rechtmäßigkeit der Vollmacht diskutiert wird, die gegen die Vollmacht geäußerten Bedenken unberechtigt sind und kein schutzwürdiges Interesse daran besteht, die nur mündlich erteilte Vollmacht nicht gelten zulassen.“; Bork/Schäfer/*Casper* § 47 GmbHG Rn. 37; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 104 mit Einschränkungen in Rn. 105 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 54; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 105 mit Einschränkungen; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 51, wie BGHZ 49, 183, 194; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 15; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 51 f., jedoch mit Kritik an BGHZ 49, 183 ff.; wohl auch Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 32, mit der gleichen Einschränkung wie BGHZ 49, 183 ff.

⁷⁴⁷ Für die GmbH: Bork/Schäfer/*Casper* § 47 GmbHG Rn. 35; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 111; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 51; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 443; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 53; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 115. Für die AG: MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 58.

teilung erleichtert oder durch den Ausschluss bestimmter Personen als potenzielle Stellvertreter erschwert werden, § 45 GmbHG.⁷⁴⁸ Demgegenüber herrscht in der AG das in § 23 V 1 AktG verankerte Prinzip der Satzungsstrenge,⁷⁴⁹ wonach die Satzung vom Aktiengesetz nur abweichen kann, wenn das Gesetz selbst die Abweichung gestattet. Zwar überlässt § 134 IV AktG die Ausübung des Stimmrechts der Satzungsgestaltung und davon sind auch Regelungen zur Vollmacht erfasst, dies aber nur in sehr begrenztem Umfang.⁷⁵⁰ Insbesondere ist die Person des Bevollmächtigten grundsätzlich⁷⁵¹ frei wählbar, gem. § 165 BGB können selbst beschränkt Geschäftsfähige bevollmächtigt werden⁷⁵². Eine Begrenzung ausschließlich auf die Erteilung in elektronischer Form ist unzulässig.⁷⁵³ Zu unterscheiden ist bezüglich der Satzungsstrenge ferner zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten AGs. Bei ersteren kann die Satzung das Formerfordernis wenn überhaupt nur abschwächen,⁷⁵⁴ außerdem ist gem. § 134 III 4 AktG eine elektronische Erteilungsmöglichkeit zu schaffen. Bei letzteren kann die Satzung hingegen strengere Formerfordernisse aufstellen⁷⁵⁵.

Sowohl bei der GmbH als auch der AG kann die Gesellschaft eine Legitimationssprüfung vornehmen, also einen Nachweis der Berechtigung des Vertreters zur

⁷⁴⁸ Vgl. MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 96 zu personellen Vorgaben, Rn. 107 zu milderen oder strengeren Formerfordernissen; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 60 zu Formerfordernissen, Rn. 61 zu personellen Vorgaben; MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 32 f.; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 50; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 444 ff.; Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 30, 33a; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 96 f.; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 57 zum Ausschluss und zur Beschränkung auf bestimmte Personen sowie weiteren Gestaltungsmöglichkeiten; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 44.

⁷⁴⁹ Vgl. zur Terminologie nur Spindler/Stilz/*Limmer* § 23 AktG Rn. 28.

⁷⁵⁰ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 134 AktG Rn. 98, 105, der eine Beschränkung über die Person des Vertreters nur als ultima ratio und strengere Formerfordernisse generell nicht gestatten will, mildere Formerfordernisse hingegen schon; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 50.

⁷⁵¹ Die Treuepflicht kann der Auswahl des Vertreters Grenzen setzen, siehe Fn. 724.

⁷⁵² Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 48; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 50; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 36; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 134 AktG Rn. 57.

⁷⁵³ MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 49.

⁷⁵⁴ Die Abschwächungsmöglichkeit ist wegen Art. 11 II 1 RL 2007/36/EG jedoch ebenfalls umstritten, vgl.: Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 72; Hüffer/Koch/*Koch* § 134 AktG Rn. 23.

⁷⁵⁵ Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 39 ff.; Hüffer/Koch/*Koch* § 134 AktG Rn. 23; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 72.

Stellvertretung verlangen.⁷⁵⁶ Kann der Vertreter keinen Nachweis der Bevollmächtigung erbringen, kann die Gesellschaft den Vertreter zurückweisen. Aus § 174 S. 1 BGB lässt sich, wenn nicht bereits die Teilnahme an der Hauptversammlung verweigert wird, jedenfalls ein Zurückweisungsrecht bezüglich der Stimmabgabe herleiten,⁷⁵⁷ wobei der Nachweis abweichend vom Gesetzeswortlaut nicht zwingend in Form einer Vollmachtsurkunde erfolgen muss, andernfalls mildere Formerfordernisse zur Vollmachtserteilung konterkariert würden⁷⁵⁸. Die Zurückweisung ist jedoch gem. § 174 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen, im Falle der Stimmabgabe also den Verband, von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Der Vollmachtgeber muss, will er die Zurückweisung über § 174 S. 2 BGB ausschließen, darauf achten, dass für die Gesellschaft nachvollziehbar ist, dass die Mitteilung von der Bevollmächtigung zweifelsfrei vom Vollmachtgeber selbst stammt.⁷⁵⁹ Da es sich bei § 174 BGB um eine allgemeine Vorschrift handelt, lassen sich die Notwendigkeit eines Legitimationsnachweises sowie die Möglichkeit der Zurückweisung auf die Personengesellschaften übertragen.⁷⁶⁰ Der jeweilige Empfangsvertreter (also der Versammlungsleiter oder, bei dessen Fehlen, die Gesamtheit der übrigen anwesenden Gesellschafter) prüft, ob eine wirksame Bevollmächtigung vorliegt.⁷⁶¹ Kann sich

⁷⁵⁶ Näher zur Legitimation bei der GmbH: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 112 ff.; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 106; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 18; Näher zur Legitimation bei der AG: *Bunke*, AG 2002, 57, 64 ff., sehr ausführlich; *Hölters/Hirschmann* § 134 AktG Rn. 43 ff.; *Hüffer/Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 24; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 75 ff.; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 72 ff.; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 51 ff.

⁷⁵⁷ LG Mainz ZWE 2011, 462, 464; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 332; *Bunke*, AG 2002, 57, 66; *Staudinger/Schilken* § 174 BGB Rn. 2; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 72, der darauf hinweist, dass die Vorschrift trotz ihres ausdrücklichen Bezugs auf Rechtsgeschäfte auch auf die nicht rechtsgeschäftliche Stimmabgabe Anwendung findet. Vgl. ferner allgemein zur Anwendbarkeit der Norm auf nicht rechtsgeschäftliche einseitige Willenserklärungen: *Erman/Maier-Reimer* § 174 BGB Rn. 2; *Schilken* a. a. O. Rn. 1.

⁷⁵⁸ Vgl. *Bunke*, AG 2002, 57, 66.

⁷⁵⁹ *Bunke*, AG 2002, 57, 66 f.

⁷⁶⁰ Vgl. OLG München, NJW-RR 2008, 245, 246 zur WEG: „Bestimmt die Gemeinschaftsordnung, dass die Vertretung durch schriftliche Bevollmächtigte zulässig ist, kann ein Vertreter zurückgewiesen werden, der in der Eigentümerversammlung keine schriftliche Vollmacht vorlegt.“; LG Mainz ZWE 2011, 462, 464, ebenfalls zur WEG.

⁷⁶¹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 114, wonach der Versammlungsleiter die Prüfung vornimmt, die Gesellschafterversammlung die Zulassungsentscheidung aber an sich zie-

der Bevollmächtigte nicht ausreichend legitimieren und der Empfangsvertreter deswegen die Bevollmächtigung nicht prüfen, liegt selbst dann kein Beschlussmangel vor, wenn der Empfangsvertreter einen Vertreter nicht zulässt, der tatsächlich wirksam bevollmächtigt wurde.⁷⁶²

II. Wirkungsdauer der Vollmacht (§§ 168–173 BGB)

Sofern eine wirksame Vollmacht erteilt wurde, erlischt diese nach den allgemeinen Regeln des BGB insbesondere durch Widerruf,⁷⁶³ aber auch mit Erlöschen oder nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, § 168 S. 1 BGB⁷⁶⁴. Da das Grundverhältnis regelmäßig in einem Auftrag oder einer Geschäftsbesorgung bestehen dürfte, erlischt die Bevollmächtigung gem. (§ 675 I BGB i. V. m.) § 672 S. 1 BGB im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers, gem. § 673 S. 1 BGB im Zweifel aber durch den Tod des Auftragnehmers⁷⁶⁵. Der Widerruf kann gem. § 168 S. 3 BGB i. V. m. § 167 I BGB sowohl gegenüber dem Bevollmächtigten als auch gegenüber dem Dritten, im Falle der Stimmabgabe also der Gesellschaft, erfolgen.⁷⁶⁶ Da § 168 S. 1 BGB dem für Dritte in der Regel nicht einsehbaren Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem auch im Außenverhältnis Bedeutung für das Bestehen der

hen kann; ähnlich Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 56, der jedenfalls die Letztentscheidungskompetenz bei den Gesellschaftern sieht; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 51; Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 32, der grundsätzlich die Gesellschafter mit Mehrheitsbeschluss und nur ausnahmsweise den Versammlungsleiter entscheiden lassen will; ähnlich Scholz/*Schmidt* § 48 GmbHG Rn. 28, der die Entscheidung in der Hand der Versammlung sieht, der Versammlungsleiter könne nur vorab entscheiden, müsse sich dann aber der Zustimmung der Mehrheit der Gesellschafter versichern.

⁷⁶² Vgl. Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 89; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 18.

⁷⁶³ Bork/Schäfer/*Casper* § 47 GmbHG Rn. 37; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 134 AktG Rn. 113; Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 37 f.; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 103; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 22a; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 51; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 430 f.; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 88; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 59; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 41.

⁷⁶⁴ Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 68.

⁷⁶⁵ Vgl. Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 68.

⁷⁶⁶ *Bunke*, AG 2002, 57, 68; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 59.

Vollmacht beimitzt, bedarf es der dem Vertrauensschutz des Rechtsverkehrs dienenden Regelungen der §§ 170–173 BGB.⁷⁶⁷ Für die Stimmabgabe gelten hier keine Besonderheiten, die Rechtsscheintatbestände sind vollständig anwendbar.⁷⁶⁸ Für die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis i. S. d. § 173 BGB gelten die allgemeinen Regeln zur Wissenszurechnung,⁷⁶⁹ das heißt es kommt auf den Versammlungsleiter oder die Gesamtheit der anwesenden Gesellschafter an.

In der GbR, OHG und GmbH kann der Widerruf der Vollmacht mangels anderslautender gesetzlicher Regelung formlos erfolgen,⁷⁷⁰ sodass im Erscheinen des Stimmrechtrügers auf der Gesellschafterversammlung ein Widerruf der Bevollmächtigung des Vertreters gesehen werden kann⁷⁷¹. Für die AG gilt seit 2009⁷⁷² anderes, hier bedarf gem. § 134 III 3 AktG der Widerruf ebenso wie die Erteilung der Textform. Das führt dazu, dass allein im Erscheinen des Aktionärs kein Widerruf der Vollmacht mehr gesehen werden kann.⁷⁷³ Daraus folgt: Erscheint zuerst der Aktionär gilt das Prioritätsprinzip und die Vollmacht muss nicht widerrufen werden, damit der Aktionär primär zuzulassen ist – im umgekehrten Fall muss hingegen zunächst ein Widerruf der Vollmacht in Textform erfolgen,

⁷⁶⁷ BeckOK-BGB/Schäfer § 170 Rn. 1; MüKo-BGB/Schubert § 170 Rn. 1 f.

⁷⁶⁸ Hölters/Hirschmann § 134 AktG Rn. 38; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 103; Hüffer/Koch/Koch § 134 AktG Rn. 22a; Spindler/Stilz/Rieckers § 134 AktG Rn. 68; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 88; MüKo-AktG/Schröer § 134 Rn. 62; Schmidt/Lutter/Spindler § 134 AktG Rn. 41.

⁷⁶⁹ Siehe § 2 2. Teil Kenntnis oder Kennenmüssen von bestimmten Umständen. Bezüglich des Geschäftsführerwissens abweichend: UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 103, die als maßgebliche Personen auf den Geschäftsführer und den Versammlungsleiter abstellen, wohingegen die Kenntnis eines einzelnen Mitgesellschafters nicht ausreiche, solange er sich der Gesellschafterversammlung nicht mitgeteilt habe.

⁷⁷⁰ Vogel, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 59 f.; für die GmbH ferner: UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 104.

⁷⁷¹ Vogel, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 59 f.; ähnlich: UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 110.

⁷⁷² Einführung des Textformerfordernisses für den Widerruf durch das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG) vom 30.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2479, 2483.

⁷⁷³ Hölters/Hirschmann § 134 AktG Rn. 42a; Spindler/Stilz/Rieckers § 134 AktG Rn. 74a, der als alternative Gestaltung auf die häufig gebrauchte Möglichkeit hinweist, dass bereits bei der Vollmachtserteilung das Nichterscheinen des Aktionärs zur Wirksamkeitsvoraussetzung gemacht werden könne; MüKo-AktG/Schröer § 134 Rn. 51.

damit der Aktionär von seinem Teilnahme- und Stimmrecht Gebrauch machen kann.⁷⁷⁴

III. Rechtsfolgen wirksamer Vertretung (§§ 164, 166 BGB)

Die durch den Vertreter abgegebene Stimme wirkt gem. § 164 I 1 BGB unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt es gem. § 166 I BGB auf die Person des Vertreters, bei Weisungsgebundenheit gem. § 166 II BGB ferner auf die des Vertretenen an. Der Stimmrechtsträger muss sich nach allgemeiner Ansicht insbesondere die von seinem Vertreter begangenen Treuepflichtverstöße zurechnen lassen. Eine Eigenhaftung des Vertreters für Verstöße gegen die Treuepflicht kommt nur in Betracht, wenn dieser selbst Gesellschafter ist oder sich weigert, den Vollmachtgeber zu benennen.⁷⁷⁵

Die Missachtung von Weisungen aus dem Grundverhältnis führt nicht zum Wegfall der Vertretungsmacht und somit auch nicht zur Anwendung der Grundsätze der Vertretung ohne Vertretungsmacht⁷⁷⁶, außer es handelt sich um einen Vertreter, dessen Verhalten der Gesellschaft zuzurechnen ist – dann kann die Nichtigkeit der Stimme aus dem kollusiven Zusammenwirken von Vertreter und Erklärungsgegner folgen.⁷⁷⁷ Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass es für die Wissenszurechnung nicht auf das Wissen einzelner Mitgesellschafter ankommt, sondern auf das Wissen aller anwesenden (Mit-)Gesellschafter oder des Versammlungsleiters.⁷⁷⁸

Die Nichtberücksichtigung der Stimmabgaben des Vertreters trotz wirksamer Vollmacht und Zulässigkeit der Stellvertretung stellt bei Erheblichkeit für den

⁷⁷⁴ Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 74a.

⁷⁷⁵ Vgl. für die letzten beiden Sätze: BGHZ 129, 136, 149 ff., der die Zurechnung auf die Rechtsgedanken der §§ 166, 278 BGB stützt (S. 151) und die potenzielle Haftung auf § 179 I BGB analog (S. 149–151); Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 79; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 61.

⁷⁷⁶ Zu den Rechtsfolgen der Vertretung ohne Vertretungsmacht im Detail sogleich, § 2 2. Teil G) Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177–180 BGB).

⁷⁷⁷ Vgl. Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 134 AktG Rn. 117. Vgl. ferner zum Verhältnis der Vollmacht und des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 47 f.

⁷⁷⁸ Siehe § 2 1. Teil D) Gesellschafter.

jeweiligen Beschluss einen Beschlussmangel dar. Wurde dem Vertreter sogar die Teilnahme an der Versammlung verwehrt, besteht darin ein – von der Erheblichkeit der Stimmabgabe unabhängiger – Beschlussmangel.⁷⁷⁹ Erfolgt die Zurückweisung allerdings wegen berechtigter Zweifel an der Existenz oder an der Wirksamkeit der Vollmacht, stellt die unrechtmäßige Zurückweisung des Vertreters selbst dann keinen Beschlussmangel dar, wenn die Vertretungsmacht tatsächlich vorlag.⁷⁸⁰ Ähnlich wie in den sonstigen Fällen, in denen die Stimmen eines Gesellschafters, der eigentlich an der Abstimmung partizipieren wollte, nicht in das Abstimmungsergebnis einfließen, ohne dass darin ein Beschlussmangel zu sehen wäre, besteht aber ggf. ein Anspruch auf erneute Beschlussfassung aus der Treuepflicht.⁷⁸¹

IV. Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177–180 BGB)

Für die Rechtsfolgen der Vertretung ohne Vertretungsmacht gilt im Falle der Stimmabgabe als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung trotz des Bezugs der Vorschrift auf Rechtsgeschäfte § 180 S. 1 BGB, d.h. die Stimmabgabe des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist grundsätzlich nichtig.⁷⁸² Bezüglich der Anwendbarkeit des § 180 S. 2 BGB muss zwischen der GbR, OHG und GmbH einerseits und der AG andererseits unterschieden werden. Bei ersteren drei findet die Vorschrift nach allgemeiner Ansicht Anwendung,⁷⁸³ z. B. wenn die erteilte

⁷⁷⁹ Für die letzten beiden Sätze: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 115; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 93; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 54; einschränkend Hopt/*Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 116, nach dem ersteres zwar auch einen Beschlussmangel darstellt, letzteres aber dann nicht, wenn nachweisbar ist, dass sich der nicht zugelassene Vertreter an der Diskussion nicht beteiligt hätte und die Meinungsbildung auch sonst nicht beeinflusst hätte.

⁷⁸⁰ Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 89.

⁷⁸¹ Vgl. § 2 2. Teil B) II. 5. Nachholung der Stimmabgabe bzw. der Beschlussfassung.

⁷⁸² *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 22; Soergel/*Hadding* § 32 BGB Rn. 27; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 107; kritisch Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 87; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 52; MüKo-BGB/*Schubert* § 180 Rn. 3.

⁷⁸³ OLG München GmbHR 2011, 91, 92, zur Anwendbarkeit des § 180 S. 2 BGB in der Einmann-GmbH; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 332; Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 41; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 117; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 57; Soergel/*Hadding* § 32 BGB Rn. 27 für den Verein; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 107; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 439; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 32; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 76; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 52, 55.

Vollmacht formunwirksam ist⁷⁸⁴ oder wenn eine Person trotz fehlenden Nachweises zugelassen wird und tatsächlich keine Vertretungsmacht besitzt. Der Abstimmungsleiter darf das Beschlussergebnis in solchen Fällen nicht verbindlich feststellen,⁷⁸⁵ jedenfalls dann nicht, wenn es auf die schwebend unwirksame Stimme für das Beschlussergebnis potenziell ankommt. Über die Zulassung des vollmachtlosen Vertreters entscheidet der Versammlungsleiter, wenn die Gesellschafterversammlung den Beschluss nicht an sich zieht.⁷⁸⁶ Die formfreie⁷⁸⁷ Genehmigung durch den Vertretenen kann gem. § 182 I BGB gegenüber dem Vertreter oder der Gesellschaft erklärt werden und hat gem. § 184 I BGB rückwirkende Kraft⁷⁸⁸. Der Vertretene kann durch die Gesellschaft zur Erklärung über die Genehmigung mit der Rechtsfolge des § 177 II BGB aufgefordert werden, die Aufforderung erfolgt auf der Versammlung durch den Versammlungsleiter oder die Mitgesellschafter, danach durch die Geschäftsführung – die Genehmigung erfolgt dann nur noch gegenüber der Gesellschaft (§ 177 II 1 BGB).⁷⁸⁹

In der AG erachtet die Literatur eine nachträgliche Genehmigung der Vertretung ohne Vertretungsmacht hingegen durchweg für unzulässig, die Stimmabgabe sei hier immer unheilbar nichtig.⁷⁹⁰ Da bei der typischen AG Hauptversammlungen

⁷⁸⁴ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 116; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 107; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 52; a. A. Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 87.

⁷⁸⁵ Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 41; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 118; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 55.

⁷⁸⁶ Vgl. Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 54, der dafür einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss fordert.

⁷⁸⁷ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 118; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 107; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 441; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 32; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 87; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 55.

⁷⁸⁸ Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 41; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 87; vgl. auch Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 57.

⁷⁸⁹ Vgl. Bork/*Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 41; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 117; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 57; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 107; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 440; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 97; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 55.

⁷⁹⁰ *Bunke*, AG 2002, 57, 65; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 22; Hopt/*Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 115, der als Begründung auf die Notwendigkeit des Widerspruchs zu Protokoll abstellt; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 51; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 69; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 52; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 50.

deutlich seltener stattfinden bzw. jedenfalls deutlich aufwändiger zu organisieren sind als bei den übrigen Gesellschaftsformen, und weil die Beschlüsse zu ihrer Wirksamkeit zwingend der Feststellung des Beschlussergebnisses auf der Versammlung bedürfen, überzeugt in diesem Fall die Einschränkung des § 180 S. 2, 3 BGB. Sie ist jedoch solange nicht erforderlich, wie der Aktionär auf der Hauptversammlung selbst anwesend oder zugeschaltet ist und die Genehmigung vor der Feststellung des Beschlusses erteilen oder verweigern kann.

Die Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind anwendbar,⁷⁹¹ und zwar trotz § 47 III GmbHG und § 134 III 3 AktG auch in den Kapitalgesellschaften. Zwar wird teilweise vertreten, zumindest für die Anscheinsvollmacht sei auf Grund der Textformerfordernissen kein Raum mehr, da die Mitgesellschafter sich nicht auf den Rechtsschein verlassen dürften, wenn es an der für die Legitimation vorgesehenen Textform gerade fehle.⁷⁹² Dies überzeugt aber nicht. Denn erstens steht ein Formerfordernis einer Rechtsscheinvollmacht nur entgegen, wenn ihm Warnfunktion für den Vertretenen zukommt.⁷⁹³ Dies ist bei den Textformerfordernissen der § 47 III GmbHG und § 134 III 3 AktG nicht der Fall, dem Formerfordernis kommt hier neben der Legitimationsfunktion eine Dokumentationsfunktion zu,⁷⁹⁴ nicht aber eine Warnfunktion. Zweitens vermischt diese Auffassung die Fragen nach dem Vorliegen einer Vollmacht und der Legitimation gegenüber der Gesellschaft und drittens kann der nur scheinbar Bevollmächtigte ja durchaus in der Lage sein, begünstigt durch ein Verhalten des Vertretenen eine z. B. gefälschte Bevollmächtigung in Textform vorzulegen und so einen objektiven Rechtsscheintatbestand⁷⁹⁵ schaffen, der bei den Mitgesellschaf-

⁷⁹¹ In Bezug auf die Duldungsvollmacht bei der GmbH: Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 85.

⁷⁹² Für § 47 III GmbHG: Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 85; vgl. auch MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 415.

⁷⁹³ BGH NJW 1997, 312, 313 f.; Palandt/*Ellenberger* § 167 Rn. 2; MüKo-BGB/*Schubert* § 167 Rn. 140 f.; a. A. siehe nur: Staudinger/*Schilken* § 167 BGB Rn. 23 m. w. N.

⁷⁹⁴ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 104.

⁷⁹⁵ In der Schaffung eines objektiven Rechtsscheintatbestands liegt die erste Voraussetzung der Rechtsscheinvollmacht, wobei der Rechtsschein auf einem Verhalten des Vertretenen beruhen muss, vgl. Erman/*Maier-Reimer* § 167 BGB Rn. 13; Staudinger/*Schilken* § 167 BGB Rn. 34 f.; MüKo-BGB/*Schubert* § 167 Rn. 108 ff.

tern ein entsprechendes Vertrauen hervorruft. Das Vorliegen einer Rechtsscheinvollmacht beurteilt sich dann danach, ob der Vertretene den Rechtsschein zurechenbar gesetzt hat⁷⁹⁶ und ob die Mitgesellschafter schutzwürdig sind⁷⁹⁷.

V. Insihgeschäft (§ 181 BGB)

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 181 BGB

§ 181 BGB unterscheidet tatbestandsmäßig zwischen zwei Formen der Insihgeschäfte, in denen ein Vertreter ein Rechtsgeschäft grundsätzlich nicht vornehmen kann⁷⁹⁸: Bei gleichzeitigem Auftreten in eigenem und in fremdem Namen (Selbstkontrahierung) und bei gleichzeitiger Vertretung mehrerer am Rechtsgeschäft beteiligter Personen (Mehrvertretung).⁷⁹⁹ Die Norm scheint auf die Fälle der Stimmabgabe nicht zu passen, da das aus ihr folgende Rechtsgeschäft „Beschluss“ nicht gegenüber dem Verband oder den Mitgesellschaftern vorgenommen wird, sondern für den Verband. Daraus, und aus der Qualifikation des Beschlusses als „Sozialakt“⁸⁰⁰, folgte die Rechtsprechung früher die Nichtanwendbarkeit des § 181 BGB auf die Stimmabgabe.⁸⁰¹ Von diesem engen Normverständnis distanziert sich die heute für die Personengesellschaften und die GmbH ganz herrschende Meinung: Die Norm müsse ihrem Sinn und Zweck nach grundsätzlich auch die Stimmabgabe zum Gesellschafterbeschluss erfassen.⁸⁰²

⁷⁹⁶ Die Anforderungen, die an eine Zurechnung im Einzelnen gestellt werden, sind umstritten, siehe dazu z. B.: Soergel/*Leptien* § 167 BGB Rn. 22; Erman/*Maier-Reimer* § 167 BGB Rn. 19; Staudinger/*Schilken* § 167 BGB Rn. 40 ff.; MüKo-BGB/*Schubert* § 167 Rn. 111 ff.

⁷⁹⁷ Erman/*Maier-Reimer* § 167 BGB Rn. 23 f.; Staudinger/*Schilken* § 167 BGB Rn. 43; MüKo-BGB/*Schubert* § 167 Rn. 117 f.

⁷⁹⁸ Gemeint ist, dass der Vertreter die auf das Rechtsgeschäft gerichtete Erklärung nicht wirksam für den Vertretenen abgeben kann.

⁷⁹⁹ Die Verwendung der Begriffe folgt der Terminologie in z. B.: Soergel/*Leptien* § 181 BGB Rn. 1; Erman/*Maier-Reimer* § 181 BGB Rn. 1; BeckOK-BGB/*Schäfer* § 181 Rn. 1; Staudinger/*Schilken* § 181 BGB Rn. 1; MüKo-BGB/*Schubert* § 181 Rn. 1.

⁸⁰⁰ Siehe nur: BGHZ 33, 189, 191.

⁸⁰¹ BGHZ 33, 189, 191; 52, 316, 318; vgl. ferner BGHZ 48, 163, 166 f.; 51, 209, 215 ff. Der Rechtsprechung zustimmend: Röhl, NJW 1979, 627, 628 ff. Kritisch hingegen: Wiedemann, JZ 1970, 290, 291 ff.

⁸⁰² BGHZ 65, 93, 95 ff. bezüglich satzungsändernder Beschlüsse; 112, 339, 340 ff., für Organwahlen; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 222; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 20; *Flume*, BGB-AT I/2, S. 237; EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 27; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 106 f.; Staudinger/*Habermeier* § 709 BGB

Die herrschende aktienrechtliche Literatur scheint hingegen bei der für die anderen Gesellschaftsformen als überholt zu bezeichnenden Auffassung zu verweilen und wendet § 181 BGB auf die Stimmabgabe nicht an.⁸⁰³ Als Begründung wird auf den wegen der Parallelität der Stimmabgaben typischerweise fehlenden Interessengegensatz,⁸⁰⁴ auf die Spezialität des § 135 AktG⁸⁰⁵ bzw. des § 136 AktG⁸⁰⁶

Rn. 21; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 120 f.; Soergel/Hadding/Kießling § 709 BGB Rn. 28; KKRM/Kindler § 119 HGB Rn. 9; Oetker/Lieder § 119 HGB Rn. 18; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 117; Baumbach/Hopt/Roth § 119 HGB Rn. 22; MüKo-BGB/Schäfer § 709 Rn. 78; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 60; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 178; Schilling in: Festschrift Ballerstedt, S. 273 f.; Erman/Westermann § 709 BGB Rn. 23; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 182 f.; ders., Gesellschaftsrecht II, S. 318 f.; MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 23; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 60. A. A. MüKo-BGB/Arnold § 32 Rn. 40, nach welchem § 181 BGB nur in Personengesellschaften, nicht aber in Körperschaften anwendbar sei, da nur bei ersteren die von § 181 BGB vorausgesetzte Interessenkollision kraft Natur des Regelungsgegenstandes bestehe, während in letzteren die Natur des Regelungsgegenstandes konfliktneutral sei; Ernst in: Festschrift Leenen, S. 21, wonach § 181 BGB nicht anwendbar sei, da die Stimmabgabe nicht Bestandteil des Rechtsgeschäfts werde und somit kein Handeln zur Vornahme eines solchen darstelle; ders. hält a. a. O. S. 23, auch für den Vertreter eine Analogie zu den Vorschriften des Stimmrechtsausschlusses für näherliegend als die Anwendung des § 181 BGB; Renkl, Der Gesellschafterbeschuß, S. 63 für die GmbH und die AG; Roth/Altmeppen/Roth § 47 GmbHG Rn. 36, der § 181 BGB nur für solche Beschlüsse für anwendbar hält, bei denen es um den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit dem abstimmenden Vertreter geht „und die Gesellschafter mit dem Beschluss gleichzeitig die rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben.“; ähnlich BeckOK-BGB/Schöne § 709 Rn. 52, der § 181 BGB nur anwenden will, wenn Beschlüssen Außenwirkung zukommt.

⁸⁰³ Hopt/Wiedemann/Grundmann § 133 AktG Rn. 43; Hölters/Hirschmann § 133 AktG Rn. 3 und § 134 AktG Rn. 48; Hüffer/Koch/Koch § 133 AktG Rn. 4; Renkl, Der Gesellschafterbeschuß, S. 63; Spindler/Stilz/Rieckers § 133 AktG Rn. 4 und § 134 AktG Rn. 50; MüKo-AktG/Schröer § 134 Rn. 36 und § 136 Rn. 16; Schmidt/Lutter/Spindler § 133 AktG Rn. 2 und § 134 AktG Rn. 59. Ferner aus der allgemeinen Literatur zu § 181 BGB: Erman/Maier-Reimer § 181 BGB Rn. 19; BeckOK-BGB/Schäfer § 181 Rn. 13; Staudinger/Schilken § 181 BGB Rn. 25. A. A.: Soergel/Leptien § 181 BGB Rn. 21; Schilling in: FS Ballerstedt, S. 274, der als Begründung aber auf die hier nicht geteilte Ansicht abstellt, dass die anderen Gesellschafter der Sache nach Erklärungsempfänger der Stimmabgabe seien; KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 67.

⁸⁰⁴ MüKo-AktG/Schröer § 134 Rn. 36; Schmidt/Lutter/Spindler § 134 AktG Rn. 59.

⁸⁰⁵ Erman/Maier-Reimer § 181 BGB Rn. 19; BeckOK-BGB/Schäfer § 181 Rn. 13; Staudinger/Schilken § 181 BGB Rn. 25.

⁸⁰⁶ Hopt/Wiedemann/Grundmann § 133 AktG Rn. 43; MüKo-AktG/Schröer § 136 Rn. 16; vgl. zur GmbH mit dem Vorschlag einer ausgedehnten Anwendung des § 47 IV GmbHG als Ausgleich zur aus praktischen Gründen wünschenswerten Nichtanwendung des § 181 BGB ferner Wiedemann, JZ 1970, 290, 293, der in späteren Werken allerdings § 181 BGB für anwendbar erachtete, siehe Nachweise in Fn. 802.

sowie auf die im Vergleich zu Personengesellschaften geringere persönliche Betroffenheit der Gesellschafter hingewiesen⁸⁰⁷.

Dem ersten Punkt lässt sich die gleiche Argumentation entgegenhalten, die für die übrigen Gesellschaftsformen bereits zum Umdenken geführt hat: Der formale Aspekt der Gleichgerichtetheit der Stimmabgabe vermag die (zumindest analoge⁸⁰⁸) Anwendung des § 181 BGB nicht zu verhindern, denn die Gleichgerichtetheit schließt die Gefahr abstrakter Interessenkonflikte, vor denen die Vorschrift ihrem Sinn und Zweck nach schützen will,⁸⁰⁹ nicht aus.⁸¹⁰

Beizupflichten ist dem Argument der Spezialität des § 135 AktG, da dieser sich ausdrücklich mit dem potenziellen Interessenkonflikt zwischen professionellen Stimmrechtsvertretern und den Vertretenen beschäftigt. Jedoch verhindert die Vorschrift die Anwendung des § 181 BGB auf die Stimmabgabe in der AG richtigerweise nur für den dort geregelten Bereich der professionellen Stimmrechtsvertretung.⁸¹¹

Zur Entkräftung des dritten Arguments, der Vorrangigkeit des § 136 AktG, muss etwas weiter ausgeholt werden. Hier gilt es, sich den Unterschied zwischen Stimmverboten und § 181 BGB vor Augen zu führen. § 181 BGB regelt ausschließlich Vertretungssituationen. Der Normzweck besteht in der Vermeidung von Interessenkonflikten des Vertreters mit den Interessen des Vertretenen, entweder weil die abstrakte Gefahr besteht, der Vertreter könne eigene Interessen verfolgen (in Fällen des Selbstkontrahierens), oder weil er mehreren Vertretenen

⁸⁰⁷ Renkl, Der Gesellschafterbeschuß, S. 63.

⁸⁰⁸ Ob es sich dogmatisch um eine Analogie zu § 181 BGB oder um eine weite Auslegung der Norm handelt, kann dahinstehen, vgl. nur Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 178, der die Frage ebenfalls offenlässt. Zur heute weitgehend anerkannten Zugänglichkeit des § 181 BGB zu Analogien und teleologischen Reduktionen siehe nur: BGHZ 56, 97, 101 ff.; Soergel/Leptien § 181 BGB Rn. 4 ff.; BeckOK-BGB/Schäfer § 181 Rn. 3; Staudinger/Schilken § 181 BGB Rn. 4 ff.; MüKo-BGB/Schubert § 181 Rn. 5.

⁸⁰⁹ BeckOK-BGB/Schäfer § 181 Rn. 2; Staudinger/Schilken § 181 BGB Rn. 4 ff.; MüKo-BGB/Schubert § 181 Rn. 2 f.

⁸¹⁰ Vgl. KK-AktG/Tröger § 134 Rn. 160; mit dieser Argumentation für die GmbH Wiedemann, JZ 1970, 290, 292 f.; ferner von den in Fn. 802 genannten Autoren: Drescher a. a. O.; Hüffer/Schürnbrand a. a. O.; Römermann a. a. O.; Schmidt a. a. O., Rn. 180; Zöllner/Noack a. a. O.

⁸¹¹ KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 67.

gegenüber verantwortlich ist und für jeden Vertretenen die abstrakte Gefahr besteht, der Vertreter entscheide sich zur Wahrung der Interessen einer der anderen Vertretenen (in Fällen der Mehrvertretung).⁸¹² Insofern findet die Norm auch in der GbR, OHG und GmbH richtigerweise nur Anwendung, wenn entweder ein Gesellschafter einen oder mehrere andere Gesellschafter vertritt oder wenn ein Dritter mehrere Gesellschafter gleichzeitig vertritt, nicht hingegen, wenn der Gesellschafter selbst in einem potenziellen Interessenkonflikt mit der Gesellschaft steht.⁸¹³ Der letztere Fall dreht sich um eine Frage des Stimmverbots und sollte deswegen richtigerweise über § 136 AktG, § 47 IV GmbHG⁸¹⁴ bzw. in den Personengesellschaften auf Analogien zu den verbandsrechtlichen Vorschriften⁸¹⁵ gestützt werden, jedenfalls nicht auf § 181 BGB⁸¹⁶. Dass § 181 BGB kein

⁸¹² Soergel/*Leptien* § 181 BGB Rn. 3; BeckOK-BGB/*Schäfer* § 181 Rn. 1 f.; Staudinger/*Schilken* § 181 BGB Rn. 4; MüKo-BGB/*Schubert* § 181 Rn. 2.

⁸¹³ *Flume*, BGB-AT I 2, S. 237; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 106; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 178; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 181 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 22 f.; vgl. ferner UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 122, der aber als Begründung auf die Spezialität des § 47 IV GmbHG verweist, welche nach hier vertretener Auffassung gerade nicht als Argument bemüht werden sollte, siehe dazu sogleich; BeckOK-BGB/*Schöne* § 709 Rn. 52; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 60 wie *Hüffer/Schürnbrand*.

⁸¹⁴ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 222; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 178; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 22.

⁸¹⁵ Vgl. die folgenden Fundstellen, wobei bezüglich der Reichweite der Analogien im Detail, insbesondere was Geschäftsabschlüsse mit dem Gesellschafter selbst angeht, Uneinigkeit besteht: RGZ 136, 236, 245; Staudinger/*Habermeier* § 709 BGB Rn. 24; Soergel/*Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 29; KKRM/*Kindler* § 119 HGB Rn. 3; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 65; BeckOK-BGB/*Schöne* § 709 Rn. 49; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 84 f. Etwas abweichend MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 32 f., der sich auf die Wertungsaspekte der §§ 117, 127, 140 HGB und § 712 II BGB stützt – somit aber jedenfalls auch nicht auf § 181 BGB.

⁸¹⁶ Vgl. EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 28; Erman/*Maier-Reimer* § 181 BGB Rn. 19; *Schilling* in: Festschrift Ballerstedt, S. 270 ff.; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 85 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 181 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 22; *Zöllner*, Schranken, S. 269 f.; a. A. MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 20, der § 181 BGB auch für anwendbar hält, wenn es um Geschäfte mit dem abstimmenden Gesellschafter geht; ebenso: Soergel/*Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 28.

Stimmverbot enthält, zeigt sich an den unterschiedlichen Rechtsfolgen der Stimmverbote im Vergleich zu § 181 BGB: erstere führen regelmäßig⁸¹⁷ zu einem Wegfall des Stimmrechts beim Stimmrechtsträger für den konkreten Abstimmungsgegenstand im Interesse der Gesellschaft, letzterer ordnet ein Vertretungsverbot im Interesse des Vertretenen an, welches das Stimmrecht des Vertretenen aber unberührt lässt.⁸¹⁸ Stimmverbote regeln somit sachlich andere Konfliktsituationen als § 181 BGB und sie zeitigen andere Rechtsfolgen.

Die gleiche Unterscheidung gilt für den Interessenkonflikt eines Vertreters mit den Interessen der Gesellschaft. Der Interessenkonflikt kann zu einem Stimmverbot beim Vertreter führen, entweder gem. § 136 I 1 Var. 2 AktG oder in den übrigen Gesellschaftsformen analog § 47 IV GmbHG⁸¹⁹ – freilich in diesem Fall nicht mit der Folge, dass das Stimmrecht des Vertretenen entfällt. In solchen Situationen kann daneben § 181 BGB einschlägig sein. Dessen Anwendung beruht dann aber nicht auf dem Interessenkonflikt des Vertreters mit der Gesellschaft, sondern auf dem – in solchen Situationen potenziell zeitgleich vorliegenden – abstrakten Interessenkonflikt des Vertreters mit den Interessen des Vertretenen.⁸²⁰ Insofern können Stimmrechtsverbote und das Vertretungsverbot des § 181 BGB zwar gleichzeitig wirken, sind bezüglich des Grundes ihrer Anwendung sowie in ihrer Schutzrichtung aber strikt voneinander zu trennen.⁸²¹

Bei konsequenter und – wie dargelegt – angebrachter Unterscheidung zwischen dem Vertretungsverbot des § 181 BGB und Stimmverboten wird deutlich, dass § 136 I AktG nicht *lex specialis* zu § 181 BGB sein kann, denn beide Vorschriften regeln völlig unterschiedliche Konfliktlagen und ordnen unterschiedliche

⁸¹⁷ § 136 I 1 Var. 2 AktG stellt insofern eine Besonderheit dar, da er ein Stimmverbot des Vertreters direkt regelt, womit das Stimmrecht des Vertretenen natürlich unberührt bleibt.

⁸¹⁸ UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 122.

⁸¹⁹ Vgl. EBJs/Freitag § 119 HGB Rn. 28; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 119 f.; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 122; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 181; a. A. MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 20, der § 181 BGB anwenden will.

⁸²⁰ Vgl. EBJs/Freitag § 119 HGB Rn. 28; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer § 47 GmbHG Rn. 106; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 120; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 181; etwas anders KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 69, der § 136 AktG bei Selbstbetroffenheit des Vertreters als grundsätzlich abschließendes Spezialrecht begreift.

⁸²¹ Vgl. Schilling in: Festschrift Ballerstedt, S. 270 ff. Anders wohl Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 39, der § 47 IV GmbHG teilweise als *lex specialis* zu § 181 BGB begreift.

Rechtsfolgen zur Lösung dieser Konflikte an.⁸²² Daran ändert auch § 136 I 1 Var. 2 AktG nichts, der zwar dem Vertreter die Abstimmung in gewissen Fällen verbietet, jedoch erneut nur dann, wenn er in einem potenziellen Interessenkonflikt mit der Gesellschaft steht. Die Vorschrift trifft keine Aussage zu eventuellen Interessenkonflikten zwischen Vertreter und Vertretenem,⁸²³ womit sie diesen Regelungsgegenstand auch nicht als *lex specialis* der Anwendbarkeit allgemeiner Vorschriften entziehen kann⁸²⁴.

Dem vierten Argument, der vermeintlich geringeren persönlichen Betroffenheit der Gesellschafter in der AG, lässt sich § 135 AktG entgegenhalten. Denn selbst der Gesetzgeber hielt es offensichtlich für erforderlich, die potenziellen Interessenkonflikte zwischen professionellen Stimmrechtsvertretern und den von ihnen vertretenen Gesellschaftern speziell zu regeln. Eine geringe Bedeutung des möglichen Interessenkonflikts in den Körperschaften entspricht somit zumindest nicht der Einschätzung des Gesetzgebers.

Im Ergebnis ist damit den Argumenten, die generell gegen die Anwendung des § 181 BGB auf die AG ins Feld geführt werden, der Boden entzogen, und die Norm findet außerhalb des Anwendungsbereichs des § 135 AktG aus den gleichen Gründen Anwendung, die in den übrigen Gesellschaftsformen für ihre Anwendung sprechen.

2. Anwendbarkeit nach Beschlussgegenständen

Während nun die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 181 BGB auf die Stimmabgabe geklärt wurde, bleibt die Frage, für welche Beschlussgegenstände die Norm gelten soll. Für Personengesellschaften herrscht annähernd Einigkeit darüber, dass die Norm zwar auf Grundlagenbeschlüsse wie Satzungsänderungen

⁸²² Nachweise sogleich in Fn. 823 f.

⁸²³ UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 122, freilich etwas inkonsequent, da zuvor § 47 IV GmbHG in bestimmten Bereichen als *lex specialis* zu § 181 BGB beschrieben wird.

⁸²⁴ I. E. gleich: MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 113; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 178. A. A. KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 69.

oder Organwahlen anzuwenden sei, nicht hingegen bei Geschäftsführungsbeschlüssen,⁸²⁵ weil dort von vornherein wegen der Gebundenheit der Stimmrechtsträger an das Gesellschaftsinteresse der den Zweck für die Anwendung des § 181 BGB darstellende abstrakte Interessenkonflikt fehle.⁸²⁶ Bei der GmbH entspricht dieses Verständnis ebenfalls der herrschenden Meinung,⁸²⁷ und unter der Prämisse der Anwendbarkeit des § 181 BGB auf die AG liegt eine Übertragung dieser Differenzierung dort ebenfalls nahe⁸²⁸. Einige Autoren fordern hingegen die Anwendbarkeit des § 181 BGB ausnahmslos auf alle Beschlussgegenstände, wobei der fehlende dogmatische Ansatzpunkt für eine teleologische Reduktion⁸²⁹ und die in Geschäftsführungsfragen gleichermaßen möglichen Interessenkonflikte⁸³⁰ als Argumente angeführt werden.

Der Kern dieses Streits besteht letztlich in der Frage, ob bei Geschäftsführungsmaßnahmen die abstrakte Gefahr von Interessenkonflikten wegen der Verfol-

⁸²⁵ Welche Beschlüsse neben Geschäftsführungsbeschlüssen genau noch aus dem Anwendungsbereich des § 181 BGB fallen sollen ist seinerseits erneut Gegenstand lebhafter Diskussionen, siehe dazu nur: MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 20, wonach § 181 BGB bei Geschäftsführungsmaßnahmen und anderen Gesellschaftsangelegenheiten keine Rolle spiele; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 126 f., die eine Orientierung an den gesetzlichen Wertung zur Mehrheitserfordernissen vorschlagen; Baumbach/*Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 22 wie *Enzinger* a. a. O.; ebenso Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 60; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 28 f. will die Anwendung des § 181 BGB jedenfalls bei gesetzlicher Vertretung aus Gründen der Rechtssicherheit nur auf Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft beschränken; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 60 wie *Enzinger* a. a. O.

⁸²⁶ Vgl. BGHZ 65, 93, 97 ff.; 112, 339, 341; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 20 f.; EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 27 f; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 21, nach dem bei einer Ausweitung auf Geschäftsführungsmaßnahmen der an sich sinnvollen Vertretung in diesem Bereich zu enge Grenzen gesetzt wären; *Soergel/Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 28; *KKRM/Kindler* § 119 HGB Rn. 9; *Oetker/Lieder* § 119 HGB Rn. 18; Baumbach/*Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 22; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 78; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 60; *Erman/Westermann* § 709 BGB Rn. 23.

⁸²⁷ *Bork/Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 39; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 125; *Scholz/Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 180; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 182 f.; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 24; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 60.

⁸²⁸ Vgl. *Soergel/Leptien* § 181 BGB Rn. 21; *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 68, der sich genau an diesen aus den übrigen Gesellschaftsformen bekannten Wertungen orientiert.

⁸²⁹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 224.

⁸³⁰ *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 125; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 319.

gung des gemeinsamen Zwecks und der Bindung der Gesellschafter an die Treuepflicht ausgeschlossen ist, oder ob diese Gefahr in diesem Bereich gleichermaßen besteht und deswegen einer teleologischen Reduktion im Wege steht. Denn wenn schon kein Interessenkonflikt besteht, liegt darin der dogmatische Ansatzpunkt für eine teleologische Reduktion des § 181 BGB, und dem ersten genannten Gegenargument wäre die Schlagkraft genommen.

Zweifelsfrei kann zwischen den Gesellschaftern Uneinigkeit im Hinblick auf die Beurteilung der unternehmerischen Richtigkeit einer Geschäftsführungsentscheidung bestehen, andernfalls wäre eine Beschlussfassung überhaupt nicht notwendig. Es entspricht dabei aber zumindest der gesellschaftsrechtlichen Idealvorstellung, dass diese potenzielle Uneinigkeit nicht aus einem möglichen Individualinteressenkonflikt zwischen den Gesellschaftern, sondern schlicht aus einer unterschiedlichen Bewertung des zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks am besten geeigneten Mittels resultiert. § 181 BGB soll den Vertretenen nur davor schützen, dass der Vertreter seine Individualinteressen oder die der anderen von ihm vertretenen Personen über das Interesse des Vertretenen stellt.⁸³¹ Die allgemeine Gefahr der unterschiedlichen Beurteilung durch Vertreter und Vertretenen in Bezug auf die Frage, ob die Vornahme eines Rechtsgeschäfts dem Interesse des Vertretenen dient, ist dem Vertretungsrecht inhärent. Dieses Risiko nimmt bewusst in Kauf, wer einen Vertreter einschaltet und ihm einen Ermessensspielraum zugesteht. Vor dieser Gefahr kann und soll § 181 BGB nicht schützen, sonst müsste er immer eingreifen, wenn ein Vertreter ein Geschäft vornimmt, welches dem Interesse des Vertretenen nicht entspricht. Da der Verfolgung von Individualinteressen durch den Vertreter in Geschäftsführungsfragen zum einen durch Stimmrechtsverbote, zum anderen durch die Treuepflicht Einhaltung geboten wird, und ein vertretener Gesellschafter zumindest in Form der Nichtigkeit der von dem Vertreter abgegebenen Stimme geschützt wird, scheint die von der herrschenden Meinung für Geschäftsführungsbeschlüsse vorgenommene teleologische Reduktion des § 181 BGB gerechtfertigt. Ein weiterer praktischer Vorteil dieser Auffassung besteht in der fehlenden Notwendigkeit einer Ergänzungspflegerbestellung für Geschäftsführungsbeschlüsse in Fällen der gesetzlichen Vertretung eines Minderjährigen.⁸³²

⁸³¹ Siehe Text zu und Nachweise in Fn. 812.

⁸³² UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 125; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 60; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 62.

Die teleologische Reduktion sollte sich dabei nicht nur auf Geschäftsführungsbeschlüsse, sondern auf alle Beschlüsse erstrecken, in denen die Gesellschafter aus der Treuepflicht gehalten sind, sich primär am Gesellschaftsinteresse zu orientieren und ihre Individualinteressen in den Hintergrund zu stellen. Zwar führt dies, wie berechtigterweise kritisiert wird,⁸³³ zu einer größeren Rechtsunsicherheit bezüglich der Einschlägigkeit des § 181 BGB. Der Empfangsvertreter des Verbands muss bei Entgegennahme der Stimmabgabe das Ausmaß der wirkenden Treuepflicht im Zweifelsfall aber ohnehin beurteilen können, da der Treuepflicht z. B. auch für die Wirksamkeit abgegebener Stimmen Bedeutung zukommt.⁸³⁴ Insofern sollte der Aspekt der Trennschärfe bei der Anwendbarkeit des § 181 BGB zu Gunsten einer größeren Flexibilität, insbesondere bei der gesetzlichen Vertretung, zurückgestellt werden.

3. Erfüllung einer Verbindlichkeit und Gestattung

Schon seinem Wortlaut nach greift § 181 BGB nicht, wenn es sich bei dem Rechtsgeschäft entweder lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, oder wenn der Vertretene die Vornahme des Insihgeschäfts gestattet. Die Erfüllung einer Verbindlichkeit kommt vor allem bei Stimmrechtsbindungsverträgen in Betracht, bei denen der Gläubiger der Bindungsvereinbarung zugleich Vertreter des Schuldners der Vereinbarung ist oder beide Vertretene dem gleichen Stimmrechtsbindungsvertrag unterliegen.⁸³⁵ Ferner besteht kein Missbrauchsspielraum für einen Vertreter, wenn der Vertretene aus der Treuepflicht gehalten ist, in einem bestimmten Sinne von der Stimmabgabe Gebrauch zu machen – stimmt der Vertreter entsprechend der Treuepflicht, dann liegt darin die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertretenen und § 181 BGB greift nicht ein.⁸³⁶

Soweit die Anwendbarkeit des § 181 BGB überhaupt bejaht wird, wird auch die Möglichkeit der Gestattung, also der Befreiung des Vertreters vom Verbot des

⁸³³ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 182 f., der die Nichtanwendung des § 181 BGB deswegen auf Geschäftsführungsbeschlüsse begrenzen will.

⁸³⁴ Dazu, dass der Versammlungsleiter die Unwirksamkeit einer Stimmabgabe bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses unmittelbar berücksichtigt siehe Fn. 564. Im Falle der Nichtigkeit wegen Treuepflichtverstoßes aber explizit a. A.: *Oelrichs*, GmbHR 1995, 863, 866 ff.

⁸³⁵ Vgl. *MHLS/Römermann* § 47 GmbHG Rn. 126; *Scholz/Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 180.

⁸³⁶ *Schilling* in: Festschrift Ballerstedt, S. 270; *Wiedemann*, JZ 1970, 290, 293.

§ 181 BGB, einhellig anerkannt.⁸³⁷ An dieser Stelle spielt erneut die strikte Unterscheidung zwischen Stimmverboten und dem Vertretungsverbot des § 181 BGB eine große Rolle. Nur von letzterem kann der Vertretene den Vertreter befreien. Greift in der Person des Vertreters oder des Vertretenen zugleich ein Stimmverbot, kann der Vertreter trotz Befreiung von § 181 BGB nicht wirksam abstimmen.⁸³⁸ Die Satzung der Gesellschaft, in der die Abstimmung erfolgt, kann erschienene Vertreter nicht vom Verbot des § 181 BGB befreien, denn ihr unterliegt nicht die Regelungshoheit über das Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem.⁸³⁹

Da der Vertreter zum Nachweis seiner Legitimation verpflichtet ist,⁸⁴⁰ muss er für entsprechende Beschlussgegenstände auf Aufforderung des Versammlungsleiters bzw. der anwesenden Gesellschafter auch seine Befreiung vom Verbot des § 181 BGB nachweisen.⁸⁴¹ Die Befreiung bedarf entgegen anderslautender Literaturstimmen⁸⁴² nicht zwingend der gleichen Form wie die Vollmachterteilung selbst, da die Befreiung ein isoliert von der Vollmachterteilung vornehmbares Rechtsgeschäft darstellt⁸⁴³ und somit nicht automatisch den gleichen Formerfordernissen unterliegt⁸⁴⁴. Soweit dem Vertreter der Nachweis seiner Befreiung auf anderem Wege als durch Vorlage eines der Textform entsprechenden Befreiungserklärung gelingt, besteht für die Einhaltung der Textform kein Bedürfnis und die Gesellschaft muss den Nachweis akzeptieren, ohne dass es auf

⁸³⁷ BGHZ 112, 339, 342; Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 39; MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 226; EBSJ/Freitag § 119 HGB Rn. 27; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer § 47 GmbHG Rn. 106; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 128; Oetker/Lieder § 119 HGB Rn. 18; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 127; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 182; Schilling in: FS Ballerstedt, S. 275; KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 68; MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 25; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 61.

⁸³⁸ Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 181.

⁸³⁹ Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 39; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 128; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 127; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 182.

⁸⁴⁰ Siehe Text zu Fn. 756–761.

⁸⁴¹ Vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 226; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 129; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 182.

⁸⁴² MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 226; KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 68.

⁸⁴³ Erman/Maier-Reimer § 181 BGB Rn. 27; BeckOK-BGB/Schäfer § 181 Rn. 32.

⁸⁴⁴ I. E. gleich: MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 25.

die von der h. M. anerkannten Ausnahmen zum Formerfordernis des § 47 III GmbHG⁸⁴⁵ ankommt. Gelingt dem Vertreter der Nachweis seiner Legitimation nicht, darf ihn die Gesellschaft in gleicher Weise und mit den gleichen Rechtsfolgen zurückweisen wie bei misslungenem Nachweis der Vollmacht selbst.⁸⁴⁶

4. Rechtsfolgen eines Verstoßes

Eine unter Verstoß gegen § 181 BGB von einem Vertreter erklärte Stimmabgabe zeitigt die gleichen Rechtsfolgen wie eine ohne Vertretungsmacht erklärte Stimmabgabe, d.h. es gilt für die GbR, OHG und GmbH grundsätzlich § 180 S. 1 BGB, jedoch mit der Möglichkeit der Genehmigung nach §§ 180 S. 2, 177 I BGB und auf Seiten der Gesellschaft mit der Möglichkeit der Aufforderung über die Genehmigung nach § 177 II BGB.⁸⁴⁷ In der AG ist die Stimmabgabe hingegen unheilbar nichtig gem. § 180 S. 1 BGB analog, soweit die Genehmigung nicht noch auf der Versammlung vor Feststellung des Beschlussergebnisses erteilt werden kann.⁸⁴⁸

5. Einpersonenbeschlüsse

Besonderheiten bestehen bei der Einpersonengesellschaft. Hier findet nach allgemeiner Ansicht § 181 BGB auf die Stimmabgabe des Alleingeschafters keine Anwendung, selbst wenn er zugleich als einziger Gesellschafter Empfangsvertreter zur Entgegennahme der Stimmabgabe ist.⁸⁴⁹ Lässt sich der einzige Gesellschafter hingegen seinerseits vertreten, findet § 181 BGB nach den dargelegten Grundsätzen Anwendung.

⁸⁴⁵ Siehe Text in Fn. 745.

⁸⁴⁶ MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 129; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 65.

⁸⁴⁷ Vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 228 f.; MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 20; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Ganzer § 47 GmbHG Rn. 107; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 128; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 131 ff.; Baumbach/Hopt/Roth § 119 HGB Rn. 22; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 182; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 65; a. A. Flume, BGB-AT I 2, S. 240.

⁸⁴⁸ Siehe § 2 2. Teil G) Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177–180 BGB).

⁸⁴⁹ BGHZ 56, 97, 101 ff. unter Abweichung von der vorherigen Senatsrechtsprechung (BGHZ 33, 189, 190 ff.); MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 35; Lindemann, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, S. 139 f.; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 377; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 60.

VI. Exkurs zur gesetzlichen Vertretung, zu Amtswaltern und besonderen Vollmachtsformen

Zweifelsfrei zulässig ist die gesetzliche Vertretung bei der Stimmrechtsausübung, z. B. von Minderjährigen⁸⁵⁰ oder Gesellschaften⁸⁵¹. Die Formvorschriften § 47 III GmbHG und § 134 III AktG gelten nicht für die gesetzliche Vertretung⁸⁵²; diese kann auch nicht durch Satzung ausgeschlossen oder erschwert werden⁸⁵³.

Bei Erben- oder Gütergemeinschaften üben alle gemeinsam das Stimmrecht aus.⁸⁵⁴ Trifft den Vertretenen jedoch ein Stimmverbot, kann auch der gesetzliche

⁸⁵⁰ RGZ 123, 289, 299; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 89; EBJS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 25; Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 59; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 117; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 29; MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 27; Oetker/*Lieder* § 119 HGB Rn. 17; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, S. 47; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 43; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 60; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 58; Scholz/*Schmidt* § 48 GmbHG Rn. 23; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 67; Staudinger/*Weick* § 32 BGB Rn. 17, sofern dies nicht dem Vereinszweck widerspricht; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 307; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 12; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 43 mit Details auch zum Betreuer.

⁸⁵¹ RGZ 123, 289, 299; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 83, 85, bei der AG stets der Vorstand, nie nach § 112 AktG der Aufsichtsrat; Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 59, von denen aber wiederum nur so viele zugelassen werden müssen, dass eine Stimmabgabe möglich ist; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 44; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 118, wie *Drescher* a. a. O., ferner für alle Gesellschaftsformen; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 30, für alle Gesellschaftsformen; MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 48 Rn. 27 in Bezug auf alle Gesellschaftsformen; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, S. 47; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 58; Scholz/*Schmidt* § 48 GmbHG Rn. 23 in Bezug auf alle Gesellschaftsformen; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 59 für alle Gesellschaftsformen; Staudinger/*Weick* § 32 BGB Rn. 17; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 307; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 12; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 37, wie *Drescher* a. a. O.

⁸⁵² *Renkl*, Der Gesellschafterbeschuß, S. 47, 51. Für § 134 III AktG: Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 59; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 29 f.; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 43 f.; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 63; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 67. Für § 47 III GmbHG: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 84, 89 mit Details zur Bestellung eines Ergänzungspflegers und der Erforderlichkeit einer familienrechtlichen Genehmigung; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 55; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 115; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 77.

⁸⁵³ *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 61; vgl. ferner: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 94; Baumbach/*Hopt/Roth* § 105 HGB Rn. 27; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 30.

⁸⁵⁴ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 86; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 37.

Vertreter nicht abstimmen.⁸⁵⁵ § 181 BGB greift auch bei gesetzlicher Vertretung,⁸⁵⁶ wobei eine Befreiung in Fällen der organschaftlichen Vertretung durch das zuständige Organ erfolgen muss⁸⁵⁷. In Fällen der Vertretung eines Minderjährigen ist eine Befreiung hingegen nicht möglich, weswegen ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss.⁸⁵⁸

Das Stimmrecht kann ferner von Amtswaltern, im Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter, bei der Nachlassverwaltung vom Nachlassverwalter und in Fällen der Testamentsvollstreckung vom Testamentsvollstrecker, bei dessen Verhinderung von den Erben, ausgeübt werden.⁸⁵⁹ Anders als bei der Stellvertretung erfolgt die Ausübung in allen diesen Fällen im eigenen Namen,⁸⁶⁰ wobei das Stimmrecht als solches bei dem Gesellschafter verbleibt und dem Amtswalter nur die Ausübung obliegt.⁸⁶¹

Für alle diese Vertretungsformen gilt: Das Stimmrecht kann immer nur einheitlich ausgeübt werden, d.h. eine eventuelle Mehrheit von Stimmrechtsinhabern muss sich einigen.⁸⁶² Die Gesellschafterversammlung muss sich auf uneinheitliche Meinungsäußerungen nicht einlassen, selbst dann nicht, wenn diese von einer intern beschlussfähigen Mehrheit stammt, denn der Versammlungsleiter

⁸⁵⁵ Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 77.

⁸⁵⁶ BGHZ 33, 189, 190. Für Vertretung durch die gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 225; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 320. Für organschaftliche Vertretung: BGHZ 56, 97, 101; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 60; a. A. Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 25.

⁸⁵⁷ Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 64, zuständig ist bei der AG der Aufsichtsrat, beim Verein oder GmbH die Gesellschafterversammlung – auch die Satzung kann von § 181 BGB befreien.

⁸⁵⁸ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 227; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 62.

⁸⁵⁹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 88; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 119; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 42; vgl. ferner: Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 60; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 31; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 68.

⁸⁶⁰ Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 45; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 12.

⁸⁶¹ Vgl. Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 16, selbst jedoch kritisch bezüglich dieser rechtlichen Konstruktion; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 12.

⁸⁶² Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 38.

bzw. die Gesellschafterversammlung soll nicht mit den Interna einer dritten Gesellschaft bzw. Gemeinschaft belastet werden.⁸⁶³

Uneinigkeit herrscht hinsichtlich der Frage, ob auch das Teilnahmerecht auf eine Person beschränkt ist, in Fällen der Gesamtvertretung also zwingend die Erteilung von Untervollmachten verlangt werden kann. Während ein Teil der Literatur dies bejaht,⁸⁶⁴ spricht sich ein anderer Teil zumindest in Fällen der Gesamtvertretung überzeugend für ein Teilnahmerecht aller Stimmrechtsinhaber aus⁸⁶⁵. Dem Problem kann durch Satzungsregelungen zur obligatorischen Gruppenvertretung abgeholfen werden, soweit solche zulässig sind.⁸⁶⁶ Eine uneinheitliche Stimmrechtsausübung durch mehrere anwesende Vertreter entfaltet keine Rechtswirkung.⁸⁶⁷

Die Prokura und Handlungsvollmacht unterliegen den gleichen Zulässigkeitsvoraussetzungen wie die sonstige rechtsgeschäftliche Vertretung, inwieweit sie das Stimmrecht umfassen hängt vom Einzelfall ab.⁸⁶⁸ Die Erteilung einer Vorsorgevollmacht ist nach h. M. zulässig, schon weil der Gesetzgeber ihr den Vorrang

⁸⁶³ Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 15; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 38; a. A. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 86.

⁸⁶⁴ MüKo-AktG/Schröer § 134 Rn. 36; Scholz/Seibt § 48 Rn. 23; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 47 GmbHG Rn. 39.

⁸⁶⁵ Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 34; MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 83, der die Zulassung nur eines Vertreters nur bei Einzelvertretungsmacht für möglich hält – die Satzung soll für alle Fälle abweichendes regeln können; MünchHdb. GesR IV/Hoffmann-Becking § 37 Rn. 20; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 115; Hüffer/Koch/Koch § 134 AktG Rn. 30, auch nur für Fälle der Gesamtvertretung; MüKo-GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 28; Spindler/Stilz/Rieckers § 134 AktG Rn. 44, ebenfalls nur für Gesamtvertretung; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 386.

⁸⁶⁶ Zur Zulässigkeit der Anordnung obligatorischer Gruppenvertretung vgl. Text zu und Nachweise in Fn. 701–703 (zu Personengesellschaften), 716 f. (zur GmbH) und 736 f. (zur AG).

⁸⁶⁷ Siehe die Nachweise zur AG in Fn. 733.

⁸⁶⁸ Siehe dazu: Hölters/Hirschmann § 134 AktG Rn. 42; Hüffer/Koch/Koch § 134 AktG Rn. 22; Spindler/Stilz/Rieckers § 134 AktG Rn. 67; MünchHdb. GesR III/Wolff § 38 Rn. 13. Vgl. ferner bereits die Nachweise in Fn. 740.

vor der Betreuerbestellung nach § 1896 II BGB eingeräumt hat.⁸⁶⁹ Umstritten ist aber, ob sie der Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter bedarf.⁸⁷⁰

VII. Exkurs zur Botenschaft

Soweit die Beschlussfassung auf einer Präsenzversammlung erfolgt, muss die Stimmabgabe grundsätzlich unter Anwesenden erklärt werden und die Einschaltung eines Boten ist unzulässig. In der GbR, OHG und GmbH können der Gesellschaftsvertrag⁸⁷¹ oder die Gesellschafter im Wege eines ad-hoc-Beschlusses⁸⁷² die Botenschaft nach h. M. jedoch zulassen, bei der AG ist dies wegen der dort herrschenden Satzungsstrenge hingegen unzulässig⁸⁷³. Ein auf der Versammlung anwesender Gesellschafter bzw. dessen Vertreter kann sich hingegen eines Boten bedienen.⁸⁷⁴

⁸⁶⁹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 93; EBSJ/*Freitag* § 119 HGB Rn. 30; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 101; MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 124a ff.; *Wedemann*, ZIP 2013, 1508, 1511.

⁸⁷⁰ Dagegen: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 93; EBSJ/*Freitag* § 119 HGB Rn. 30. Dafür: UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 101; MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 124a ff.; *Wedemann*, ZIP 2013, 1511 f.

⁸⁷¹ Für die Personengesellschaften: *Wiedemann*, ZGR 1996, 286, 294; für die GmbH: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 119; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 116; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 382; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 37; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 78; MünchHdb. GesR III/*Wolff* § 38 Rn. 27; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 56.

⁸⁷² Als erst-Recht-Schluss aus § 48 II GmbHG: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 119, nach dem allerdings alle – nicht nur die anwesenden – Gesellschafter zustimmen müssen; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 383; Roth/*Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 37; ohne nähere Begründung: Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 78; a. A.: *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 56 als Umkehrschluss aus § 48 II GmbHG.

⁸⁷³ Hopt/*Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 101, selbst allerdings zumindest zweifelnd daran, ob die Botenschaft in Zeiten, in denen der Gesellschafter nicht mehr präsent sein muss (§ 118 II 2 AktG), wirklich noch unzulässig sein sollte; Hölter/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 62, auf Grund der in § 23 V AktG normierten Satzungsstrenge auch nicht anders regelbar; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 33, unter Verweis auf § 23 V AktG; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 47, anders aber im Verfahren nach § 118 I 2, II AktG; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 70; Schmidt/*Lutter/Spindler* § 134 AktG Rn. 70; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 150.

⁸⁷⁴ Spindler/*Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 47; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 150.

H) Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185 BGB), insbesondere Legitimationszession

I. §§ 182–184 und § 185 II BGB

Soweit die Wirksamkeit einer Stimmabgabe von der Zustimmung eines Dritten abhängt, sind die §§ 182–184 BGB ohne weiteres anwendbar.⁸⁷⁵ Die entsprechende Anwendung des § 185 II 1 BGB ist denkbar, sie kommt vor allem in Betracht, wenn die Mitgesellschafter bzw. die Gesellschaft die Stimmrechtsausübung durch einen Nichtgesellschafter aus einem fremden Gesellschaftsanteil in eigenem Namen zulassen. Im Falle eines fehlerhaften Gesellschafterwechsels gilt hingegen entweder die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft entsprechend⁸⁷⁶ oder es greifen ohnehin vorrangige Schutzvorschriften⁸⁷⁷ bzw. Rechtscheintatbestände⁸⁷⁸. Liegt dies anders, kann § 185 II 1 Var. 2 und Var. 3 BGB nur Anwendung finden, solange die Stimmabgabe noch wirksam abgegeben werden kann, der Erwerb des Stimmrechts also noch im laufenden Abstimmungsprozess erfolgt. Denn in den übrigen Fällen ändert ein nachträglicher Anteilserwerb wegen der ex-nunc-Wirkung der Konvaleszenz⁸⁷⁹ nichts an dem fehlenden Stimmrecht des Erwerbers für vergangene Abstimmungen.

II. Die Legitimationszession (§ 185 I BGB)

Unklarer gestaltet sich die Rechtslage bezüglich § 185 I BGB. In Frage steht, ob ein Stimmrechtsträger das Stimmrecht einem Dritten nach § 185 BGB⁸⁸⁰ bzw. dessen Rechtsgedanken⁸⁸¹ zur Ausübung im eigenen Namen überlassen kann

⁸⁷⁵ Vgl. MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 118; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 107; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 87.

⁸⁷⁶ Zur Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft auf fehlerhaften Gesellschafterwechsel in Personengesellschaften siehe: Staub/Schäfer § 105 HGB Rn. 357; MüKo-BGB/Schäfer § 705 Rn. 365 ff.; anders aber bei der GmbH, siehe dazu UHL/Löbbe § 15 GmbHG Rn. 148; insgesamt ablehnend Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 163 ff.

⁸⁷⁷ Siehe insbesondere § 16 GmbHG und § 67 AktG.

⁸⁷⁸ Dazu näher Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 165.

⁸⁷⁹ Siehe zur ex-nunc-Wirkung nur: MüKo-BGB/Bayreuther § 185 Rn. 50, 59; BeckOK-BGB/Bub § 185 BGB Rn. 13, 16.

⁸⁸⁰ UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 57; Scholz/Schmidt § 47 GmbHG Rn. 21; MüKo-AktG/Schröer § 134 Rn. 65.

⁸⁸¹ Hölter/Hirschmann § 134 AktG Rn. 61; MünchHdb. GesR IV/Hoffmann-Becking § 37 Rn. 21; Hüffer/Koch/Koch § 134 AktG Rn. 32, nach dem Vorbild des § 185 BGB;

(sog. Legitimationszession).⁸⁸² Während diese Gestaltungsmöglichkeit für die Personengesellschaften als mit der Höchstpersönlichkeit des Stimmrechts unvereinbar abgelehnt wird,⁸⁸³ ist sie für die Aktiengesellschaft anerkannt, zumal sogar der Gesetzgeber in § 129 III AktG die Legitimationszession als erlaubt voraussetzt⁸⁸⁴.

Begründet man die Unzulässigkeit der Legitimationszession in den Personengesellschaften mit der Höchstpersönlichkeit des Stimmrechts, spricht einiges dafür, der Satzung bzw. den Gesellschaftern per ad-hoc-Beschluss die Möglichkeit einzuräumen, die Legitimationszession zu erlauben.⁸⁸⁵ Denn anders als das Abspaltungsverbot steht der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des Stimmrechts zur Disposition der Gesellschafter.⁸⁸⁶ Auf das Abspaltungsverbot wiederum lässt sich ein grundsätzliches Verbot der Legitimationszession insofern nur schwerlich stützen, als dass das Abspaltungsverbot bei der Aktiengesellschaft gleichermaßen gilt,⁸⁸⁷ wo die Legitimationszession aber unstreitig zulässig ist.⁸⁸⁸

Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 46, ähnlich § 185 BGB; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 134 AktG Rn. 69; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 229.

⁸⁸² Zur Terminologie und Definition siehe nur: MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 65.

⁸⁸³ Vgl. BGHZ 20, 363, 364; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 18; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 24; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 47; Baumbach/*Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 19; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 25.

⁸⁸⁴ *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 134 AktG Rn. 93; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 10 Rn. 126; *Hölters/Hirschmann* § 134 AktG Rn. 61; *Hüffer/Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 32; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 134 AktG Rn. 46; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 64; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 134 AktG Rn. 69; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 231.

⁸⁸⁵ Vgl. Baumbach/*Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 20.

⁸⁸⁶ Vgl. MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 60 f.

⁸⁸⁷ RGZ 132, 149, 158 f.; MüKo-AktG/*Heider* § 8 Rn. 89; MünchHdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 39 Rn. 1; *Hüffer/Koch/Koch* § 8 AktG Rn. 26; *Hölters/Solveen* § 8 AktG Rn. 28; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 63; *Spindler/Stilz/Vatter* § 8 AktG Rn. 50; Schmidt/Lutter/*Ziemons* § 8 AktG Rn. 29.

⁸⁸⁸ Vgl. dazu die entsprechende Argumentation zur Zulässigkeit der Legitimationszession bei der GmbH, Text zu und Nachweis in Fn. 900. A. A. aber explizit *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 51 f., der das Abspaltungsverbot als Begründung für die Unzulässigkeit der Legitimationszession in den Personengesellschaften sieht.

Nach ganz h. M. kann die Satzung der Aktiengesellschaft die Legitimationszession verbieten.⁸⁸⁹ § 134 III AktG gilt nicht analog,⁸⁹⁰ der Legitimationszessionar kann sich stattdessen durch den Besitz an der Aktie⁸⁹¹ legitimieren⁸⁹². Professionellen Stimmrechtsvertretern bleibt die Möglichkeit der Legitimationszession als Alternative zur Vollmachtserteilung hingegen gem. § 135 I 1, XIII AktG weitestgehend verwehrt.⁸⁹³ Bei vinkulierten Aktien ist die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich.⁸⁹⁴ Für die Personengesellschaften gelten die Ausführungen bezüglich der Zulässigkeit und der Modalitäten der Vollmachtserteilung für die Legitimationszession entsprechend,⁸⁹⁵ insbesondere darf auch bei grundsätzlicher Gestattung durch die Satzung kein der Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern unzumutbarer Legitimationszessionar ausgewählt werden und der Zessionar muss seine Legitimation auf Verlangen nachweisen.

In der GmbH herrscht hingegen ein uneinheitliches Bild: Teile der Literatur verneinen die Zulässigkeit der Legitimationszession mit Blick auf die stärker personalistische Struktur der GmbH,⁸⁹⁶ auf das fehlende praktische Bedürfnis⁸⁹⁷ sowie auf § 16 GmbHG, aus welchem Folge, dass einem Nichtgesellschafter die Stimm-

⁸⁸⁹ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 134 AktG Rn. 93; Hölters/*Hirschmann* § 134 AktG Rn. 61; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 46; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 64; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 134 AktG Rn. 69; a. A. Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 32, nach welchem zwar Beschränkungen erlaubt, ein kompletter Ausschluss bei der börsennotierten AG als Fungibilitätsbeschränkung aber unzulässig sei.

⁸⁹⁰ Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 46; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 65; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 134 AktG Rn. 69.

⁸⁹¹ Ausführlich zum Übertragungsvorgang siehe nur KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 234.

⁸⁹² Vgl. Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 46.

⁸⁹³ Vgl. näher: Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 134 AktG Rn. 93; Hüffer/*Koch/Koch* § 134 AktG Rn. 32; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 134 AktG Rn. 46; MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 66; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 134 AktG Rn. 69; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 232.

⁸⁹⁴ MüKo-AktG/*Schröer* § 134 Rn. 65; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 234.

⁸⁹⁵ Siehe § 2 2. Teil G) I 1. Personengesellschaften (GbR & OHG) und § 2 2. Teil G) I Modalitäten der Vollmachtserteilung.

⁸⁹⁶ Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* § 47 GmbHG Rn. 30; *Renkl*, Der Gesellschafterbeschluss, S. 47; *Vogel*, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung, S. 53.

⁸⁹⁷ Bork/Schäfer/*Casper* § 47 GmbHG Rn. 18; Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 21.

rechtsausübung in eigenem Namen zwar qua Gesetz, nicht aber rechtsgeschäftlich überlassen werden könne⁸⁹⁸. Andere bejahen sie mit den gleichen Einschränkungen wie bei der Vollmacht.⁸⁹⁹ Argumentativ stützen sie sich auf einerseits auf die Zulässigkeit der Legitimationszession im Aktienrecht, woraus folge, dass ein Konflikt mit dem Abspaltungsverbot nicht bestehe⁹⁰⁰ und außerdem für eine Nichtzulassung ein besonderer verbandsformspezifischer Grund bestehen müsse, der im GmbH-Recht nicht zu finden sei⁹⁰¹. Andererseits könne aus § 16 I 2 GmbHG der Schluss gezogen werden, dass dem GmbH-Recht die Stimmrechtsausübung durch einen Nichtgesellschafter nicht vollständig fremd ist⁹⁰².

Die Auslegung des § 16 GmbHG führt nicht bereits zu einem eindeutigen Ergebnis. Zwar ist es grundsätzlich überzeugend auf dessen Gesetzeszweck abzustellen und so im Sinne der Transparenz gegen die Zulässigkeit der Legitimationszession zu argumentieren,⁹⁰³ die vergleichbare Regelung in § 67 II 1 AktG stellt die Zulässigkeit der Legitimationszession in der Aktiengesellschaft ihrerseits aber nicht in Frage,⁹⁰⁴ sodass der Zweck der Norm der Zulässigkeit der Legitimationszession nicht grundlegend entgegenstehen kann. Was die Vollmachtserteilung angeht entspricht die Rechtslage für die GmbH eher der für die AG und weniger der für die Personengesellschaften, insbesondere besteht in der GmbH in Anbetracht der grundsätzlichen Zulässigkeit der Stellvertretung nicht der Grundsatz der höchstpersönlichen Stimmrechtsausübung. Die stärker personalistische Struktur spricht deswegen nicht gegen die Zulässigkeit der Legitimationszession, die Vergleichbarkeit der Vertretungsregeln mit denen des Aktienrechts sogar eher für ihre Zulässigkeit. Ein fehlendes praktisches Bedürfnis sollte im

⁸⁹⁸ Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 21; Baumbach/Hueck/Zöllner/*Noack* § 47 GmbHG Rn. 41; etwas anders Bork/Schäfer/*Casper* § 47 GmbHG Rn. 18, wonach in § 16 I GmbHG zum Ausdruck komme, dass für eine verdeckte Stimmrechtsübertragung kein Raum sei.

⁸⁹⁹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 78, wonach sie insbesondere nicht unwiderruflich sein dürfe; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 57.

⁹⁰⁰ UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 57.

⁹⁰¹ UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 57; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 52 f.

⁹⁰² MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 78; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 57; MHLS/*Römermann* § 47 GmbHG Rn. 52 f.

⁹⁰³ Scholz/*Schmidt* § 47 GmbHG Rn. 21.

⁹⁰⁴ UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 57.

Lichte der grundgesetzlich garantierten Privatautonomie⁹⁰⁵ nicht als Argument für die Unzulässigkeit einer rechtlichen Gestaltungsform angeführt werden. Die besseren Argumente sprechen deswegen für die Zulässigkeit der Legitimationszession, wobei den Gesellschaftern wie bei der Vollmachtserteilung hinsichtlich Zulässigkeit und Modalitäten der Legitimationszession großer gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsspielraum zukommt.

Erkennt man die Legitimationszession als Alternative zur Vollmachtserteilung in der GmbH an, finden die für die Vollmacht geltenden Form- und Legitimationsvorschriften entsprechende Anwendung.⁹⁰⁶ Insofern besteht auf dieser Ebene für die GmbH wie auch für die Personengesellschaft kein großer Unterschied zur Vertretung nach §§ 164 ff. BGB.

Ein wesentlicher Unterschied für alle Gesellschaftsformen besteht aber in dem Vertretungsverbot des § 181 BGB. Dieses findet mangels Interessenwiderstreits – der „Zessionar“ handelt nicht im Interesse des „Zedenten“ – keine Anwendung. Anders aber, wenn der Zessionar zugleich Stellvertreter eines anderen Gesellschafters ist, dann kann er sich wegen seiner zeitgleichen Stimmrechtsausübung in eigenem Namen im Interessenkonflikt mit dem Vertretenen befinden und § 181 BGB gilt nach den bereits dargelegten Grundsätzen⁹⁰⁷ für seine Stimmabgabe als Vertreter.

Die starren Stimmrechtsschranken können unproblematisch (ggf. analog) auf den Zedenten angewendet werden,⁹⁰⁸ problematisch gestalten sich hingegen bewegliche Stimmrechtsschranken bzw. Stimmrechtsbindungen z. B. aus der Treuepflicht. Nach teilweise vertretener Auffassung unterliegt der Legitimationszessionar originär auch der Treuepflicht,⁹⁰⁹ was angesichts seines fehlenden Beitritts zum Gesellschaftsvertrag aber nicht überzeugt. Da im Ergebnis aus praktischen Gründen jedenfalls eine Treubindung bestehen muss, bleibt letztlich nur die

⁹⁰⁵ Allerdings ohne ausdrückliche Erwähnung im Grundgesetz, siehe im Detail nur *Flume*, BGB-AT, S. 17 ff. m. w. N.

⁹⁰⁶ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 78; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 57; Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 19.

⁹⁰⁷ Siehe § 2 2. Teil G) Insihgeschäft (§ 181 BGB).

⁹⁰⁸ MünchHdb. GesR IV/*Hoffmann-Becking* § 39 Rn. 38; Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 19; KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 236.

⁹⁰⁹ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 136 AktG Rn. 54 f.

Möglichkeit, diese über den Legitimationszedenten zu begründen: da das Stimmrecht bei ihm verbleibt und die Stimmabgabe für ihn wirkt, müssen die Rechtsfolgen aus seiner Sicht beurteilt werden,⁹¹⁰ d.h. eine treuwidrige Stimmabgabe ist nichtig und der Zedent haftet bei Verstößen gegen die Treuepflicht. Der Zessionar haftet für Treuepflichtverstöße unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Stellvertreter, also dann, wenn er die Person des Zedenten nicht benennt.⁹¹¹

I) Zusammenfassung der Ergebnisse des zweiten Teils

I. Geschäftsfähigkeit (§§ 104–113 BGB)

Die Stimmabgabe eines gem. § 104 BGB Geschäftsunfähigen ist immer nach § 105 BGB nichtig. Im Anwendungsbereich des § 107 BGB kommt der Stimmabgabe nicht schon wegen des durch sie eintretenden Verfalls des Stimmrechts oder wegen der von ihr ausgehenden Bindungswirkung eine für den beschränkt Geschäftsfähigen nachteilhafte Wirkung zu. Die rechtliche Vor-, Nachteilhaftigkeit oder Neutralität bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach dem Beschlussgegenstand. Da § 107 BGB dem beschränkt Geschäftsfähigen im Bereich der kollektiven Willensbildung aber keinen ausreichenden Schutz bietet und die Vorschrift außerdem das Gesellschaftsinteresse überhaupt nicht im Blick hat, muss die Vorschrift teleologisch reduziert werden. Seine Stimme darf der beschränkt Geschäftsfähige in Abweichung von § 107 BGB nur in Bezug auf solche Beschlussgegenstände eigenständig abgeben, die ihm selbst einen rechtlichen Vorteil bringen, aber keine wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft haben und bei denen ihn die Treuepflicht nicht potenziell zu einem fremdnützigen Gebrauch des Stimmrechts verpflichtet. Umgekehrt kann er nur solchen Beschlussanträgen seine Ablehnung erteilen, die für ihn rechtlich nachteilhaft sind und ebenso keine wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft haben oder von der Treuepflicht determiniert werden. Neutralen Beschlüssen kann er unter der gleichen Voraussetzung nach eigener Wahl seine Zustimmung oder Ablehnung erteilen.

Die Enthaltung ist für den beschränkt Geschäftsfähigen immer rechtlich nachteilhaft. Im Falle der Stimmabgabe ohne die erforderliche Einwilligung greift

⁹¹⁰ Vgl. KK-AktG/*Tröger* § 134 Rn. 236.

⁹¹¹ Vgl. zur Haftung des Vertreters bei Treuepflichtverstößen unter genau diesen Voraussetzungen den Text zu und die Nachweise in Fn. 775.

§ 111 BGB. Die Anwendung der §§ 112, 113 BGB kommt in Betracht, ferner kann ausnahmsweise in der Zustimmung zum Gesellschaftsbeitritt bereits ein Generalermächtigung zur Ausübung des Stimmrechts, zumindest in Bezug auf bestimmte Beschlussgegenstände, gesehen werden.

II. Willensmängel (§§ 116–124, 142–144 BGB)

Die §§ 116–118 BGB finden auf die Stimmabgabe ohne Einschränkungen Anwendung. Für eine Anfechtung gelten sämtliche Anfechtungsgründe der §§ 119 I, II, 120, 123 BGB. Als Bezugspunkt für die Ermittlung des Vorliegens eines Inhalts- oder Eigenschaftsirrtums bezüglich der Stimmabgabe dient der Beschlussgegenstand, da die Stimmabgabe sich diesen durch ihren notwendigen Bezug zum Beschlussantrag zu eigen macht. Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB ist, wer weder von Gesetzes wegen noch vom Verband ausdrücklich oder zumindest duldungsweise zum Prozess der internen Willensbildung hinzugezogen wird. § 123 II 2 BGB ist in den Fällen anwendbar, in denen der Beschluss ohne Zwischenschaltung eines Ausführungsgeschäfts unmittelbar Rechte begründet. Richtiger Anfechtungsgegner ist für alle Gesellschaftsformen immer der Verband. Dies gilt abweichend von der Wertung des § 143 II Var. 2 BGB auch im Falle der Anfechtung nach § 123 II 2 BGB.

Die Anfechtungsfrist des § 121 I 1 BGB gilt unter teleologischer Reduktion des § 124 I BGB entsprechend für Anfechtungen wegen arglistiger Täuschung oder Drohung. Als Ausschlussstatbestand kommt neben § 144 I BGB das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft in Betracht, wobei sich die Beurteilung des Ausschlusses des Anfechtungsrechts aus diesem Grunde an den Erkenntnissen zur Möglichkeit der Geltendmachung von Beschlussmängeln bzw. der Erhebung einer Beschlussfeststellungsklage zu orientieren hat. Die Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts in bestimmter Weise hindert die Anfechtung nicht, das Kriterium der objektiven Erheblichkeit kann das Anfechtungsrecht in diesem Fall jedoch bereits tatbestandsmäßig ausschließen. Die Zulässigkeit der Anfechtung nur eines Teils der abgegebenen Stimmen richtet sich nach der Beurteilung der Zulässigkeit uneinheitlicher Stimmabgaben. Die Rechtsfolgen der Anfechtung regelt § 142 I BGB, wobei die Stimmabgabe nachgeholt werden kann, wenn der Abgabezeitraum noch nicht verstrichen ist. Ein Festhalten an der ursprünglich gewollten Erklärung ist wegen praktischer Hindernisse nur in eingeschränktem Maße möglich. Eine Teilanfechtung der Stimmabgabe kommt in

Betracht, soweit der Beschluss rechtlich teilbar ist. Die Wirksamkeit des Beschlusses im Übrigen richtet sich dann nach den Grundsätzen über die Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse.

Die Anfechtung der Stimmabgabe führt im Falle der Erheblichkeit der angefochtenen Stimmen für das Beschlussergebnis zu dessen inhaltlicher Umkehrung oder – im Falle der konstitutiv wirkenden Beschlussfeststellung – zu dessen Anfechtbarkeit. § 142 II BGB ist in mehrerer Hinsicht den Besonderheiten der Beschlussfassung und des Beschlussmängelrecht anzupassen, insbesondere muss zum Eintritt der angeordneten Rechtsfolge neben der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis von der Anfechtbarkeit der Stimmabgaben auch Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis bezüglich der Erheblichkeit der anfechtbaren Stimmen für den Beschluss vorliegen. Die Anfechtung der Stimmabgabe kann zu Schadensersatzansprüchen insbesondere gegenüber dem Verband oder Mitgesellschaftern führen. Nur dem Verband steht jedoch der verschuldensunabhängige Anspruch aus § 122 BGB zu.

III. Weitere Nichtigkeitsgründe, Umdeutung und Bestätigung (§§ 125, 134, 138–141 BGB)

Auch die Nichtigkeitsgründe der §§ 125, 134, 138 BGB sind auf die Stimmabgabe vollständig anwendbar. Weder führt jedoch ein Verstoß gegen ein Stimmverbot noch ein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Generalklauseln zu einer Nichtigkeit der Stimmabgabe nach §§ 134, 138 BGB. In ersterem Fall besteht von vornherein kein Stimmrecht, von dem in verbotsgesetzwidriger Weise Gebrauch gemacht werden könnte, in letzterem Fall führt § 242 BGB zur Nichtigkeit der Stimmabgabe. Für die Beurteilung eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz bzw. der Sittenwidrigkeit der Stimmabgabe kommt es auf den Beschlussinhalt an. Nur ausnahmsweise kann eine Stimmabgabe sittenwidrig sein, ohne dass auch der Beschluss als solches sittenwidrig ist. Die Anwendung der §§ 139, 140 BGB auf die Stimmabgabe kommt nicht in Betracht. § 141 BGB findet Anwendung, die Frist zur Abgabe der Stimme darf allerdings noch nicht abgelaufen sein.

IV. Zugang und Auslegung der Stimmabgabe (§§ 130–133, 157 BGB)

Die Stimmabgabe wird wirksam mit Zugang, insofern gelten keine Besonderheiten. Bei uneinheitlicher Ausübung des Stimmrechts gegenüber mehreren Empfangsvertretern kann vom Stimmrecht in der Regel nicht mehr wirksam Gebrauch gemacht werden, eine Nachholung ist ausgeschlossen. Nach Zugang der Stimmabgabe besteht unabhängig von der Verbandsform oder vom Beschlussgegenstand kein Widerrufsrecht mehr, für den Fall der passiven Vertretung durch alle Mitgesellschafter schon ab dem Zugang beim ersten von ihnen. Dieses Ergebnis folgt aus dem Zweck des § 130 I 1 BGB, aus praktischen Gründen sowie aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit. § 131 II BGB findet unter gleichzeitiger teleologischer Reduktion des § 165 BGB entsprechende Anwendung.

Muss eine Stimmabgabe ausgelegt werden gelten die allgemeinen Grundsätze. Nur bei einer Mehrheit von nur gesamtvertretungsberechtigten Empfangsvertretern sind objektivere Maßstäbe anzulegen und es kommt nicht mehr auf das Sonderwissen einzelner Gesellschafter an.

V. Vertrag (§§ 145–156 BGB)

Mangels vertragscharakter des Beschlusses finden die §§ 145–156 BGB grundsätzlich keine Anwendung, Analogieschlüsse sind in begrenzten Einzelfällen indiziert, namentlich zu §§ 146 Var. 2, 147, 148, 149 S. 1, 151 S. 1 Var. 1 BGB.

VI. Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB)

Die Vorschriften der §§ 158–163 BGB lassen sich nur in begrenztem Umfang auf die Stimmabgabe anwenden. Die Notwendigkeit der Abgabe der Stimme innerhalb des für die Beschlussfassung vorgesehenen Zeitraums lässt zunächst nur solche Bedingungen oder Befristungen zu, die der Versammlungsleiter oder die Mitgesellschafter bei der Auswertung des Beschlussfassungsergebnisses noch unter zumutbarem Aufwand berücksichtigen können. In den sonstigen Fällen müssen sich die Mitgesellschafter regelmäßig mit der Bedingung oder Befristung einverstanden erklären, damit eine bedingte oder befristete Stimmabgabe nicht einfach unwirksam ist.

VII. Vertretung und Vollmacht (§§ 164–181 BGB)

Bezüglich der Zulässigkeit der Vollmacht sowie den Modalitäten ihrer Erteilung bestehen im Rahmen der Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 164–181 BGB

die größten Unterschiede zwischen den Gesellschaftsformen. Während die Zulässigkeit der Vollmachtserteilung in den Kapitalgesellschaften dem gesetzlichen Leitbild entspricht, fehlen entsprechende Regelungen in den Personengesellschaften, wo wegen des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit des Stimmrechts die Statthaftigkeit der Bevollmächtigung von Satzungsregelungen oder dem ad-hoc-Einverständnis der anwesenden (Mit-)Gesellschafter abhängt. Nur in den Kapitalgesellschaften bestehen Regelungen zu den Modalitäten der Vollmachtserteilung. Der Gesellschaftsvertrag kann bei Personengesellschaften und der GmbH beinahe nach Belieben, bei der AG wegen des Prinzips der Satzungsstrenge hingegen nur in sehr begrenztem Umfang Regelungen zur Zulässigkeit und den Modalitäten der Vollmachtserteilung aufstellen. In allen Gesellschaftsformen kann die Treuepflicht einerseits unabhängig von Satzungsregelungen die Zulassung eines Vertreters gebieten, andererseits der Auswahl der Person des Vertreters Grenzen setzen. Die Erteilung von Untervollmachten sowie die Bevollmächtigung mehrerer Personen begegnet keinen Bedenken, der Vertretene muss aber beachten, dass die Gesellschaft in der Regel nur einen Vertreter zur Versammlung zulassen muss – das Teilnahmerecht lässt sich durch multiple Vollmachtserteilungen somit nicht beliebig erweitern. Jeder Vertreter muss sich gegenüber der Gesellschaft legitimieren können, andernfalls er, ohne dass dies einen Beschlussmangel begründen würde, zurückgewiesen werden darf. Die nachträgliche Genehmigung einer Vertretung ohne Vertretungsmacht kommt nur für die Personengesellschaften und die GmbH in Betracht, für die Aktiengesellschaft wegen der regelmäßig aufwändigeren Form der Beschlussfassung nicht.

§ 181 BGB findet rechtsformunabhängig auf die Stimmabgabe Anwendung, er regelt jedoch kein Stimmverbot sondern lediglich ein Vertretungsverbot. Mit der herrschenden Meinung findet für von der Treuepflicht determinierte Beschlussgegenstände, insbesondere für Geschäftsführungsbeschlüsse, eine teleologische Reduktion des § 181 BGB statt. Die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB ist möglich, der Vertreter muss in potenziellen Konfliktfällen seine Befreiung auf Anforderung der Gesellschaft nachweisen.

Die gesetzliche Vertretung findet statt und kann nicht satzungsmäßig beschränkt werden. Auch die Stimmrechtsausübung durch Amtswalter ist zulässig, ferner die besonderen Formen der Vollmachtserteilung, z. B. in Form von Prokura und Handlungsvollmacht. Die Stimme kann hingegen in der Regel nicht per Bote abgegeben werden, bei den Personengesellschaften und bei der GmbH können

der Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafter per ad-hoc-Beschluss aber die Botenschaft zulassen.

VIII. Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185 BGB)

Die §§ 182–185 BGB finden Anwendung, im Rahmen des § 185 I BGB stellt sich jedoch die Frage nach der Zulässigkeit der sog. Legitimationszession. Während sie für die Personengesellschaften verneint und im Aktienrecht bejaht wird, herrscht zur Rechtslage in der GmbH Uneinigkeit. Wegen der in diesem Bereich größeren Nähe zum Aktienrecht und dem Grundsatz der Privatautonomie ist die Legitimationszession im GmbH-Recht im Ergebnis zuzulassen, die Satzung kann sie aber verbieten.

§ 3 Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf den Gesellschafterbeschluss

1. Teil: Allgemeines

Erneut gilt es Vorfragen zu klären, bevor die Anwendbarkeit der §§ 105–185 BGB auf den Gesellschafterbeschluss erörtert werden kann.

A) Funktion, Bedeutung und Inhalt des Gesellschafterbeschlusses

Der Gesellschafterbeschluss steht am Ende des Verfahrens der Beschlussfassung und stellt den Willenstatbestand dar, welcher der Gesellschaft als eigener Wille zugerechnet wird und für alle Gesellschafter und Gesellschaftsorgane verbindlich ist. Durch den Bezug der Stimmabgabe zum Beschlussantrag kommen nur zwei mögliche Beschlussergebnisse in Betracht: ein positiver, den Antrag annehmender Beschluss oder ein negativer, den Antrag ablehnender Beschluss.⁹¹²

Der Beschlussinhalt entspricht im Falle der Annahme dem Inhalt des Beschlussantrags,⁹¹³ im Falle der Ablehnung besteht seine einzige Aussage darin, dass der vorgeschlagene Beschlussantrag nicht von der erforderlichen Mehrheit als für die Gesellschaft verbindlicher Willenstatbestand gewollt ist⁹¹⁴. Vom negativen Beschluss zu unterscheiden sind negativ formulierte Beschlussanträge, z. B. der Antrag den Vorstand nicht zu entlasten. Die Annahme eines solchen Antrags stellt einen positiven Beschluss dar, sein Inhalt erschöpft sich in einer verbindlichen Willensbekundung, d.h. die Gesellschaft, ihre Organe und Mitglieder müs-

⁹¹² Für den kompletten Absatz siehe, § 2 1. Teil Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe.

⁹¹³ Vgl. *Baltzer*, Der Beschluß, S. 171 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 12.

⁹¹⁴ Vgl. *Baltzer*, Der Beschluß, S. 171; *Ernst* in: *Festschrift Leenen*, S. 6; *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 33, der zutreffend ausführt, dass negativen Gesellschafterbeschlüssen ausnahmsweise sogar Bindungswirkung zukommen kann, wenn z. B. der Vorstand einer AG der Hauptversammlung eine inhaltliche Entscheidung nach § 119 II AktG überlässt; *MüKo-AktG/Schröer* § 133 Rn. 7.

sen sich für seine Wirkungsdauer an ihn halten und dürfen ihn nicht konterkarieren.⁹¹⁵ Der Ablehnung eines solchen Antrags kommt keine Wirkung im zum Beschlussantrag gegenteiligen Sinne zu,⁹¹⁶ das heißt z. B. ein negativer Nichtentlastungsbeschluss stellt keinen positiven Entlastungsbeschluss dar, selbst dann nicht, wenn die für die Entlastung notwendige Mehrheit gegen den Beschluss gestimmt hat⁹¹⁷.

B) Rechtsnatur des Gesellschafterbeschlusses

Über die Rechtsnatur des Gesellschafterbeschlusses besteht heute in einem Punkt Einigkeit: Es handelt sich um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft sui generis, jedoch nicht um eine Willenserklärung⁹¹⁸. Streit herrscht in einem anderen Punkt, nämlich ob Grundlagenbeschlüsse in Personengesellschaften Verträge darstellen. Dies ist entgegen der herrschenden Meinung⁹¹⁹ zu verneinen:

Das Ergebnis der internen Willensbildung als gesellschaftsrechtlicher Vorgang entfaltet seine Bindungswirkung wegen der Zugehörigkeit der Mitglieder zum Verband und nicht auf Grund von Unterwerfungserklärungen der einzelnen Mitglieder unter jeden Gegenstand der Willensbildung.⁹²⁰ Anders als beim Vertrag

⁹¹⁵ Vgl. MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 22; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 65; Hüffer/Koch/*Koch* § 133 AktG Rn. 10; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 133 AktG Rn. 7; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 6, 7, 9; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 14.

⁹¹⁶ MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 4; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 65; Hölters/*Hirschmann* § 133 AktG Rn. 9; Hüffer/Koch/*Koch* § 133 AktG Rn. 10; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 133 AktG Rn. 7; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 9; *Winnefeld*, DB 1972, 1053, der sich deswegen allerdings insgesamt gegen die Zulässigkeit negativ formulierter Beschlussanträge ausspricht; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 14.

⁹¹⁷ Mit diesem Beispiel MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 22.

⁹¹⁸ Ausführlich *Baltzer*, Der Beschluß, S. 173 ff., insbesondere 176 ff.; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 53; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 9 f.; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 41; *EBJS/Freitag* § 119 HGB Rn. 8; *Koppensteiner*, Juristische Blätter 2017, 273, 275; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 3; Baumbach/Hopt/*Roth* § 119 HGB Rn. 25; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 436. Die Rechtsgeschäftsqualität des negativen Beschlusses ablehnend: *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1055. Dem Beschluss neben der Rechtsgeschäftsqualität auch Willenserklärungsqualität beimessend: *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 18 ff.

⁹¹⁹ Nachweise siehe Fn. 59.

⁹²⁰ Vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 297.

müssen die Abstimmenden nicht – etwa in Form einer weiteren Willenserklärung – auf die Stimmabgabe der Mitgesellschafter reagieren,⁹²¹ sie müssen nicht einmal Kenntnis von deren Stimmabgaben Abgabe erlangen⁹²². Die Stimmabgaben stehen gleichgerichtet zueinander und nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis.⁹²³ Eine Aufschlüsselung der Stimmabgaben in Angebot und Annahme fällt schwer, der Beschlussantrag kann schon deswegen nicht das Angebot darstellen, weil ansonsten die Stimmabgaben nur jeweils dem den Antrag einbringenden Gesellschafter zugehen müssten. Der Beschluss bindet außerdem nicht nur die zustimmenden, sondern auch ablehnende und abwesende Gesellschafter.⁹²⁴ Das spricht nicht nur für Körperschaften, sondern auch für Personengesellschaften gegen die Vertragsnatur der verbandsinternen Willensbildung. Auch bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags haben die Gesellschafter, weil sie dem Verband bereits durch privatautonome Entscheidung beigetreten sind, nicht mehr die gleiche Entscheidungsautonomie, die sie bei der Gründung ausüben konnten; selbst die Änderung des Gesellschaftsvertrags erfordert somit keinen Vertrag.⁹²⁵ Richtigerweise beruht die gemeinsame Willensbildung nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags deswegen immer auf Beschlüssen, unabhängig vom Gegenstand der zu treffenden Regelung oder davon, ob einstimmig oder nach dem Mehrheitsprinzip abgestimmt wird.⁹²⁶

⁹²¹ *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 29 Rn. 13.

⁹²² *V. Thur*, BGB-AT, S. 515; *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054.

⁹²³ *Bork*, BGB-AT, Rn. 437; *Busche* in: Festschrift Ernst, S. 47 f; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 21a; *v. Thur*, BGB-AT, S. 515; *Staudinger/Weick* § 32 Rn. 37; *Winnefeld*, DB 1972, 1056; vgl. auch *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 125 und *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 318, jeweils in Bezug auf die Anwendbarkeit von § 181 BGB.

⁹²⁴ *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 40; *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1056; *MünchHdb. GesR III/Wolff* § 39 Rn. 3.

⁹²⁵ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 291; entschieden a. A. aber *MünchHdb. GesR I/Weipert* § 57 Rn. 6, der Vertragsänderungen kraft Gesellschafterbeschluss ohne vorherige gesellschaftsvertragliche Ermächtigung grundlegend ablehnt.

⁹²⁶ *MüKo-HGB/Enzinger* § 119 Rn. 6; *Soergel/Hadding/Kießling* § 709 BGB Rn. 24; *Priester* in: Festschrift Hadding, S. 610 f.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 298; *ders.*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 27, der insbesondere vermeiden will, die Stimmabgabe situationsbedingt – nämlich nach Beschlussgegenstand – unterschiedlich behandeln zu müssen.

C) Zustandekommen des Gesellschafterbeschlusses

Beschlüsse sind niemals empfangsbedürftig,⁹²⁷ es gibt also keinen Adressaten im Sinne der §§ 104–185 BGB. Sie entfalten ihre Wirksamkeit im Moment ihres Zustandekommens, im Falle der konstitutiv wirkenden Beschlussfeststellung also zu diesem Zeitpunkt,⁹²⁸ andernfalls mit Zugang aller Stimmabgaben bei dem Empfangsvertreter der Gesellschaft⁹²⁹ und deren Auswertung⁹³⁰ bzw. mit Ablauf des für die Beschlussfassung vorgegebenen Zeitraums. Da sich die zunächst augenscheinlich vorherrschenden Mehrheitsverhältnisse durch Anfechtung oder nachträglich festgestellt Unwirksamkeit bestimmter Stimmabgaben noch ändern können, sollte der Zeitpunkt der Beschlussentstehung nicht bereits auf den Zeitpunkt des Zugangs der für den konkreten Beschluss erforderlichen Stimmen datiert werden,⁹³¹ sondern – soweit nicht alle Gesellschafter ihre Stimme bereits abgegeben haben – auf das Ende des für die Beschlussfassung vorgegebenen Zeitraums und die Auszählung der Stimmen.

D) Beschluss und Ausführungsgeschäft

Vom Beschluss strikt zu trennen ist ein für seine Umsetzung nach außen eventuell erforderliches Ausführungsgeschäft.⁹³² Das Ausführungsgeschäft besteht seinerseits regelmäßig aus mindestens einer Willenserklärung des für die Vertretung im konkreten Fall zuständigen Vertretungsorgans. Die Wirksamkeit des Ausführungsgeschäfts korrespondiert – vorbehaltlich ausdrücklicher anderslautender Regelung oder ausnahmsweiser gesetzlicher Anordnung – nicht mit der Wirksamkeit des Beschlusses. Selbst wenn z. B. ein Beschluss über den Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit einem anwesenden Gesellschafter gefasst wird

⁹²⁷ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 9; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 133 AktG Rn. 4; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 47; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 5.

⁹²⁸ MüKo-AktG/*Kubis* § 130 Rn. 62; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 65; vgl. ferner Hölter/*Drinhausen* § 130 AktG Rn. 34; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 29; Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 21; Spindler/Stilz/*Wicke* § 130 AktG Rn. 52; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 27.

⁹²⁹ Baumbach/Hopt/*Roth* § 119 HGB Rn. 26; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 30.

⁹³⁰ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 126.

⁹³¹ So aber: Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 28.

⁹³² Vgl. *Baltzer*, Der Beschluß, S. 126 f.; EBS/*Freitag* § 119 HGB Rn. 8; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 Rn. 39; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 29.

und das zum Geschäftsabschluss zuständige Vertretungsorgan ebenfalls anwesend ist, muss zwischen dem Beschluss und dem Ausführungsgeschäft rechtsdogmatisch getrennt werden, wenn auch eine ausdrückliche Ausführungshandlung in solchen Fällen entbehrlich ist.⁹³³ Andernfalls würde die Wirksamkeit des Geschäfts gegenüber dem Dritten vom rechtlichen Schicksal des Beschlusses abhängig gemacht, was der Interessenlage des Geschäftsgegners nicht entsprechen dürfte.

E) Sonderfälle der Beschlussfassung

Kommt es im Rahmen eines Abstimmungsvorgangs dazu, dass keine wirksame Stimme abgegeben wird, liegt in den Personengesellschaften mangels konstitutiv wirkender Beschlussfeststellung kein Beschluss vor.⁹³⁴ Anders verhält sich das in den Kapitalgesellschaften, wenn eine konstitutiv wirkende Beschlussfeststellung erfolgt.⁹³⁵ Entsprechendes gilt für einen Beschluss, der nur aus Enthaltungen besteht. Kein Beschluss – auch kein negativer – kommt zustande, wenn Einstimmigkeit erfordernde Beschlüsse nicht einstimmig gefasst werden. In solchen Fällen fehlt vielmehr bereits die Legitimation zur Beschlussfassung durch die Mehrheit mit Wirkung auch für die überstimmten Gesellschafter und es entsteht von vornherein kein Beschluss.⁹³⁶

⁹³³ Vgl. BGH GmbHR 2003, 954, 955, wonach in solchen Fällen der Beschluss „mit seinem Zustandekommen regelmäßig zugleich mit Außenwirkung ‚umgesetzt‘ wird“; ebenso: MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 11; ähnlich UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 39, die in diesen Fällen von der Entbehrlichkeit einer gesonderte Erklärung ausgehen; ebenso: Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 23.

⁹³⁴ Vgl. Casper in: Festschrift Hüffer, S. 122, für die GmbH, bei der eine Feststellung unterbleibt.

⁹³⁵ BGHZ 167, 204, 213 f.; OLG München WM 1984, 260, 262 f.; OLG München NZG 1999, 1173, 1174 f.; Bork/Schäfer/Casper § 47 GmbHG Rn. 5; ders. in: Festschrift Hüffer S. 113 ff., der bei der GmbH nur eine formelle Feststellung für ausreichend erachtet, nicht hingegen bloße Einigkeit zwischen den Gesellschaftern über das Zustandekommen eines Beschlusses (S. 121 ff.); MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 7; UHL/Hüffer/Schürnbrand § 47 GmbHG Rn. 38, der anders als Casper a. a. O. einen etwas weiteren Feststellungsbegriff vertritt und auch das bloße Einigsein ausreichen lässt; MünchHdb. GesR III/Wolff § 40 Rn. 10b; a. A. aber: Koppensteiner, Juristische Blätter 2017, 273, 279, der einen stimmlosen Beschluss für nichtig hält; Semler/Asmus NZG 2004, 881, 888 ff., die davon ausgehen, dass ohne wirksame Stimmabgaben der Beschlusstbestand nicht erfüllt sei.

⁹³⁶ Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 87.

2. Teil: Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB im Einzelnen

Der Abschnittsüberschrift („Rechtsgeschäfte“) nach zu urteilen, müssten die §§ 104–185 BGB auf den Beschluss als mehrseitiges Rechtsgeschäft grundsätzlich Anwendung finden. Viele der dort befindlichen Vorschriften beziehen sich aber gar nicht auf das Rechtsgeschäft selbst, sondern nur auf die Willenserklärungen, die auf die Schaffung desselben gerichtet sind.⁹³⁷ Als mehrseitiges Rechtsgeschäft ohne Willenserklärungsqualität fällt der Beschluss deswegen aus dem Anwendungsbereich einer Reihe von Vorschriften der §§ 105–185 BGB heraus. Diese nicht anwendbaren Vorschriften werden im Folgenden gesammelt vorangestellt, danach erfolgt eine detaillierte Darstellung der zumindest potenziell anwendbaren Normen.

A) Nicht anwendbare Vorschriften

Die §§ 104–113 BGB beschäftigen sich mit der Geschäftsfähigkeit natürlicher Personen und sind auf den Beschluss nicht anwendbar.⁹³⁸ Das Organ „Gesellschafterversammlung“, welches den Beschluss trägt,⁹³⁹ kann als solches weder geschäftsunfähig noch beschränkt geschäftsfähig sein, selbst wenn alle an der Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter es sein sollten. Die §§ 116–124 BGB beziehen sich ebenfalls ausschließlich auf Willenserklärungen und finden auf den Beschluss keine Anwendung.⁹⁴⁰ Das Organ „Gesellschafterversammlung“ kann keinem Willensmangel unterliegen, sondern allenfalls seine Mitglieder. Selbst wenn z. B. alle Gesellschafter bei der Beschlussfassung einem zur

⁹³⁷ Vgl. Text zu und Nachweise in Fn. 175 f.

⁹³⁸ *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 41; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 43; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 41.

⁹³⁹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 435; vergleiche ferner bereits unter § 2 1. Teil Funktion und Bedeutung der Stimmabgabe.

⁹⁴⁰ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 9; *Ernst* in: Festschrift Leenen, S. 41; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 3; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 436; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 4; *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1055; vgl. ferner *Baltzer*, Der Beschluß, S. 181 zur Nichtanwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB; ebenso *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 2; a. A. noch *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 46 f.

Anfechtung berechtigenden Irrtum unterlagen, können sie nur ihre auf den Beschluss gerichteten Stimmabgaben anfechten,⁹⁴¹ niemals aber nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften den Beschluss selbst. Damit spielen auch die §§ 142–144 BGB für den Beschluss keine Rolle.

§§ 130–132 BGB setzen nach ihrem Wortlaut und Inhalt empfangsbedürftige Willenserklärungen voraus.⁹⁴² Zwar wird teilweise angeführt, für Beschlüsse mit Außenwirkung könne auf die Rechtsgedanken der §§ 130–132 BGB zurückgegriffen werden.⁹⁴³ Für spezielle Beschlüsse wird das Wirksamwerden zudem an eine Bekanntgabe des Beschlusses an den Betroffenen geknüpft.⁹⁴⁴ Vorzugswürdig bleibt aber die strikte Trennung zwischen Ausführungsgeschäft und Beschluss: Immer, wenn der Beschluss eine bestimmte Person betrifft, muss er dieser gegenüber noch umgesetzt werden. Insofern ist auch im internen Bereich zu unterscheiden zwischen der Wirksamkeit des Beschlusses und des Eintrittszeitpunkt der inhaltlich mit ihm bezweckten Rechtsfolgen. Dies entspricht zugleich der h. M. bezüglich der Abberufung des Geschäftsführers in der GmbH, wonach der Abberufungsbeschluss noch der Umsetzung durch gesonderte Erklärung gegenüber dem Abberufenen bedarf.⁹⁴⁵ Warum sollte die interne Willensbildung der Gesellschaft von der Bekanntgabe des Beschlusses an eine bestimmte Person abhängen? Für die unmittelbar vom Beschluss ausgehende Bindungswirkung gilt: Derjenige, der von dem Beschlussinhalt nichts weiß und auch nichts wissen kann, hat ein den Beschlussinhalt konterkarierendes Verhalten nicht zu vertreten. Es besteht aber eine Obliegenheit der Gesellschaftsorganwalter sich über gefasste Beschlüsse zu informieren.⁹⁴⁶ Der Beschluss muss im Ergebnis also denjenigen, die er binden soll, nicht im Sinne der §§ 130–132 BGB bekannt gegeben

⁹⁴¹ Durch Anfechtung aller Stimmabgaben kann dann jedoch der Beschlusstatbestand entfallen, zumindest aber der Beschluss anfechtbar werden, siehe Text zu Fn. 934 f.

⁹⁴² Vgl. *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), S. 324 f.; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 9; *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 47.

⁹⁴³ *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 44; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 4; explizit a. A. *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 49.

⁹⁴⁴ Siehe z. B.: *MüKo-BGB/Schäfer* § 712 Rn. 19 für die Entziehung der Geschäftsführung; *MüKo-GmbHG/Tievens* § 38 Rn. 39 f. für die Abberufung des Geschäftsführers.

⁹⁴⁵ *UHL/Paefgen* § 38 GmbHG Rn. 155; *Scholz/Schmidt* § 46 GmbHG Rn. 81; a. A. aber *MüKo-GmbHG/Tievens* § 38 Rn. 40.

⁹⁴⁶ Vgl. *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 10.

werden – er muss aber ggf. durch ein Ausführungsgeschäft umgesetzt werden.⁹⁴⁷ Eine gesonderte Mitteilung des Beschlussinhalts an den betroffenen Personenkreis mag somit sinnvoll sein, stellt aber richtigerweise keine Wirksamkeitsvoraussetzung im Sinne der §§ 130–132 BGB dar.

§§ 135–137 BGB spielen offensichtlich keine Rolle für den Beschluss.⁹⁴⁸ Die Vertragsvorschriften der §§ 145–156 BGB sind mangels Vertragscharakter des Beschlusses jedenfalls nicht direkt anwendbar.⁹⁴⁹ Viele der Normen beziehen sich zudem nur auf die zum Vertrag führenden Erklärungen und nicht auf den Vertrag selbst. Einzig über die analoge Anwendung der §§ 154 f. BGB kann nachgedacht werden. Die §§ 164–181 BGB passen wiederum nur auf die Stimmabgabe.⁹⁵⁰

Es bleiben zur Prüfung der Anwendbarkeit somit erstens die Nichtigkeitsvorschriften der §§ 125, 134, 138 BGB sowie die Vorschriften zur Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung nach §§ 139–141 BGB. Zweitens stellt sich die Frage nach der Auslegung von Beschlüssen gem. §§ 133, 157 BGB. Drittens steht die analoge Anwendung der §§ 154 f. BGB im Raum. Als Viertes wird die Anwendbarkeit der §§ 158–163 BGB erörtert und als Fünftes und Letztes die §§ 182–185 BGB.

B) Nichtigkeitsgründe, Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung (§§ 125, 134, 138–141 BGB)

Für Beschlussmängel bestehen für Aktiengesellschaften mit den §§ 241 ff. AktG, welche auf die GmbH entsprechend angewendet werden⁹⁵¹, besondere gesetzliche Vorschriften, welche die Anwendung der Nichtigkeitsvorschriften des BGB auf Beschlüsse in Kapitalgesellschaften möglicherweise verdrängen. Für die §§ 125, 134, 138 BGB erfolgt somit eine getrennte Untersuchung von Personen- und Kapitalgesellschaften, wohingegen die §§ 139 ff. BGB für alle Gesellschaftsformen gemeinsam untersucht werden können.

⁹⁴⁷ Vgl. KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 49.

⁹⁴⁸ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 44.

⁹⁴⁹ *Busche* in: Festschrift Säger, S. 53; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 9; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 3.

⁹⁵⁰ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 44.

⁹⁵¹ Siehe Text und Nachweise in Fn. 171.

I. Nichtigkeitsgründe (§§ 125, 134, 138 BGB)

1. Personengesellschaften

a) Formerfordernisse (§ 125 BGB)

Da gesetzliche Formerfordernisse für den Beschluss im Personengesellschaftsrecht nicht bestehen,⁹⁵² kommt im Rahmen des § 125 BGB nur die Anwendbarkeit des S. 2 in Betracht. Eine direkte Anwendung liegt insbesondere bei der Verletzung satzungsmäßiger Formerfordernisse zunächst nahe. Tatsächlich misst die h. M. satzungsmäßig vereinbarten Formerfordernissen allerdings ausschließlich Beweisfunktion zu, weswegen die Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 2 BGB bei einer Verletzung regelmäßig nicht eintreten soll.⁹⁵³ Anderes wird teilweise im Falle von Formerfordernissen für Satzungsänderungen vertreten, hier greife zusätzlich die Warnfunktion ein und eine Verletzung führe im Zweifel zur Nichtigkeit des Beschlusses nach § 125 S. 2 BGB⁹⁵⁴.

§ 125 S. 2 BGB enthält eine allgemeine Vermutung für den Fall, dass die Auslegung der konkreten Vereinbarung nicht weiterhilft.⁹⁵⁵ Der Vereinbarung eines Formerfordernisses wird häufig kein ausdrücklich bestimmter Rechtsfolgewillen bei Nichteinhaltung der rechtsgeschäftlich vorgesehenen Form zu entnehmen sein, es reicht aber aus, wenn aus der Vereinbarung hervorgeht, welchen Zweck die Parteien mit dem gewillkürten Formerfordernis verfolgen.⁹⁵⁶ Ergibt die Auslegung, dass das Formerfordernis ausschließlich Beweis Zwecken dienen soll,

⁹⁵² Vgl. *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 90; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 28.

⁹⁵³ RGZ 104, 413, 415 bezüglich des Aufnahmeerfordernisses des Beschlussergebnisses in ein Privatprotokoll; zustimmend RGZ 122, 367, 369; BGHZ 49, 364, 365 ff., der die „harte Auslegungsregel“ des § 125 S. 2 BGB mit den Besonderheiten der OHG-Beschlussfassung nicht vereinbar sieht; BGH WM 1961, 1275, bezüglich des Erfordernisses der Unterschreibung des Versammlungsprotokoll durch die Gesellschafter; *Erman/Arnold* § 125 BGB Rn. 25; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 30 f.; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 83; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 321, 324; kritisch aber *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personalgesellschaften, S. 100 f., der eine pauschale Betrachtung ablehnt.

⁹⁵⁴ *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 83; a. A. aber BGHZ 49, 364, 366 f.

⁹⁵⁵ *Erman/Arnold* § 125 BGB Rn. 25; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1083 f; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 317; *Soergel/Hefermehl* § 125 BGB Rn. 32; *Staudinger/Hertel* § 125 BGB Rn. 120; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 640.

⁹⁵⁶ *Bork*, BGB-AT, Rn. 1084.

muss ein Verstoß nicht zur Nichtigkeit führen, wenn dem Zweck der Vereinbarung auch anderweitig Genüge getan werden kann.⁹⁵⁷

Für den Gesellschafterbeschluss besteht eine untypische Besonderheit: Ein für ihn vorgesehene Formerfordernis gilt nur für das Rechtsgeschäft selbst, nicht für die ihm zugrunde liegenden Stimmabgaben.⁹⁵⁸ Dem isolierten Formerfordernis, den Beschluss schriftlich festzuhalten, kann deswegen kaum noch eine Warnfunktion zukommen, wenn die zum Beschluss führenden Willenserklärungen, vor denen die Gesellschafter wenn überhaupt hätten gewarnt werden müssen, bereits ohne Einhaltung dieser Form wirksam abgegeben wurden.⁹⁵⁹ Insofern kann dem gewillkürten Formerfordernis für Stimmabgaben ggf. Warnfunktion zugemessen werden, dem für die Beschlüsse jedoch – selbst in Bezug auf satzungsändernde Beschlüsse – kaum. Sieht der Gesellschaftsvertrag hingegen die notarielle Beurkundung des Beschlusses vor, wird die Auslegung alleine schon wegen dieser ungewöhnlich hohen Anforderungen regelmäßig zu einem konstitutiv wirkenden Formerfordernis führen.⁹⁶⁰ Ferner erwägenswert könnte auf vorgelagerter Ebene, nämlich als Entstehungsvoraussetzung des Beschlusses, eine Analogie zu § 154 II BGB sein.⁹⁶¹

Der Rechtsgedanke des § 125 S. 2 BGB kann nach teilweise vertretener Auffassung in weiterer Weise fruchtbar gemacht werden: Für die Sanktionierung der Verletzung satzungsmäßig festgelegter Verfahrensvorschriften.⁹⁶² Dem treten andere Teile der Literatur mit der Begründung entgegen, es fehle an der Vergleichbarkeit der Interessenlage, da Formerfordernisse anderen Zwecken dienen

⁹⁵⁷ Vgl. BGHZ 66, 82, 86 f., wo Schriftform für vertragsändernde Beschlüsse vorgesehen war, der BGH aber eine bloße Protokollierung für ausreichend erachtete; Erman/*Arnold* § 125 BGB Rn. 25; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1084; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 317; *Soergel/Hefermehl* § 125 BGB Rn. 30; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 44 Rn. 79.

⁹⁵⁸ Nachweise in Fn. 552. Dazu, dass sich das Formerfordernis des § 125 BGB normalerweise auf die jeweilige Willenserklärungen und gar nicht auf das Rechtsgeschäft selbst beziehen, siehe: *Flume*, BGB-AT II, S. 248 f.

⁹⁵⁹ Vgl. *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 32.

⁹⁶⁰ RGZ 122, 367, 369; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 31.

⁹⁶¹ Siehe § 3 2. Teil Vertrag (§§ 154, 155 BGB analog).

⁹⁶² *MüKo-BGB/Schäfer* § 709 Rn. 106, der hier aber auch Ladungsmängel auf § 125 S. 2 BGB analog stützen will; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 82; vgl. auch *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 98 f.

als Verfahrensregelungen.⁹⁶³ Im Übrigen werde die Vermutung des § 125 S. 2 BGB schon in ihrem direkten Anwendungsbereich restriktiv gehandhabt, eine Analogie sei deshalb umso unangebrachter.⁹⁶⁴ Der analogen Anwendung des § 125 S. 2 BGB auf Verstöße gegen satzungsmäßig vereinbarte Verfahrensvorschriften kommt der verlockende Vorteil zu, einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für die Beschlussnichtigkeit zu schaffen. Soweit die Analogie sich an den gleichen restriktiven Maßstäben orientiert, wie sie für die Norm in ihrem direkten Anwendungsbereich gelten, also zuvorderst auf die Auslegung des jeweiligen Verfahrenserfordernisses abgestellt bzw. nach dem mit der Regelung verfolgten Zweck gefragt wird, ist es deswegen durchaus angebracht, im Zweifel, also wenn die Auslegung zu keinem Ergebnis führt, von der Nichtigkeit nach § 125 S. 2 BGB analog auszugehen, soweit nicht Analogien zum GmbH-Recht⁹⁶⁵ oder dem Aktienrecht⁹⁶⁶ weiterhelfen. Lehnt man ein Beschlussanfechtungserfordernis im Personengesellschaftsrecht mit h. M. ab,⁹⁶⁷ müsste man andernfalls einen gegen satzungsmäßig festgelegte Verfahrensvorschriften verstoßenden Beschluss entweder trotz des Verstoßes für wirksam halten oder einen außergesetzlichen Nichtigkeitsgrund annehmen.

Das Eintreten der Nichtigkeit nach § 125 S. 2 BGB (analog) findet neben der vorrangigen Auslegung und Zweckermittlung eine zusätzliche Beschränkung in dem Erfordernis der potenziellen Kausalität des Verstoßes für das Zustande-

⁹⁶³ Casper, ZHR 163 (1999), 54, 68; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 32.

⁹⁶⁴ Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 32.

⁹⁶⁵ Siehe Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 81 f. für eine Analogie zum GmbH-Recht, soweit es nicht um die Verletzung satzungsmäßig vereinbarter Verfahrensvorschriften geht.

⁹⁶⁶ Siehe Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 81, der sich im Falle eines Verstoßes gegen Ladungsvorschriften für eine Analogie zu § 241 Nr. 1 AktG ausspricht.

⁹⁶⁷ BGH NJW-RR 1992, 227; EBSJ/Freitag § 119 HGB Rn. 7; RvWH/Haas § 119 HGB Rn. 11; Staudinger/Habermeier § 709 BGB Rn. 27; Soergel/Hadding § 32 BGB Rn. 36; Hueck, Das Recht der OHG, S. 183, 185; Jüdel, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 96 f.; Oetker/Lieder § 119 HGB Rn. 51; Baumbach/Hopt/Roth § 119 HGB Rn. 31; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 85; MüKo-BGB/Schäfer § 709 Rn. 113; Staudinger/Weick § 32 BGB Rn. 26; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 464 f.; ders., Gesellschaftsrecht II, S. 323. Für eine Übertragung des Anfechtungserfordernisses aber: MüKo-HGB/Enzinger § 119 Rn. 98 f.; Priester in: Festschrift Hadding, S. 607, 617; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 447 ff.

kommen des Beschlusses, d.h. wenn das Beschlussergebnis durch die Nichteinhaltung nachweislich nicht beeinträchtigt wurde, liegt auch kein die Nichtigkeit begründender Beschlussmangel vor.⁹⁶⁸ Die Beweislast für die fehlende Kausalität trägt der Verband (bzw. die Gesellschaftermehrheit), wenn er sich auf die Wirksamkeit des Beschlusses beruft.⁹⁶⁹ Eine weitere Beschränkung der Nichtigkeit nach § 125 S. 2 BGB (analog) ergibt sich daraus, dass sich die Gesellschafter in der Regel über vereinbarte Verfahrens- oder Formerfordernisse einstimmig hinwegsetzen können, soweit sie dies bewusst in ihren Willen bei der Beschlussfassung aufgenommen haben.⁹⁷⁰

b) Gesetzliches Verbot und Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB)

Grundsätzlich besteht Einigkeit über die Anwendbarkeit der §§ 134, 138 I BGB auf Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften.⁹⁷¹ Für eine Nichtigkeit nach § 134 BGB muss dabei insbesondere der Verbotsgesetzcharakter des Gesetzes festgestellt werden, gegen das ein Verstoß im Raum steht.⁹⁷² Ferner wird die Nichtigkeit von Beschlüssen, die gegen gewohnheitsrechtlich anerkannte Grundprinzipien, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Treuepflicht verstoßen, teils auf § 134 BGB gestützt.⁹⁷³ Die Rechtsfolge eines Ver-

⁹⁶⁸ BGH WM 1983, 1408; 1988, 23, 24; NJW 1987, 1262, 1263; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 92; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 82.

⁹⁶⁹ BGHZ 49, 209, 211; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 82.

⁹⁷⁰ BGHZ 58, 115, 119; vgl. ferner Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 23.

⁹⁷¹ *Baltzer*, Der Beschluß, S. 179 f., soweit keine speziellere Norm greife; *Casper*, ZHR 163 (1999), 67; MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 102; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 7; RvWH/*Haas* § 119 HGB Rn. 11, die Grenzen seien aber hoch angesiedelt; *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 27; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 36; *Hueck*, Das Recht der OHG, S. 183, 185; *Hüffer*, ZGR 2001, 833, 836; *Jüdel*, Gesellschafterbeschlüsse bei Personengesellschaften, S. 96 f.; *Baumbach/Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 31; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 108; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 85; *Staudinger/Weick* § 32 BGB Rn. 26; *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1055 f.

⁹⁷² Ausführlich zum Verbotsgesetzcharakter gesellschaftsrechtsspezifischer Normen: *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 18 ff.; siehe ferner: MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 102; Staub/*Schäfer* § 119 HGB Rn. 85; vgl. darüber hinaus *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 2, der das GmbH-Beschlussmängelrecht schon deswegen nicht über § 134 BGB lösbar sieht, weil den gesetzlichen (und erst Recht den satzungrechtlichen) Normen des Beschlussverfahrens regelmäßig kein Verbotsgesetzcharakter zukomme.

⁹⁷³ MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 108; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, S. 323.

stoßes gegen §§ 134, 138 I BGB besteht grundsätzlich in der Nichtigkeit des Beschlusses, wobei es insbesondere bei satzungsändernden Beschlüssen die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu beachten gilt.⁹⁷⁴

Richtigerweise sind die §§ 134, 138 I BGB zwar dem Grunde nach auf Gesellschafterbeschlüsse in Personengesellschaften anwendbar, jedoch in weitaus geringerem Umfang als die h. M. dies anzunehmen scheint. Denn schon die einzelnen Stimmabgaben unterliegen dem Anwendungsbereich der §§ 134, 138 I BGB.⁹⁷⁵ Der Inhalt der positiven Stimmabgaben richtet sich durch ihren Bezug zum Beschlussantrag nach dem Inhalt des zu fassenden Beschlusses.⁹⁷⁶ D.h. wenn der Beschluss im Falle seines Zustandekommens seinem Inhalt nach verbotsgesetzes- oder sittenwidrig wäre, sind es zugleich auch alle auf ihn gerichteten positiven Stimmabgaben.⁹⁷⁷ Ein positiver, seinem Inhalt nach verbotsgesetzes- oder sittenwidriger Beschluss kann somit in den Personengesellschaften, wo die Beschlussfeststellung keine konstitutive Wirkung entfaltet,⁹⁷⁸ richtigerweise gar nicht erst entstehen. Übrig bleibt nur der eher theoretische Fall, in dem ein Beschluss nicht alleine wegen seines Inhalts, sondern erst unter Hinzuziehung der Umstände seines Zustandekommens sittenwidrig ist⁹⁷⁹ und bei dem die auf ihn gerichteten Stimmabgaben nicht ihrerseits wegen der Umstände der Abstimmung gem. § 138 I BGB nichtig sind⁹⁸⁰.

Die Beschlussnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gesellschaftsrechtlich anerkannte Grundprinzipien kann richtigerweise ebenfalls nicht auf § 134 BGB gestützt werden. Denn wie im Rahmen der Stimmabgabe bereits dargelegt, stellt

⁹⁷⁴ Baumbach/Hopt/Roth § 119 HGB Rn. 31; besonders ausführlich MüKo-BGB/Schäfer § 705 Rn. 357 ff.; Staub/Schäfer § 119 HGB Rn. 94 f.

⁹⁷⁵ Siehe § 2 2. Teil C) Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB).

⁹⁷⁶ Zur inhaltlichen Verknüpfung von Stimmabgabe, Beschlussantrag und Beschluss siehe, Text zu Fn. 340.

⁹⁷⁷ Siehe Text zu Fn. 583 (für § 134 BGB) und zu Fn. 597 (für § 138 BGB). Vgl. ferner MünchHdb. GesR III/Wolff § 40 Rn. 45.

⁹⁷⁸ Nachweise siehe in Fn. 49.

⁹⁷⁹ Vgl. dazu ausführlich Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 22 ff. für die Nichtanwendbarkeit des § 134 BGB bei Verfahrensverstößen und S. 26 f. für § 138 BGB, der diesen zwar äußerst restriktiv handhaben will, seine Anwendbarkeit in Bezug auf die Umstände der Beschlussfassung aber nicht für gänzlich ausgeschlossen hält.

⁹⁸⁰ Siehe zur Sittenwidrigkeit der Einzelstimmabgaben in Fällen, in denen die Sittenwidrigkeit des Beschlusses sich aus den Umständen der Beschlussfassung ergibt, § 2 2. Teil C) II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB).

Gewohnheitsrecht nur dann ein potenzielles Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB dar, wenn es sich gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richtet und dieses verwirft, was auf die sehr abstrakt gehaltenen gesellschaftsrechtlichen Generalklauseln, insbesondere die Treuepflicht, nicht zutrifft.⁹⁸¹ Allenfalls sollte ein Verstoß wie bei der Stimmabgabe deswegen auf § 242 BGB (oder § 138 I BGB) gestützt werden.⁹⁸² Nach hier vertretener Auffassung wird auch das aber häufig nicht notwendig sein, da wegen der Nichtigkeit der treuwidrig abgegebenen Einzelstimmen⁹⁸³ zumindest kein treuwidriger positiver Beschluss entstehen kann.

2. Kapitalgesellschaften

Die Beschlussmängelvorschriften der §§ 241 ff. AktG, die auf die GmbH analog angewendet werden,⁹⁸⁴ stellen *leges speciales* hinsichtlich der Nichtigkeitsvorschriften des BGB sowohl für die AG⁹⁸⁵ als auch für die GmbH⁹⁸⁶ dar. Im Einzelnen stellt § 241 Nr. 2 AktG *lex specialis* zu § 125 S. 1 BGB,⁹⁸⁷ § 243 I AktG *lex specialis* zur § 125 S. 2 BGB,⁹⁸⁸ § 241 Nr. 3 AktG *lex specialis* zu § 134 BGB für Inhaltsmängel von Beschlüssen,⁹⁸⁹ § 243 I AktG *lex specialis* zu § 134 BGB für nicht inhaltliche Mängel, § 241 Nr. 4 AktG *lex specialis* zu § 138 BGB für Inhaltsmängel und § 243 I AktG *lex specialis* zu § 138 BGB für nicht inhaltliche Mängel dar⁹⁹⁰. Soweit GmbH-spezifische Beschlüsse vorliegen, die bei der AG kein Äquivalent haben und für die deswegen eine analogiefähige Regelung im

⁹⁸¹ Siehe § 2 2. Teil C) II. Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB).

⁹⁸² Siehe bereits zur Stimmabgabe § 2 2. Teil C) II. Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB).

⁹⁸³ Nachweise siehe Fn. 234.

⁹⁸⁴ Nachweise siehe Fn. 171.

⁹⁸⁵ Hopt/Wiedemann/Grundmann § 133 AktG Rn. 43; Hölters/Hirschmann § 133 AktG Rn. 3; Hüffer, ZGR 2001, 833, 838; Hüffer/Koch/Koch § 133 AktG Rn. 4; UHL/Raiser Anh. § 47 GmbHG Rn. 33; KK-AktG/Tröger § 133 Rn. 42.

⁹⁸⁶ MüKo-GmbHG/Drescher § 47 Rn. 9; UHL/Raiser Anh. § 47 GmbHG Rn. 33; MHLS/Römermann § 47 GmbHG Rn. 10; Schmidt/Lutter/Spindler § 133 AktG Rn. 2; MüKo-GmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 1; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 GmbHG Rn. 1 f.

⁹⁸⁷ Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 28 f.

⁹⁸⁸ Vgl. zur (umstrittenen) Möglichkeit der Verschärfung der Formerfordernisse des § 130 AktG und zur Nichtanwendbarkeit des § 241 Nr. 2 AktG im Falle von Verstößen, sondern stattdessen zur Anfechtbarkeit nach § 243 I AktG: Hölters/Drinhausen § 130 AktG Rn. 53; MüKo-AktG/Kubis § 130 Rn. 98.

⁹⁸⁹ UHL/Raiser Anh. § 47 GmbHG Rn. 49.

⁹⁹⁰ UHL/Raiser Anh. § 47 GmbHG Rn. 125.

Aktienrecht fehlt, kann auf § 134 BGB rekuriert werden, z. B. für Bestellungsbeschlüsse die unter Verstoß gegen § 6 II GmbHG gefasst wurden.⁹⁹¹ Die analoge Anwendbarkeit der §§ 241 ff. AktG auf die GmbH kann bezweifelt werden, wenn eine konstitutiv wirkende Beschlussfeststellung unterbleibt – jedenfalls ist dann keine Anfechtungs- sondern eine allgemeine Feststellungsklage zur Geltendmachung eines Beschlussmangels statthaft.⁹⁹² Ersatzweise können dann statt den §§ 241 ff. AktG die §§ 125, 134, 138 BGB in gleicher Weise als Nichtigkeitsgründe herangezogen werden, wie in Personengesellschaften.

II. Teilnichtigkeit, Umdeutung und Bestätigung (§§ 139–141 BGB)

1. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB)

§ 139 BGB findet nach ganz herrschender Meinung sowohl in Personengesellschaften⁹⁹³ als auch, mangels spezialgesetzlicher Regelung in den §§ 241 ff. AktG, in Körperschaften⁹⁹⁴ Anwendung. Die Nichtigkeit eines Teils eines Beschlusses führt danach zur Nichtigkeit des gesamten Beschlusses, wenn nicht

⁹⁹¹ Nachweise zur Nichtigkeit eines gegen § 6 II GmbHG verstoßenden Beschlusses gem. § 134 BGB siehe, Fn. 215. Besonderes Beschlussmängelrecht für die Nichtigkeit der Wahl von Vorstandsmitgliedern fehlt in den §§ 241 ff. AktG, da bei der AG nicht die Hauptversammlung, sondern der Aufsichtsrat den Vorstand wählt.

⁹⁹² Vgl. *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, § 13 Rn. 115, die als konstitutiv wirkenden Beschlussfeststellung bereits die dokumentierte Einigkeit der Gesellschafter über den gefassten Beschluss ausreichen lässt; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 279 f.

⁹⁹³ BGHZ 139, 288, 297 f.; BGH BB 1973, 771 f.; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 181; EBJs/*Freitag* § 119 HGB Rn. 83; RvWH/*Haas* § 119 HGB Rn. 10; Oetker/*Lieder* § 119 HGB Rn. 70; Baumbach/*Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 31; a. A.: *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, erstmals auf S. 14 f.

⁹⁹⁴ RGZ 118, 218, 221 für die Genossenschaft; zustimmend RGZ 140, 174, 177; 146, 385, 394 für die AG zumindest in entsprechender Anwendung des § 139 BGB; BGHZ 124, 111, 122, jedenfalls soweit der Beschluss einen rechtsgeschäftlichen Inhalt hat; BGH NJW 1988, 1214, ohne allerdings § 139 BGB ausdrücklich zu nennen; BGH NZG 2015, 867, 870; *Baltzer*, Der Beschluß, S. 181; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), S. 324; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Ganzer* Anh. § 47 GmbHG Rn. 18; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 44; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 38; MüKo-AktG/*Hüffer/Schäfer* § 241 Rn. 91; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 83; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 4; *MHLS/Römermann* Anh. § 47 GmbHG Rn. 222; *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 117; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 41; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 4; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 2; *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 45; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 63, unterscheidend zwischen zusammengesetzten und zusammenhängenden Beschlüssen; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch* Anh.

anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil gewollt sein würde. Die Anwendung der Vorschrift wirft bei näherer Betrachtung allerdings zahlreiche Probleme auf, die im Folgenden beleuchtet werden, bevor eine abschließende Stellungnahme zur Anwendbarkeit des § 139 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse erfolgt.

a) Tatbestandsseite des § 139 BGB

Damit die Rechtsfolge des § 139 BGB eintreten kann, muss auf der Tatbestandsseite ein einheitliches⁹⁹⁵, teilbares⁹⁹⁶ und teilweise nichtiges⁹⁹⁷ Rechtsgeschäft vorliegen. Fehlt es an der Einheitlichkeit, stellt sich die Frage der Gesamtnichtigkeit nicht: Das nicht betroffene Rechtsgeschäft bleibt ohne weiteres wirksam. Fehlt es an der Teilbarkeit, ist das Rechtsgeschäft unabhängig vom hypothetischen Parteiwillen immer gesamtnichtig.⁹⁹⁸

aa) Einheitlichkeit

Nach den allgemeinen Grundsätzen kommt es bei für die Beurteilung der Einheitlichkeit eines Rechtsgeschäfts auf den Einheitlichkeitswillen der Beteiligten an.⁹⁹⁹ Danach können z. B. zeitlich getrennt voneinander abgeschlossene Verträge durch einen Vereinheitlichungswillen als einheitliches Rechtsgeschäft i. S. d. § 139 BGB qualifiziert werden können¹⁰⁰⁰.

§ 47 Rn. 114; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 184; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* Anh. § 47 GmbHG Rn. 78; a. A.: *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, erstmals auf S. 14 f.

⁹⁹⁵ *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 354; *MüKo-BGB/Busche* § 139 Rn. 15; *Flume*, BGB-AT II, S. 570.

⁹⁹⁶ *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 355; *MüKo-BGB/Busche* § 139 Rn. 24; *Flume*, BGB-AT II, S. 570.

⁹⁹⁷ *Bork*, BGB-AT, Rn. 1214; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 356.

⁹⁹⁸ *MüKo-BGB/Busche* § 139 Rn. 24; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 1; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 60.

⁹⁹⁹ H. M.: BGH NJW 1976, 1931, 1932; 1987, 2004, 2007; 2012, 296, 300; 2014, 1101, 1107; *Erman/Arnold* § 139 BGB Rn. 12; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1210; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 354; *Palandt/Ellenberger* § 139 BGB Rn. 5; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 17; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 502; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 37; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 139 Rn. 8; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 56 Rn. 10. Stattdessen auf den objektiven Sinnzusammenhang abstellend: *MüKo-BGB/Busche* § 139 Rn. 15.

¹⁰⁰⁰ *Erman/Arnold* § 139 BGB Rn. 12; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 354; *Flume*, BGB-AT II, S. 571; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 502; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 39.

Diese allgemeinen Grundsätze können jedoch schwerlich auf den Beschluss übertragen werden. Denn wenn es für das Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts im Falle der Beschlussfassung ausschließlich auf den Einheitlichkeitswillen der Beteiligten ankäme, müssten einerseits zeitlich nacheinander gefasste Beschlüsse ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden können, andererseits mehrere in einer Beschlussfassung zusammengefasste Beschlussgegenstände in verschiedene uneinheitliche Rechtsgeschäfte aufgeteilt werden können. Um aber den Gesellschafterbeschlusses als Ergebnis der kollektiven Willensbildung der Gesellschaft zuzurechnen, bedarf es gerade der Einhaltung des formalisierten Verfahrens der Beschlussfassung.¹⁰⁰¹ Der Beschluss wird über das formale Verfahren seiner Entstehung geradezu definiert, nämlich als „[...] die durch Abstimmung aus mehreren Einzelwillen gewonnene, als organschaftliche Aktion notwendig einheitliche Entscheidung eines Kollektivorgans einer Personenmehrheit über einen Antrag [...]“¹⁰⁰². Weder steht es den Gesellschaftern frei, einen einheitlichen Beschluss in zwei Abstimmungsvorgängen zu fassen, noch können sie, da der Beschluss ja gerade als Entscheidung der zur Beschlussfassung berufenen Gesellschafter über einen Beschlussantrag definiert wird, im Rahmen einer formalen Abstimmung mehrere uneinheitliche Beschlüsse fassen.¹⁰⁰³ Hinzu kommt, dass es gar nicht den zur Beschlussfassung berufenen Gesellschaftern obliegt, darüber zu entscheiden, ob sie über einen Antrag insgesamt oder über eine Vielzahl von Teilanträgen abstimmen, vielmehr liegt diese Entscheidung in der Hand desjenigen, der den Antrag in die Gesellschafterversammlung einbringt.¹⁰⁰⁴

Die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts „Beschluss“ bestimmt sich deshalb nach h. M. rein formal, d.h. es kommt darauf an, ob ein einheitlicher Abstimmungsvorgang zu einem einzelnen Antrag gegeben ist.¹⁰⁰⁵ Daraus folgt zum einen, dass

¹⁰⁰¹ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 113 f.; vgl. ferner: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 435.

¹⁰⁰² *Baltzer*, Der Beschluß, S. 42; mit ähnlicher Formulierung: *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 434.

¹⁰⁰³ Vgl. *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 113 f.; anders aber: RGZ 146, 385, 394.

¹⁰⁰⁴ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 36 f.

¹⁰⁰⁵ OLG Frankfurt NZG 2009, 1226; MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 3; Hölters/*Englisch* § 241 AktG Rn. 96 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Ganzer* Anh. § 47 GmbHG Rn. 18; MüKo-AktG/*Hüffer/Schäfer* § 241 Rn. 90; Hüffer/Koch/*Koch* § 241 AktG Rn. 33; MHLS/*Römermann* Anh. § 47 GmbHG Rn. 219; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch*

alle Beschlussgegenstände, die in einem einzelnen Antrag zur Abstimmung gestellt werden, ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden.¹⁰⁰⁶ Zum anderen können mehrere nacheinander gefasste Beschlüsse niemals ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. d. § 139 BGB bilden.¹⁰⁰⁷

Bereits aus diesem Grund wird vereinzelt der Schluss gezogen, § 139 BGB sei auf Gesellschafterbeschlüsse nicht anwendbar. Denn wenn es für den Beschluss auf Tatbestandsseite nicht auf den Einheitlichkeitswillen der an der Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter ankomme, könne es auf Rechtsfolgenseite auch nicht den hypothetischen Willen der Gesellschafter ankommen.¹⁰⁰⁸ Diese Argumentation setzt eine vom Gesetzgeber zwingend vorgesehene Verknüpfung zwischen Einheitlichkeitswillen auf Tatbestandsseite und hypothetischem Willen auf Rechtsfolgenseite voraus. In den Motiven heißt es dazu¹⁰⁰⁹:

„Diese Frage hat eine allgemeinere Bedeutung; es handelt sich darum, inwieweit bei einem als einheitlich sich darstellenden Rechtsgeschäfte eine Bestimmung wegen Nichtigkeit oder in Folge Anfechtung hinfällig werden kann, ohne den Bestand des Rechtsgeschäfts im Übrigen zu gefährden. Der maßgebende Grundsatz in dieser Hinsicht muß sein, daß das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist, sofern nicht erhellt, daß es auch ohne die ungültige Bestimmung gewollt sein würde. Die Bedeutung, die der Verbindung von mehreren zusammenhängenden Willenserklärungen zukommt, kann lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen werden; die Verbindung selbst

Anh. § 47 Rn. 115; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 GmbHG Rn. 78; a. A.: EBSJ/Freitag § 119 HGB Rn. 84, der für die Einheitlichkeit maßgeblich auf den Einheitlichkeitswillen der Gesellschafter abstellt; ferner Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 42, der getrennte, rechtlich voneinander unabhängige Beschlüsse auch im Falle der einheitlichen Abstimmung für möglich hält, wenn kein Sachzusammenhang zwischen den Beschlussgegenständen besteht.

¹⁰⁰⁶ MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer § 241 Rn. 90.

¹⁰⁰⁷ OLG Frankfurt NZG 2009, 1226; MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer § 241 Rn. 90; UHL/Raiser Anh. § 47 GmbHG Rn. 84; MHLs/Römermann Anh. § 47 GmbHG Rn. 224; Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 42; MüKo-GmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 115; kritisch Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 42.

¹⁰⁰⁸ Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 34 f.

¹⁰⁰⁹ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 475.

spricht aber zunächst für die innere Zusammengehörigkeit, und demgemäß ist die Beweislage geregelt.“

Die Verwendung der Formulierung „bei einem einheitlich *sich darstellenden* Rechtsgeschäfte“¹⁰¹⁰ legt zunächst den Schluss nahe, dass es für die Frage des Vorliegens eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nicht etwa auf den Parteiwillen, sondern auf den objektiv sich ergebenden Eindruck ankommt. Der letzte Satz stützt allerdings die h. M. in ihrem Abstellen auf den Willen der Beteiligten schon auf Tatbestandsebene,¹⁰¹¹ denn warum sollte die Bedeutung, die der Verbindung von mehreren zusammenhängenden Willenserklärungen zukommt, lediglich – wohl im Sinne von „ausschließlich“ zu verstehen – dem Willen der Beteiligten zu entnehmen sein, wenn es schon auf Tatbestandsebene nicht in erster Linie auf ihren Willen, sondern auf den „objektiven Sinnzusammenhang“¹⁰¹² ankommt? Andererseits stellt auch die h. M. auf den objektiven Sinnzusammenhang ab, wenn sich für den tatsächlichen Willen der Beteiligten keine Anhaltspunkte finden lassen.¹⁰¹³ Ein Abstellen auf den objektiven Sinnzusammenhang ist mit der Gesetzesbegründung zumindest nicht unvereinbar, denn man kann sie durchaus so verstehen, dass es ausschließlich auf Rechtsfolgenseite auf den Parteiwillen ankommt.¹⁰¹⁴

Die Auslegung der Gesetzesmaterialien spricht demnach zwar dafür, dass es vom Sinn und Zweck des § 139 BGB her einer Verknüpfung zwischen dem Einheitlichkeitswillen auf Tatbestandsseite und dem hypothetischen Willen auf Rechtsfolgenseite bedarf. Diese Auslegung ist aber in Anbetracht der Gesetzesmaterialien nicht zwingend. Der h. M. ist jedenfalls in ihrer Betrachtungsweise beizupflichten, dass das Vorliegen eines einheitlichen Rechtsgeschäfts im Falle des Beschlusses ausschließlich davon abhängt, ob eine einheitliche Beschlussfassung vorliegt. Ob daraus die Nichtanwendbarkeit des § 139 BGB auf den Gesellschafterbeschluss folgt, wird nach Behandlung der übrigen Tatbestandsmerkmale als Teil einer Gesamtwürdigung zu klären sein.

¹⁰¹⁰ Hervorhebung M. L.

¹⁰¹¹ Vgl. *Flume*, BGB-AT II, S. 571.

¹⁰¹² Dafür unter Verwendung dieser Formulierung: *MüKo-BGB/Busche* § 139 Rn. 15.

¹⁰¹³ *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 17; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 38; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 56 Rn. 10.

¹⁰¹⁴ *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 37.

bb) Teilbarkeit

Ein Rechtsgeschäft ist nach allgemeinen Grundsätzen teilbar, wenn bei Wegfall des nichtigen Teils des Rechtsgeschäfts ein verbleibender Teil eine an sich sinnvolle, geltungsfähige Regelung beibehält.¹⁰¹⁵ Dabei kommt es noch nicht auf den Willen der Parteien an, sondern darauf, ob objektiv vorstellbar ist, dass der verbleibende Teil eine sinnvolle Regelung darstellen könnte.¹⁰¹⁶

Eine Teilbarkeit liegt immer vor, wenn zwei isoliert voneinander vorgenommene Rechtsgeschäfte nur durch den Parteiwillen zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft verbunden werden,¹⁰¹⁷ da der Parteiwille für die Beurteilung der Einheitlichkeit eines Beschlusses aber richtigerweise keine Rolle spielt, scheidet diese Kategorie für den Beschluss aus. In Betracht kommen somit nur objektive, subjektive und quantitative Teilbarkeit.¹⁰¹⁸ Während objektive Teilbarkeit vorliegt, wenn einzelne Bestimmungen des Rechtsgeschäfts nichtig sind und trotzdem ein sinnvoller Rest verbleibt,¹⁰¹⁹ liegt subjektive Teilbarkeit vor, wenn das Rechtsgeschäft nur im Verhältnis zu einer von mehreren an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien nichtig ist¹⁰²⁰. Quantitative Teilbarkeit bezeichnet den Fall, in dem eine an sich nichtige Regelung unter Zugrundelegung des hypothetischen

¹⁰¹⁵ RGZ 146, 234, 236; BGH NJW 2009, 1135, 1136; 2015, 1754, 1755; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1212; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 355; *MüKo-BGB/Busche* § 139 Rn. 24 f.; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 23; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 60 f.; *BeckOK-BGB/Wendtland* § 139 Rn. 13 ff.; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 56 Rn. 16.

¹⁰¹⁶ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 43; vgl. ferner *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 23.

¹⁰¹⁷ *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 24; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 62.

¹⁰¹⁸ Kategorien übernommen von: *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 25; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 64 f., 68.

¹⁰¹⁹ *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 26; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 64.

¹⁰²⁰ *Flume*, BGB-AT, S. 573; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 27; *Medicus/Petersen*, BGB-AT, Rn. 506; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 65.

Parteiwillens zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts durch eine andere, wirksame Regelung ersetzt¹⁰²¹ bzw. auf das erträgliche Maß heruntergesetzt¹⁰²² werden kann.

Die objektive Teilbarkeit ist zu verneinen, wenn im Falle der Nichtigkeit einzelner Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts die essentialia negotii vom Nichtigkeitsgrund betroffen sind oder eine für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts notwendige Erklärung vollständig wegfällt, z. B. die Angebots- oder Annahmeerklärung.¹⁰²³ Auf Beschlüsse lässt sich die Kategorie der objektiven Teilbarkeit übertragen.¹⁰²⁴

Die subjektive Teilbarkeit kommt in Betracht, wenn ein Beschluss der gesonderten Zustimmung mehrerer Gesellschafter bedarf, ein Teil der Gesellschafter seine Zustimmung erteilt und ein anderer nicht.¹⁰²⁵ Die Nichtigkeit der einzelnen Stimmabgabe fällt hingegen schon definitiv nicht unter die Kategorie der subjektiven Nichtigkeit, da die Wirksamkeit der Stimmabgabe des Einzelnen nicht mit der Gültigkeit des Beschlusses ihm gegenüber zusammenhängt. Die Nichtigkeit von Einzelstimmen führt generell nicht zu einer Anwendbarkeit von § 139 BGB auf den Gesellschafterbeschluss.¹⁰²⁶

¹⁰²¹ Staudinger/Roth § 139 BGB Rn. 68; Flume, BGB-AT II, S. 582 f., allerdings nicht durch den Richter, sondern nur, wenn gesetzliche Regelungen an die Stelle der nichtigen Parteivereinbarung treten können.

¹⁰²² Soergel/Hefermehl § 139 BGB Rn. 29 ff. unter Darstellung von Fallgruppen; ferner Flume, BGB-AT II, S. 574 f., der eine quantitative Teilbarkeit aber insbesondere bei teilweiser Sittenwidrigkeit ablehnt.

¹⁰²³ Bork, BGB-AT, Rn. 1212; Flume, BGB-AT, S. 573 f.; Medicus/Petersen, BGB-AT, Rn. 505.

¹⁰²⁴ Ausführlich und unter Darstellung abweichender Ansichten in Einzelfällen, etwa für Kapitalerhöhungsbeschluss nach §§ 182 ff. AktG, Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 44 ff.

¹⁰²⁵ BGHZ 203, 77, 88; BGH NJW-RR 2009, 1264, 1266 f.; Oetker/Lieder § 119 HGB Rn. 72; a. A. Altmeyen, NJW 2015, 2065, 2070, der relativ unwirksame Beschlüsse nicht für möglich hält. Siehe zur Zustimmungsbedürftigkeit von Beschlüssen und zur relativen Unwirksamkeit derselben auch noch § 3 2. Teil Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts (§ 162 BGB).

¹⁰²⁶ Vgl. Baltzer, Der Beschluß, S. 181; Bartholomeyczik, ZHR 105 (1938), 293, 324; Soergel/Hadding § 32 BGB Rn. 39; sehr ausführlich Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 53 ff., der zur Begründung allerdings auf die (grundsätzliche) Bedingungsfeindlichkeit der Stimmabgabe abstellt.

Soweit eine quantitative Teilbarkeit im Allgemeinen zumindest in analoger Anwendung des § 139 BGB anerkannt wird,¹⁰²⁷ müsste man diese Kategorie entsprechend auch auf Beschlüsse übertragen.¹⁰²⁸ Das heißt, wenn z. B. ein Beschluss über eine Kapitalerhöhung in Höhe von 2 Mio. € teilweise, z. B. in Höhe von 1 Mio. €, angefochten wird, müsste sich die Wirksamkeit des Restbeschlusses bei konsequenter Anwendung der allgemeinen Grundsätze zur quantitativen Teilbarkeit aus § 139 BGB ergeben.¹⁰²⁹

cc) Teilweise Nichtigkeit

Der Nichtigkeitsgrund muss sich auf einen oder mehrere der abgrenzbaren Teile des Rechtsgeschäfts beziehen, d.h. es muss trennscharf bestimmbar sein, auf welchen Teil des Rechtsgeschäfts sich die Nichtigkeit bezieht, damit § 139 BGB potenziell anwendbar ist.¹⁰³⁰ Als Nichtigkeitsgründe kommen in Personengesellschaften insbesondere die bereits behandelten §§ 125, 134, 138 BGB in Betracht, in Kapitalgesellschaften die §§ 241, 250, 253, 256 AktG (analog). Verfahrensfehler spielen im Bereich des § 139 BGB keine große Rolle, da sie regelmäßig den gesamten Beschluss erfassen.¹⁰³¹ Zumindest theoretisch vorstellbar wäre aber z. B. der Fall, dass ein satzungsmäßig vereinbartes Verfahrenserfordernis für bestimmte Beschlussinhalte gilt und sich ein Verfahrensfehler deswegen unmittelbar nur auf einen Teil eines Beschlusses auswirkt.

Bei einer Teilnichtigkeitserklärung durch Urteil kommt es auf den Streitgegenstand des Verfahrens an. War der gesamte Beschluss streitgegenständlich, ist durch die teilweise Klageabweisung klargestellt, dass der nicht für nichtig erklärte Beschlussteil wirksam ist – für eine Anwendung des § 139 BGB kein

¹⁰²⁷ Vgl. näher zu den einzelnen Fallgruppen und dazu, dass es sich allenfalls um eine Analogie handeln kann: Soergel/*Hefermehl* § 139 BGB Rn. 29 ff.; Staudinger/*Roth* § 139 BGB Rn. 68 ff.

¹⁰²⁸ Ausführlich und mit vielen Nachweisen zum inkonsequenten Umgang der h. M. mit der quantitativen Teilbarkeit im Falle des Gesellschafterbeschlusses: *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 50 ff.

¹⁰²⁹ Dieses Beispiel wurde übernommen von: *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 50, dort auch mit Hinweis auf die entgegenstehende Ansicht *Zöllners* (KK-AktG, 2. Auflage § 248 Rn. 41, zitiert nach *Schnorr*; in Aktueller Auflage ohne Stellungnahme zur quantitativen Teilbarkeit).

¹⁰³⁰ Vgl. *Bork*, BGB-AT, Rn. 1214.

¹⁰³¹ Vgl. UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 83; MHLS/*Römermann* Anh. § 47 GmbHG Rn. 221; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 44; Spindler/*Stilz/Würthwein* § 241 AktG Rn. 75.

Raum bleibt. Umfasste der Streitgegenstand anfänglich schon nur einen Beschlussteil, dann lässt sich aus dem Urteil keine Aussage über die Wirksamkeit des verbleibenden Teils entnehmen. Dessen Wirksamkeit oder Nichtigkeit kann somit Gegenstand eines weiteren Verfahrens sein.¹⁰³²

Speziell für Beschlüsse muss eine weitere Kategorie bedacht werden: die teilweise Nichtigkeit der Stimmabgabe.¹⁰³³ Grundsätzlich führt die Nichtigkeit der Stimmabgabe nicht zu einer Teilnichtigkeit des Beschlusses, sondern im Falle der Erheblichkeit der Stimmabgabe für das Abstimmungsergebnis zu einer Umkehrung des Beschlussvorzeichens.¹⁰³⁴ Bei nur teilweiser Nichtigkeit der Stimmabgabe ist dies jedoch insofern problematisch, als dass sich das Ergebnis der Beschlussfassung dann ggf. teilweise umkehren würde, als Ergebnis eines einzigen Abstimmungsvorgangs also ein teilweise positiver, teilweise negativer Beschluss denkbar wäre. Da die Gesellschafter aber nicht über die einzelnen Teile eines Antrags isoliert entscheiden, sondern nur über den Antrag insgesamt, entstünden so zwei Beschlüsse, über die in dieser Form nie abgestimmt wurde. Deswegen müssen in diesen Fällen beide Beschlussteile auf ihre Wirksamkeit hin überprüft werden: Aus der Sicht des umgekehrten Beschlussteils stellt der verbleibende Restbeschluss einen quasi nichtigen Teil dar und aus der Sicht des verbleibenden Restbeschlusses stellt der umgekehrte Beschlussteil einen quasi nichtigen Teil dar, sodass beide Beschlussteile den hier behandelten Grundsätzen der Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse unterfallen.

b) Rechtsfolgenseite

Liegt ein einheitliches, teilbares, teilweise nichtiges Rechtsgeschäft vor, bestimmt sich die Rechtsfolge nach dem Willen der Parteien, wobei § 139 BGB im Zweifel von der Gesamtnichtigkeit ausgeht.

¹⁰³² Für den gesamten Absatz: *MHLS/Römermann Anh. § 47 GmbHG Rn. 223*; *Scholz/Schmidt § 45 GmbHG Rn. 168*; *MüKo-GmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 116 f.*; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 GmbHG Rn. 80*.

¹⁰³³ Siehe dazu bereits Text und Verweise in Fn. 601.

¹⁰³⁴ Siehe § 2 2. Teil B) II. 5. d) Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss.

aa) Wille zur Aufrechterhaltung des nicht betroffenen Beschlussteils

Soweit eine ausdrückliche Rechtsfolgenregelung für den Fall der Teilnichtigkeit im teilnichtigen Rechtsgeschäft selbst vereinbart wurde, geht diese grundsätzlich vor.¹⁰³⁵ Auch ohne ausdrückliche Regelung kann sich der tatsächliche Parteiwille der Beteiligten zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts¹⁰³⁶ unter Umständen ermitteln lassen, wenn z. B. eine Partei bei einem Vertragsabschluss klargestellt hat, dass sie den Vertrag nur als Ganzes will, ohne dass diese Willensbekundung aber Vertragsbestandteil geworden ist.¹⁰³⁷ Lässt sich ein tatsächlicher Wille nicht ermitteln, muss stattdessen auf den hypothetischen Willen der Beteiligten abgestellt werden.¹⁰³⁸ Ob der hypothetische Parteiwille darauf schließen lässt, dass die Parteien das Rechtsgeschäft gewollt hätten, ist nach h. M. unter Einbeziehung von Treu und Glauben bei unterstellter vernünftiger Abwägung unter Berücksichtigung des jeweils gegenseitig erkennbaren Parteiinteresses zu beurteilen.¹⁰³⁹

Richtigerweise sollte jedoch für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens nicht so sehr auf eine unterstellte vernünftige Abwägung abgestellt werden, son-

¹⁰³⁵ BGH NJW-RR 1997, 684, 685; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1216; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 357; *Flume*, BGB-AT II, S. 574 f.; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 2; *Medicus*, BGB-AT, Rn. 510; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 56 Rn. 22.

¹⁰³⁶ Auf diesen Zeitpunkt kommt es an, vgl.: BGH NJW-RR 1989, 998, 1000; NJW 2012, 296, 300; *MüKo-BGB/Busche* § 139 Rn. 31; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 35; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 77; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 56 Rn. 23.

¹⁰³⁷ *Bork*, BGB-AT, Rn. 1217; *Medicus*, BGB-AT, Rn. 507.

¹⁰³⁸ BGH NJW-RR 1989, 998, 1000; NJW 2014, 1101, 1107; NZG 2015, 867, 870 f.; *Erman/Arnold* § 139 BGB Rn. 22; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1218; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 358; *Flume*, BGB-AT II, S. 578 f.; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 56 Rn. 25.

¹⁰³⁹ RGZ 118, 218, 222; BGH NJW-RR 2005, 1290, 1291; BAG NZA 2009, 915, 916; *Erman/Arnold* § 139 BGB Rn. 22; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1218; *Brox/Walker*, BGB-AT, Rn. 358; ausführlich *Flume*, BGB-AT II, S. 579 ff., der allerdings noch weitergehend insgesamt eine objektive Wertung in den Vordergrund stellen will; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 34, der den vernünftigen Parteiwillen aber nur dann zugrunde legen will, wenn sich ein an subjektiven Interessen orientierter Parteiwille nicht ermitteln lässt; *Wolf/Neuner*, BGB-AT, § 56 Rn. 25; fragwürdig BGH NZG 2015, 867, 870 f., der den mutmaßlichen Parteiwillen durch Auslegung des Beschlusses ermitteln will; ebenso: *MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer* § 241 Rn. 91. Lässt sich die gewollte Rechtsfolge aber durch Auslegung des Beschlusses ermitteln, findet § 139 BGB richtigerweise gar keine Anwendung, siehe Text zu Fn. 1035–1037.

dern der Richter sollte ermitteln, was die jeweiligen Parteien auch unter Einbeziehung ihrer möglicherweise irrationalen Motive bei Abschluss des Rechtsgeschäfts gewollt hätten.¹⁰⁴⁰ Denn anders als bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts kommt es für die Ermittlung des hypothetischen Willens nicht auf den Standpunkt eines objektiven Dritten in der Position des Empfängers der Erklärung der anderen am Rechtsgeschäft beteiligten Personen an, sondern es sind – bis zur Grenze von Treu und Glauben – auch einseitige Motive zu berücksichtigen, unabhängig von ihrer objektiven Vernünftigkeit im konkreten Fall.¹⁰⁴¹

Wer sich darauf beruft, dass die Teilwirksamkeit dem hypothetischen Parteiinteresse zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts entspricht, muss dies grundsätzlich beweisen.¹⁰⁴² Wer hingegen behauptet, er hätte sich nicht am objektiv Vernünftigen orientiert, muss dies nicht im Sinne einer Beweislastregel beweisen, sondern beim Richter nur begründete Zweifel an der Orientierung am objektiv Vernünftigen wecken.¹⁰⁴³

Die Zugrundelegung des hypothetischen Willens zur Ermittlung der aus der Teilnichtigkeit eines Beschlusses folgenden Gesamtnichtigkeit bereitet im Beschlussfalle erneut Probleme, welche die Anwendbarkeit der Vorschrift insgesamt in Frage stellen. Erstens ist der hypothetische Wille eines mehrköpfigen Organs nur schwer zu bestimmen.¹⁰⁴⁴ Es müssten zur Ermittlung des Willens der

¹⁰⁴⁰ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 57 f.; vgl. ferner: *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 34; *Medicus*, BGB-AT, Rn. 508.

¹⁰⁴¹ Vgl.: *Erman/Arnold* § 139 BGB Rn. 22, der zwar das „vernünftigerweise“ in seine Definition aufnimmt, trotzdem einem objektiv unvernünftigen hypothetischen Parteiwillen den Vorrang einräumt; *Flume*, BGB-AT II, S. 580, ähnlich wie *Arnold* a. a. O., also grundsätzlich der h. M. folgend (S. 579), trotzdem auch unvernünftige Beweggründe in die Ermittlung des Parteiwillens mit einbeziehend; *Soergel/Hefermehl* § 139 BGB Rn. 34; *Medicus*, BGB-AT, Rn. 508; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 75; *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 60 ff.

¹⁰⁴² BGHZ 54, 71, 72; BGH NJW-RR 1997, 684, 685, wobei es hier gerade um den Fall ging, dass die Beweislast durch eine salvatorische Klausel umgekehrt wurde; 2005, 1290, 1291; *Erman/Arnold* § 139 BGB Rn. 25; *Staudinger/Roth* § 139 BGB Rn. 79.

¹⁰⁴³ Zutreffend: *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 63 f.

¹⁰⁴⁴ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 67; vgl. ferner RG in: *Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, Bd. 65, S. 385, 386, wonach es sogar tatsächlich unmöglich sei, festzustellen, „was eine mit 2/3 Majorität und mit Zustimmung der Herrschaft beschließende Vereins-Generalversammlung im Jahre 1886 beschlossen haben würde, wenn die Beteiligten gewußt hätten, daß zukünftig

Gesellschafterversammlung zumindest alle an der damaligen Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter angehört und ihnen die Möglichkeit der Darlegung gewährt werden, wie sie sich in Bezug auf den verbleibenden Teilbeschluss verhalten hätten, woraus gerade in Gesellschaften mit großer Gesellschafterzahl erhebliche praktische Probleme resultieren.¹⁰⁴⁵ Zweitens gehört zur Beschlussfassung auch die Möglichkeit der Gesellschafter, über den zu fassenden Beschluss zu diskutieren. Dieses Recht würde beschnitten, wenn ein Gericht darüber entscheidet, wie der hypothetische Mehrheitswille ausgesehen hätte und daraus ein anderer als der ursprüngliche zur Abstimmung gestellte Beschluss resultiert.¹⁰⁴⁶ Drittens wird an dieser Stelle erneut mit dem Normzweck des § 139 BGB argumentiert¹⁰⁴⁷: Das Abstellen auf den hypothetischen Parteiwillen auf der Rechtsfolgenseite finde seinen Grund in der Maßgeblichkeit des Willens der Schöpfer des Rechtsgeschäfts über dessen Einheitlichkeit auf der Tatbestandsseite. Wenn aber auf Tatbestandsseite nicht der Wille der Gesellschafter, sondern das formale Beschlussverfahren entscheidend sei, könne auch in der Rechtsfolge nicht auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt werden. Dass dieses Verständnis mit Blick auf die Gesetzesmaterialien zwar naheliegt, aber nicht zwingend ist, wurde bereits dargelegt.¹⁰⁴⁸

bb) Vermutung der Gesamtnichtigkeit

Führt die Ermittlung der subjektiven Interessen zu keinem eindeutigen Ergebnis, greift die Zweifelsregelung und das Rechtsgeschäft ist insgesamt nichtig.¹⁰⁴⁹ Bei

an die Stelle der Anrechnung der Unfallrente nur die Möglichkeit der Überweisung der halben Rente treten werde.“

¹⁰⁴⁵ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 67 f.

¹⁰⁴⁶ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 68; hingegen ausdrücklich auf die Ermittlung des Willens der Mehrheit abstellend: RGZ 118, 218, 222.

¹⁰⁴⁷ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 42, 72.

¹⁰⁴⁸ Siehe § 3 2. Teil B) II. 1. a) Einheitlichkeit.

¹⁰⁴⁹ Vgl. *Flume*, BGB-AT II, S. 581, welcher ausführt: „Die Besonderheit der Wertung bei der Anwendung des § 139 BGB besteht darin, daß sie nicht zu einer Entscheidung führen muß. Im Falle eines ‚non liquet‘ ist kraft Bestimmung des Gesetzes das Gesamtgeschäft nichtig.“; i. E. gleich *Staudinger/Roth* § 139 BGB, der aber der von *Flume* a. a. O. gewählten Bezeichnung „non liquet“ widerspricht.

der Übertragung auf Gesellschafterbeschlüsse müsste diese Wertung ebenfalls zum Zuge kommen.¹⁰⁵⁰

c) **Abschließende Stellungnahme zur Anwendbarkeit des § 139 BGB**

Stellt man, wie es die Gesetzesbegründung nahe legt, mit der h. M. für die Ermittlung der Einheitlichkeit eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich auf den Parteiwillen ab,¹⁰⁵¹ im Falle des Beschlusses aber auf den formalen Aspekt der einheitlichen Beschlussfassung,¹⁰⁵² scheint die Anwendung des § 139 BGB inkonsequent, da das Abstellen auf den hypothetischen Gesellschafterwillen auf der Rechtsfolgenseite dann nicht mehr als Spiegelbild der Maßgeblichkeit des Einheitlichkeitswillens auf der Tatbestandsseite fungieren kann.¹⁰⁵³ Diese Verknüpfung des Einheitlichkeitswillens mit dem hypothetischen Parteiwillen geht andererseits aber auch nicht zwingend aus den Gesetzesmaterialien hervor, sondern liegt nur nahe.¹⁰⁵⁴

Noch bedenklicher wird die Anwendung des § 139 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse mit Blick auf die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens. Abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, darf das Recht der Gesellschafter, über Beschlussanträge auf der Gesellschafterversammlung zu diskutieren, nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein Gericht feststellt, dass die Mehrheit der Gesellschafter einem isolierten Teilbeschluss ebenfalls zugestimmt hätte.¹⁰⁵⁵ Diese Bedenken lassen sich nur aus der Welt räumen, wenn vom Gericht festgestellt wird, dass zumindest alle an der ursprünglichen Abstimmung beteiligten Gesellschafter dem Teilbeschluss einstimmig zugestimmt hätten. Zu einem Gerichtsverfahren kann es in so einem Fall kommen, wenn die Nichtigkeit des gesamten

¹⁰⁵⁰ Vgl. MHLs/Römermann Anh. § 47 GmbHG Rn. 222; ausführlich und mit überzeugender Widerlegung kritischer Stimmen Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 75 ff.; MüKo-GmbHG/Wertenbruch Anh. § 47 Rn. 114; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack Anh. § 47 GmbHG Rn. 78; a. A. z. B. Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 184, bei dem es heißt: „Wegen der Verschiedenartigkeit der Beschlußgegenstände kann eine allgemeine Vermutung [...] im Sinne des § 139 BGB [...] nicht aufgestellt werden.“

¹⁰⁵¹ Nachweise zur h. M. siehe in Fn. 999. Zur Gesetzesbegründung siehe Text ab Fn. 1009.

¹⁰⁵² Nachweise siehe in Fn. 1005.

¹⁰⁵³ Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 42, 72.

¹⁰⁵⁴ Siehe Text ab Fn. 1009.

¹⁰⁵⁵ Siehe Fn. 1046.

Beschlusses nicht von einem damals anwesenden Gesellschafter, sondern von einem damals abwesenden Gesellschafter oder einem Dritten geltend gemacht wird.¹⁰⁵⁶ Zulässig wäre in einer Parallele zur Beachtlichkeit von Verstößen gegen das Beschlussverfahren ferner die gerichtliche Feststellung, dass zwar nicht alle Gesellschafter zugestimmt hätten, selbst eine Diskussion im Rahmen der Gesellschafterversammlung das Beschlussergebnis aber nachweislich nicht beeinträchtigt hätte.¹⁰⁵⁷

Unter dieser Prämisse könnte § 139 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse nur Anwendung finden, wenn ein hypothetischer Aufrechterhaltungswille aller an der ursprünglichen Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter zum Zeitpunkt der Beschlussfassung festgestellt werden kann oder eine Diskussion jedenfalls die Mehrheitsverhältnisse nachweislich nicht beeinträchtigt hätte. Bei der Ermittlung des Willens der Gesellschafter kann nicht ohne weiteres auf einen nach Ansicht des Richters verständigen, rationalen Gesellschafter abgestellt werden.¹⁰⁵⁸ Auch kann die Feststellung des hypothetischen Willens nicht insgesamt dadurch ersetzt werden, dass auf das objektive Wohl der Gesellschaft oder ähnliches abgestellt wird, da dadurch der Sinn und Zweck des § 139 BGB, wie er den Motiven zum BGB zu entnehmen ist,¹⁰⁵⁹ unterlaufen würde.¹⁰⁶⁰ Stattdessen müssen auch objektiv unvernünftige Beweggründe aller an der ursprünglichen Beschlussfassung beteiligten Gesellschafter bis zur Grenze von Treu und Glauben unter Beachtung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht berücksichtigt werden. Zudem muss es den Gesellschaftern zumindest möglich sein, im Prozess darauf hinzuweisen, dass sie ggf. anders entschieden hätten. Dies zugrunde legend wird die Ermittlung des hypothetischen Willens und damit die Anwendung

¹⁰⁵⁶ Vgl. für die GmbH nur UHL/Hüffer/Schürnbrand Anh. § 47 GmbHG Rn. 91, wonach sich auf die Nichtigkeit eines Beschlusses jedermann berufen kann; für die AG nur § 249 AktG, wonach auch der Vorstand oder Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats Nichtigkeitsklage erheben können.

¹⁰⁵⁷ Vgl. Text zu und Nachweise in Fn. 968.

¹⁰⁵⁸ Siehe Text zu und Nachweise in Fn. 1040 f.

¹⁰⁵⁹ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 475: „Die Bedeutung, die der Verbindung von mehreren zusammenhängenden Willenserklärungen zukommt, kann lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen werden; [...]“.

¹⁰⁶⁰ Vgl. *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 64 ff., mit ausführlicher und zutreffender Darstellung und Widerlegung der entgegenstehenden Ansichten in Rechtsprechung und Literatur.

des § 139 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse in Gesellschaften mit hoher Gesellschafterzahl die Grenzen des praktisch Möglichen oder zumindest des (prozess-)ökonomisch Sinnvollen sprengen. In kleineren Gesellschaften mag die Ermittlung des hypothetischen Willens gelingen, dort wird es wegen des grundsätzlichen Einstimmigkeitserfordernisses bei der hypothetischen Willensermittlung aber ebenfalls nur selten zu einer Aufrechterhaltung des Beschlusses nach § 139 BGB kommen können. Die Anwendung des § 139 BGB könnte deswegen mit gutem Grund generell verneint werden und stattdessen ein eigenständiges, von § 139 BGB losgelöstes Konzept zur Behandlung teilfehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse entwickelt werden.¹⁰⁶¹ Zum Vergleich unterliegen auch teilfehlerhafte Gesellschaftsverträge nach verbreiteter Auffassung nicht § 139 BGB,¹⁰⁶² sondern unterfallen alternativen Regelungskonzepten¹⁰⁶³.

Die Entwicklung eines eigenen Ansatzes oder auch nur die kritische Auseinandersetzung mit bestehenden Alternativkonzepten würde an dieser Stelle zu weit von der eigentlichen Frage der Anwendbarkeit des § 139 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse wegführen. Diese Frage ist wie folgt zu beantworten: § 139 BGB kann unter Beachtung der aufgezeigten Besonderheiten auf Gesellschafterbeschlüsse angewendet werden. Da diese Besonderheiten aber immense praktische Hürden darstellen und nur schwerlich zugleich dogmatisch saubere und praktisch nützliche Ergebnisse liefern werden, sollte besser auf ein von § 139 BGB unabhängiges Konzept zur Behandlung teilfehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse zurückgegriffen werden.

2. Umdeutung (§ 140 BGB)

Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 140 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der nach der Anwendbarkeit des

¹⁰⁶¹ Die Anwendbarkeit des § 139 BGB generell verneinend (zusammenfassend auf S. 91 ff.) und ein alternatives Regelungskonzept entwickelnd (S. 113 ff.): *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse. Dieser will die Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse stattdessen aus dem „Organisationscharakter des Beschlusses“ herleiten.

¹⁰⁶² KK-AktG/*Arnold* § 23 Rn. 159, der vor der Eintragung bei Einzelmängeln § 139 BGB nur für essentialia negotii anwenden will; *ders.*, a. a. O., Rn. 163, für die Nichtanwendbarkeit des § 139 BGB nach der Eintragung; Staub/*Schäfer* § 105 HGB Rn. 183; MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 53; UHL/*Ulmer/Löbbe* § 2 GmbHG Rn. 139.

¹⁰⁶³ Siehe z. B.: KK-AktG/*Arnold* § 23 Rn. 163; MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 174 ff.; Staub/*Schäfer* § 105 HGB Rn. 183 ff.; UHL/*Ulmer/Löbbe* § 2 GmbHG Rn. 139.

§ 139 BGB¹⁰⁶⁴ und wird dementsprechend – soweit überhaupt auf die Umdeutung eingegangen wird – bislang gleichermaßen bejaht¹⁰⁶⁵. Richtigerweise ergeben sich allerdings die gleichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung eines hypothetischen Verbandswillens wie im Rahmen des § 139 BGB.¹⁰⁶⁶ Eine Umdeutung kann deswegen wie dort nur dann zugelassen werden, wenn Einstimmigkeit bezüglich des hypothetischen Umdeutungswillens unter den Gesellschaftern feststellbar ist. Erneut sind damit erhebliche praktische Probleme insbesondere für Gesellschaften mit vielen Gesellschaftern verbunden, sodass die Entwicklung eines eigenständigen, von § 140 BGB unabhängigen Regelungskonzepts wünschenswert wäre.

3. Bestätigung (§ 141 BGB)

§ 141 I BGB findet auf Gesellschafterbeschlüsse ohne weiteres Anwendung.¹⁰⁶⁷ Die Bestätigung gilt als Neuvornahme, sie stellt deswegen allenfalls eine Verfahrenserleichterung in der Form dar, dass der Beschlussantrag nicht den gesamten Inhalt des nichtigen Beschlusses (ggf. in abgewandelter Form) erneut enthalten muss, sondern es ausreicht, wenn der Bestätigungsbeschluss sich auf den

¹⁰⁶⁴ Vgl. *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 93 f.; *Schnorr* bezüglich der Verwandtheit der Fragestellung beipflichtend: *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 24, der aus diesem Grunde seine Ansicht bezüglich der Anwendbarkeit des § 140 BGB (allerdings entgegen *Schnorr* hin zur Anwendbarkeit auch des § 140 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse) nach der 8. Auflage geändert hat (siehe *Schmidt* a. a. O. Fn. 5).

¹⁰⁶⁵ *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 44; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 24.

¹⁰⁶⁶ *Schnorr*, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, S. 94.

¹⁰⁶⁷ *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 55; *MüKo-HGB/Enzinger* § 119 Rn. 103; *Hopt/Wiedemann/Grundmann* § 133 AktG Rn. 44; *Soergel/Hadding* § 32 BGB Rn. 37a; *MüKo-AktG/Hüffer/Schäfer* § 241 Rn. 93; *Oetker/Lieder* § 119 HGB Rn. 70; *MüKo-BGB/Schäfer* § 709 Rn. 110; *Staub/Schäfer* § 119 HGB Rn. 89; *Schmidt/Lutter/Spindler* § 133 AktG Rn. 2; *KK-AktG/Tröger* § 133 Rn. 43; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 67; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 6; a. A. wohl *UHL/Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 89.

nichtigen Beschluss bezieht und z. B. nur die Änderungen besonders hervorgehoben werden.¹⁰⁶⁸ Der Bestätigungsbeschluss unterliegt seinerseits den Regelungen über Beschlussmängel,¹⁰⁶⁹ er kann also entweder durch seinen Bezug zum ursprünglichen Beschluss nichtig sein, wenn der Wirksamkeitsmangel nicht behoben wurde, oder er kann eigenständige Fehler aufweisen. Die Regelung des § 141 II BGB findet hingegen auf Gesellschafterbeschlüsse keine Anwendung, zumal dem Beschluss kein Vertragscharakter zukommt.¹⁰⁷⁰

C) Auslegung von Beschlüssen (§§ 133, 157 BGB)

Die §§ 133, 157 BGB finden mangels Willenserklärungs- bzw. Vertragscharakters des Beschlusses keine unmittelbare Anwendung, sie können aber zur Auslegung von Beschlüssen entsprechend herangezogen werden,¹⁰⁷¹ da eine ausdrückliche Regelung zur Beschlussauslegung fehlt und es – wie beim Vertrag und Willenserklärungen – darum geht, den rechtsgültigen Inhalt eines Willensstatbestands zu ermitteln¹⁰⁷². Es besteht in Abweichung von allgemeinen Auslegungsgrundsätzen jedoch Einigkeit darüber, dass es für die Auslegung von Beschlüssen weniger auf die subjektiven Vorstellungen der Gesellschafter oder den objektiven Empfängerhorizont ankommt, sondern stattdessen ein objektiver

¹⁰⁶⁸ Vgl. BGH DB 1968, 479; *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 55; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 68. Ferner aus der allgemeinen Literatur zur Bestätigung: *Medicus*, BGB-AT, Rn. 532.

¹⁰⁶⁹ *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 55; MüKo-AktG/*Hüffer/Schäfer* § 241 Rn. 93; *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 68. Vgl. auch aus der allgemeinen Literatur zur Bestätigung: *Medicus*, BGB-AT, Rn. 532.

¹⁰⁷⁰ MüKo-AktG/*Hüffer/Schäfer* § 241 Rn. 93; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 4; vgl. ferner KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 43, der für die AG überzeugend darauf abstellt, dass der Gesetzgeber die Rückbeziehung in § 244 AktG auf anfechtbare Beschlüsse begrenzt habe. A. A. noch *Vormbaum*, Beschluß und das Abstimmen, S. 69, der in Einzelfällen eine analoge Anwendung des § 141 II BGB erwägt.

¹⁰⁷¹ *Busche* in: Festschrift *Säcker*, S. 53 f., 57; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 10a; vgl. ferner BGH WM 1976, 204, nach welchem für den Beschluss die allgemeinen Auslegungsregeln gelten; ebenso: OLG München WM 1984, 260, 262; *Soergel/Hadding* § 709 BGB Rn. 24; *Roth/Altmeppen/Roth* § 47 GmbHG Rn. 19; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 24. Explizit für eine direkte Anwendung der §§ 133, 157 BGB: *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, S. 17.

¹⁰⁷² *Busche* in: Festschrift *Säcker*, S. 53 f.

Maßstab anzulegen ist.¹⁰⁷³ Damit soll keine streng am Wortsinn haftende Auslegung gemeint sein,¹⁰⁷⁴ vielmehr können zur Ermittlung des durch den Beschluss zum Ausdruck gebrachten Willens durchaus außerhalb des Beschlusses selbst liegende Umstände berücksichtigt werden, solange sie nur für alle potenziell mit dem Beschluss in Berührung kommenden Personen erkennbar sind¹⁰⁷⁵. Damit bestehen für die Beschlussauslegung Parallelen zur Satzungslegung in Körperschaften¹⁰⁷⁶ und zur Auslegung von AGB¹⁰⁷⁷. Da bei der Beschlussauslegung die subjektiven Vorstellungen der Gesellschafter sowie des Empfangsvertreters der Gesellschaft in den Hintergrund treten, gilt insbesondere der Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet*.¹⁰⁷⁸

Diese Auslegungsregeln überzeugen jedenfalls für die Fälle, in denen der Beschluss formell festgestellt, eingetragen, beurkundet oder zumindest protokolliert wird. Denn mit Wirksamwerden des Beschlusses wird er zum Willensstatbestand der Gesellschaft und bindet alle Gesellschafter, Gesellschaftsorgane und

¹⁰⁷³ RGZ 108, 322, 326; 146, 145, 154; BGHZ 139, 288, 292 f.; OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 913; MünchHdb. GesR IV/*Austmann* § 40 Rn. 2; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 55; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 10a; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 50; Hölters/*Hirschmann* § 133 AktG Rn. 3; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 133 AktG Rn. 5; Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 19; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 4; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 133 AktG Rn. 2; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 53.

¹⁰⁷⁴ OLG Köln, BB 1982, 579; OLG München WM 1984, 260, 262; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 56; Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 17; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 53. Anders noch: RGZ 108, 322, 326; 146, 145, 154.

¹⁰⁷⁵ BGHZ 139, 288, 292; OLG München WM 1984, 260, 262; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 56, mit dem Beispiel, dass sich Begleitumstände aus Versammlungsniederschriften ergeben; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 50; Hölters/*Hirschmann* § 133 AktG Rn. 3, mit dem Beispiel der Einbeziehung eines schriftlichen Vorstandsberichts; Hüffer/Koch/*Koch* § 133 AktG Rn. 4; Spindler/Stilz/*Rieckers* § 133 AktG Rn. 5; MüKo-AktG/*Schröer* § 133 Rn. 4; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 54; sogar ohne das Erfordernis der Erkennbarkeit für Dritte: BGH WM 1976, 204, 206.

¹⁰⁷⁶ Roth/Altmeppen/*Roth* § 47 GmbHG Rn. 19; Schmidt/Lutter/*Spindler* § 133 AktG Rn. 53; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 53; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 55. Siehe zur Auslegung von Satzungen in Körperschaften nur: Scholz/*Emmerich* § 2 GmbHG Rn. 33 ff. zur GmbH und MüKo-AktG/*Pentz* § 23 Rn. 49 ff. zur AG.

¹⁰⁷⁷ Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 50; vgl. ferner Spindler/Stilz/*Rieckers* § 133 AktG Rn. 5; ausdrücklich ablehnend aber: KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 53.

¹⁰⁷⁸ KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 54.

Gesellschaftsorganwalter.¹⁰⁷⁹ Aus diesem wesentlichen Unterschied zum Vertrag, der immer nur die jeweiligen Vertragsparteien bindet,¹⁰⁸⁰ ergibt sich eine Rechtfertigung für die stärker objektive Auslegung von Beschlüssen.¹⁰⁸¹ Soweit Beschlüssen eine anhaltende Wirkung zukommt, insbesondere bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags, ergibt sich eine weitere Rechtfertigung aus dem schutzwürdigen Interesse von der Gesellschaft potenziell beitretenden Dritten.¹⁰⁸² Für Fragen der verbandsinternen Verantwortlichkeit dürfen sich Organe, Organwalter oder Gesellschafter jedoch trotzdem nicht ausschließlich nach dem nach objektiver Auslegung ermittelten Beschlussinhalt richten, wenn sie wissen, dass dieser von den Gesellschaftern nicht gewollt war. Wegen des objektiven Charakters der Beschlussauslegung ist das Ergebnis der Auslegung revisibel.¹⁰⁸³

Sofern das Beschlussergebnis nicht objektiv nachvollziehbar festgehalten wird, bleibt richtigerweise jedoch Raum für die Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen und einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont,¹⁰⁸⁴ wobei es mangels Empfängern des Beschlusses auf den Verständnishorizont ihrer Schöpfer ankommen muss. Bei den an der Beschlussfassung nicht Beteiligten oder später erst der Gesellschaft beitretenden Gesellschaftern, sowie bei Gesellschaftsorganwaltern oder sonstigen Dritten, kann in diesen Fällen ohnehin kein gesteigertes Vertrauen bezüglich des Inhalts der gefassten Beschlüsse entstehen, so dass kein Grund für die Nichteinbeziehung der subjektiven Vorstellungen der an der Beschlussfassung Beteiligten besteht.

Eine ergänzende Beschlussauslegung ist möglich,¹⁰⁸⁵ darf sich aber wegen der üblicherweise nicht zu berücksichtigenden individuellen Vorstellungen der an

¹⁰⁷⁹ Siehe Nachweise in Fn. 19.

¹⁰⁸⁰ Siehe nur MüKo-BGB/*Ernst* Einleitung (vor §§ 241 ff.) Rn. 18 ff.

¹⁰⁸¹ Vgl. *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 55: „Der Beschluss hat eine eigene kollektive Prägung, die ihn von der individuellen Willensbekundung der Stimmberechtigten abhebt.“

¹⁰⁸² Vgl. BGHZ 139, 288, 291 f.

¹⁰⁸³ BGHZ 139, 288, 291 ff.; *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 57; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 54 m. w. N.

¹⁰⁸⁴ Vgl. MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 10a.

¹⁰⁸⁵ *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 56; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 10a; Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 24.

der Beschlussfassung Beteiligten gerade nicht an diesen Vorstellungen orientieren,¹⁰⁸⁶ sondern nur an den bereits zur normalen Auslegung zulässigerweise hinzuzuziehenden Auslegungsbezugspunkten,¹⁰⁸⁷ sodass die praktische Umsetzung ergänzender Beschlussauslegung nur selten weiterführen dürfte¹⁰⁸⁸. Die Gesellschafter können jedoch einen Beschluss fassen, der klarstellt, wie ein zuvor gefasster Beschluss auszulegen sei.¹⁰⁸⁹

Soweit eine Beschlussfeststellung konstitutive Wirkung entfaltet, stellt sie in Verbindung mit dem Beschlussantrag die primäre Interpretationsgrundlage für die Beschlussauslegung dar.¹⁰⁹⁰ Fehlt eine Beschlussfeststellung oder wirkt sie nicht konstitutiv, kann nur auf den Beschlussantrag in Verbindung mit dem Auszählungsergebnis der Abstimmung abgestellt werden,¹⁰⁹¹ eventuelle Beurkundungen oder Protokollierungen können zusätzliche Hilfsmittel darstellen.

Solange sich der Beschlussinhalt durch Auslegung bestimmen lässt, liegt auch ein Beschluss vor. Es gilt kein allgemeiner Bestimmtheitsgrundsatz in dem Sinne, dass unklare Beschlüsse immer Nicht- bzw. Scheinbeschlüsse¹⁰⁹² darstellen.¹⁰⁹³ Sollte die Auslegung jedoch zu keinem sinnvollen Ergebnis führen, dann liegt überhaupt kein Beschluss vor.¹⁰⁹⁴

D) Vertrag (§§ 154, 155 BGB analog)

Sobald eine Abstimmung über einen Abstimmungsantrag stattfindet, kommt nach dem formalen Beschlussbegriff¹⁰⁹⁵ grundsätzlich ein Beschluss zustande.

¹⁰⁸⁶ So aber: MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 10a; Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 24.

¹⁰⁸⁷ *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 56.

¹⁰⁸⁸ *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 56.

¹⁰⁸⁹ MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 10a.

¹⁰⁹⁰ Vgl. *Busche* in: Festschrift Säcker, S. 56; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 53, wonach sich der Beschlussinhalt aus dem Abstimmungsergebnis und dem Beschlussantrag ergebe; *Zöllner* in: Festschrift Lutter, S. 823, wonach sich der Beschlussinhalt notwendig immer nur aus dem Beschlussergebnis in Kombination mit dem Beschlussantrag ergebe.

¹⁰⁹¹ Vgl. Formulierungen von *Tröger* und *Zöllner* in Fn. 1090.

¹⁰⁹² Zur Kategorie der Nicht- bzw. Scheinbeschlüsse siehe nur: Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 50.

¹⁰⁹³ Bis hierhin: Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 24.

¹⁰⁹⁴ Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 24; vgl. ferner *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 327.

¹⁰⁹⁵ Siehe Text zu und Nachweise in Fn. 1005–1007.

Soweit sich die Gesellschafter hingegen bewusst nicht über alle Punkte eines Antrags geeinigt haben und der Ansicht sind, es müsse vor der Verabschiedung eines positiven Beschlusses noch über ungeklärte Punkte eine Einigung erzielt werden, werden die Gesellschafter entweder über den Antrag nicht abstimmen oder ihn negativ bescheiden. Der wesentliche Unterschied zum Vertrag besteht darin, dass auch ein abgelehnter Beschlussantrag zu einem (negativen) Beschluss führt und als Abstimmungserklärung nur die positive oder negative Stellungnahme zum Beschlussantrag bzw. die Enthaltung in Betracht kommt. Die Handlungsmöglichkeiten bei der Beschlussfassung sind somit begrenzter und die Formalität ist ausgeprägter als beim Vertragsabschluss. Für eine Analogie zu § 154 I BGB besteht deswegen weder Bedarf noch Raum.

Ähnlich gestaltet sich die Situation mit Blick auf § 154 II BGB: Wenn eine Abstimmung über einen Antrag erfolgt, entsteht regelmäßig ein Beschluss. Die Frage der Einhaltung der satzungsmäßig vorgesehenen Form¹⁰⁹⁶ sollte dann nur noch eine Frage der Wirksamkeit sein, wegen des formalen Beschlussbegriffes aber keine Frage der Entstehungsvoraussetzungen¹⁰⁹⁷. Sieht man das anders,¹⁰⁹⁸ müsste sich die Beurteilung aber am gleichen Maßstab orientieren wie im Falle des § 125 S. 2 BGB¹⁰⁹⁹, d.h. vereinbarte Formerfordernisse wirken für den Beschluss auch im Rahmen des § 154 II BGB nur als strenge Entstehungsvoraussetzung, wenn sich dies aus der Auslegung des vereinbarten Formerfordernisses ergibt. Problematisch wäre in diesen Fällen trotzdem noch der Konflikt mit den §§ 241 ff. AktG, die strenggenommen die Anwendung des § 154 II BGB nicht sperren würden, da es sich bei § 154 II BGB nicht um einen Nichtigkeitsgrund sondern um einen vorgelagerten Mangel bei der Entstehung handelt.¹¹⁰⁰ Auch aus diesem Grund ist die Anwendbarkeit des § 154 II BGB auf Beschlüsse abzulehnen.

¹⁰⁹⁶ Der Begriff der Beurkundung im Rahmen des § 154 II BGB ist weit zu verstehen, erfasst sind alle Arten von vereinbarten Formerfordernissen, siehe nur: MüKo-BGB/*Busche* § 154 Rn. 12.

¹⁰⁹⁷ Zum Verhältnis von § 125 S. 2 BGB (Nichtigkeitsvorschrift) und § 154 II BGB (vorgelagerte Frage der Entstehung eines Vertrags) vgl.: Erman/*Armbrüster* § 154 BGB Rn. 10; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1086.

¹⁰⁹⁸ Vgl. OLG Stuttgart DB 1983, 1480 f.; Erman/*Armbrüster* § 154 BGB Rn. 13; MüKo-BGB/*Busche* § 154 Rn. 16.

¹⁰⁹⁹ Siehe dazu § 3 2. Teil B) I. 1. Formerfordernisse (§ 125 BGB).

¹¹⁰⁰ Vgl. zur nicht abschließend geklärten Unterscheidung von Tatbestandsmerkmalen und Wirksamkeitsvoraussetzung: *Bork/Schäfer/Casper* § 47 GmbHG Rn. 4.

Auch für eine Anwendung des § 155 BGB bleibt wegen der stärker objektiven Auslegung von Beschlüssen regelmäßig kein Raum. Die Beschlussauslegung muss zu einem Ergebnis dahingehend führen, was für ein Beschluss gefasst wurde, andernfalls ein Nichtbeschluss vorliegt. Führt aber die Auslegung zu einem bestimmten Beschlussergebnis, kommt es auf das Verständnis der Parteien nicht mehr an, sodass ein versteckter Einigungsmangel für die Beschlusswirksamkeit keine Rolle spielt. Eine Anwendung kommt gegebenenfalls dort in Betracht, wo im Rahmen der Auslegung Raum für die Beachtung subjektiver Vorstellungen bleibt, also wenn der Beschluss ohnehin nicht nachvollziehbar festgehalten wird. Umfasst in solchen Fällen ein Beschlussantrag versehentlich nicht alle Punkte, über die laut vorheriger Diskussion auf der Gesellschafterversammlung Beschluss zu fassen war, kann der Rechtsgedanke des § 155 BGB dahingehend fruchtbar gemacht werden, dass der gefasste Beschluss nur gilt, sofern er auch ohne diesen Teil gefasst worden wäre. Freilich stellen sich bei der Ermittlung des hypothetischen Willens die gleichen Probleme wie im Rahmen der §§ 139, 140 BGB¹¹⁰¹ und die Ermittlung des hypothetischen Willens muss den dort aufgestellten Anforderungen genügen.

E) Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB)

I. Anwendbarkeit der §§ 158, 163 BGB

Für die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 158, 163 BGB auf den Gesellschafterbeschluss spricht dessen Rechtsnatur als Rechtsgeschäft *sui generis* sowie die zu §§ 158, 163 BGB vorhandenen Gesetzesmaterialien, die von der grundsätzlichen Zugänglichkeit von Bedingungen und Befristungen zu jedem Rechtsgeschäft ausgehen.¹¹⁰² Es entspricht deswegen einhelliger Ansicht, dass

¹¹⁰¹ Vgl. MüKo-BGB/*Busche* § 155 Rn. 14, der zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens im Rahmen des § 155 BGB auf die Ausführungen zu § 139 BGB verweist.

¹¹⁰² Vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, S. 490: „Der Beifügung einer Bedingung oder Befristung sind Rechtsgeschäfte nur ausnahmsweise unzugänglich. Es wird deshalb vom Entw. als eine der besonderen Hervorhebung nicht bedürfende Regel angesehen, daß jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt werden kann, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist oder die Natur des Rechtsgeschäftes, wie zB. bei der Mahnung und Kündigung, von selbst entgegensteht.“ Siehe ferner: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 33 ff.

Gesellschafterbeschlüsse grundsätzlich mit einer Bedingung¹¹⁰³ oder Zeitbestimmung¹¹⁰⁴ versehen werden können, solange sie nicht aus bestimmten Gründen bedingungsfeindlich sind¹¹⁰⁵.

II. Bedingungsfeindlichkeit einzelner Beschlüsse

Grundlage für eine Bedingungsfeindlichkeit von Beschlüssen könnten das Prinzip der Verbandsautonomie, die Gestaltungswirkung von Beschlüssen, die Irreversibilität der Rechtswirkungen von Beschlüssen sowie ein potenzieller Konflikt mit Registerrecht darstellen.¹¹⁰⁶ Diese Kategorien werden im Folgenden näher untersucht.

1. Prinzip der Verbandsautonomie

Aus dem Prinzip der Verbandsautonomie¹¹⁰⁷ folgt richtigerweise keine Bedingungsfeindlichkeit, und zwar unabhängig von der Gesellschaftsform und dem Beschlussgegenstand sowie davon, ob der Gesellschafterbeschluss an willensunabhängige Bedingungen oder willensabhängige Bedingungen anknüpft und ob im Falle von willensabhängigen Bedingungen der Bedingungseintritt in der Hand

¹¹⁰³ BGH NJW-RR 2006, 182, 183 f.; 2009, 1264, 1266; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 9; *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 33 ff.; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 44; Soergel/*Hadding* § 709 BGB Rn. 24; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 37; Spindler/*Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 4; Baumbach/*Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 25; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 50; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 6; vgl. ferner Scholz/*Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 53.

¹¹⁰⁴ Spindler/*Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 4; KK-AktG/*Tröger* § 133 Rn. 52, mit vertiefendem Hinweis auf die Möglichkeit der Befristung von Satzungsänderungen.

¹¹⁰⁵ BGH NJW-RR 2009, 1264, 1266, „[...] solange keine schutzwürdigen Interessen der Beteiligten oder Dritter berührt sind [...]“; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 9; *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 34 f.; Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 44; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 37; Baumbach/*Hopt/Roth* § 119 HGB Rn. 25; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 47 GmbHG Rn. 6; vgl. ferner Spindler/*Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 4, der eine Bedingung innerhalb des Beschlussinhalts für unzulässig, die Bedingung des Beschlusses insgesamt aber für zulässig erachtet.

¹¹⁰⁶ Die Kategorien wurden weitestgehend übernommen von *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 37–115, der allerdings zusätzlich noch die hier außen vor gelassene Kategorie der Drittrelevanz prüft (S. 68–76).

¹¹⁰⁷ Die Verbandsautonomie bezeichnet „die Befugnis der Verbände, ihre Struktur und ihre inneren Verhältnisse selbst zu gestalten“, *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 707.

von Mitgesellchaftern oder Dritten liegt.¹¹⁰⁸ Denn ein Beschluss bleibt eine Einzelfallregelung. Im Einzelfall aber dürfen die Gesellschafter ihre Willensbildung dem Einfluss Dritter aussetzen, wenn gerade dies ihrem Willen entspricht.¹¹⁰⁹ Insofern konkurrieren die positive Verbandsautonomie, die es den Gesellschaftern erlaubt, ihre Angelegenheiten nach ihrem Willen zu gestalten und die negative Verbandsautonomie, die den Dritteinfluss auf den Verband begrenzen will.¹¹¹⁰ Die Unzulässigkeit der freiwilligen Unterwerfung unter den Willen Dritter wird erst dort durch die negative Verbandsautonomie begrenzt, wo dieser Zustand ein dauerhafter und nicht umkehrbarer zu werden droht, also z. B. bei satzungsmäßig vorgesehenen Zustimmungsvorbehalten zu Gunsten Dritter oder den bereits an anderer Stelle behandelten¹¹¹¹ unwiderruflichen verdrängenden Stimmrechtsvollmachten.¹¹¹²

2. Gestaltungswirkung

Soweit Gesellschafterbeschlüssen Gestaltungswirkung zukommt, könnte dies einer Bedingung entgegenstehen. Denn die Ausübung von Gestaltungsrechten kann anerkanntermaßen gleichfalls nicht mit einer Bedingung verknüpft werden.¹¹¹³ Gestaltungsrechte zeichnen sich in besonderer Weise dadurch aus, dass durch ihre Ausübung in den Rechtskreis eines Dritten ohne dessen Willen eingegriffen wird.¹¹¹⁴ Nur wenn eine vergleichbare Situation beim Beschluss vorliegt und der Eingriff durch die Verknüpfung mit einer Bedingung zugleich zu einer

¹¹⁰⁸ Überzeugend und ausführlich, allerdings nur auf die GmbH bezogen: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 37–54. Die terminologische Unterscheidung zwischen willensabhängigen und willensunabhängigen Bedingungen wurde ebenfalls übernommen von: *Göppel*, a. a. O., S. 38 f.

¹¹⁰⁹ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 48 f., 51–54; vgl. ferner MünchHdb. GesR III/Wolff § 37 Rn. 73.

¹¹¹⁰ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 44–47.

¹¹¹¹ Siehe § 2 2. Teil G) I. Zulässigkeit der Vollmachtserteilung.

¹¹¹² *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 47–50.

¹¹¹³ Dieser Gedanke findet schon in § 388 S. 2 BGB Ausdruck, siehe für die sonstigen Gestaltungsrechte: BGHZ 97, 264, 266 f.; *Bork*, BGB-AT, Rn. 1258; *Flume*, BGB-AT II, S. 697.

¹¹¹⁴ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 56.

dem Dritten unzumutbaren Rechtsunsicherheit führt, kann von einer Bedingungsfeindlichkeit des Beschlusses wegen seiner Gestaltungswirkung ausgegangen werden.¹¹¹⁵

Die wichtigste und allgemeinste Gestaltungswirkung liegt in der Bindungswirkung gegenüber den Gesellschaftern, Organen und Organwaltern, die von jedem Beschluss ausgeht.¹¹¹⁶ Doch tritt diese nicht gegenüber Dritten ein. Denn der Bindung an den Mehrheitswillen unterwerfen sich die Gesellschafter sowie die sonstigen Organwalter freiwillig durch ihren Beitritt zum Verband bzw. durch Eingehung des organschaftlichen Verhältnisses mit dem Verband. Die von der Bindungswirkung Betroffenen stellen somit in Anbetracht der sie treffenden Bindungswirkung keine Dritten im Sinne eines einseitigen Rechtsgeschäfts dar.¹¹¹⁷

Von einer Gestaltungswirkung kann ansonsten nur die Rede sein, wenn von dem Beschluss unmittelbare Rechtswirkungen ausgehen, also jedenfalls immer dann nicht, wenn noch ein Ausführungsgeschäft zur Beschlussumsetzung erforderlich ist.¹¹¹⁸ Denn in diesen Fällen stellt sich die Frage der Bedingungsfeindlichkeit wegen eines der Ausübung eines Gestaltungsrechts gleichstehenden Eingriffs in den Rechtskreis Dritter erst, wenn das Ausführungsgeschäft selbst unter einer Bedingung vorgenommen wird. Anders liegt das nur, wenn der Beschluss zugleich eine echte Wirksamkeitsvoraussetzung für das Ausführungsgeschäft darstellt und dem Betroffenen keine Vertrauensschutznormen zur Seite stehen.¹¹¹⁹

¹¹¹⁵ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 56; vgl. ferner allgemein *Flume*, BGB-AT, S. 697: „Für einseitige Rechtsgeschäfte, durch welche der Geschäftsgegner betroffen wird, ist es [...] anerkannt, daß diese nicht bedingt vorgenommen werden können, wenn dem Geschäftsgegner die Unsicherheit, welche sich aus der Bedingtheit ergibt, nicht zugemutet werden kann.“

¹¹¹⁶ Siehe Fn. 19.

¹¹¹⁷ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 57 f., mit dem weiteren Argument, dass andernfalls jeder Mehrheitsbeschluss als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter qualifiziert werden müsse.

¹¹¹⁸ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 57, der anführt, dass durch einen Beschluss nicht in den Rechtskreis eines außenstehenden Dritten eingegriffen werden könne.

¹¹¹⁹ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 64 f.

Gleichfalls besteht kein Grund für eine Bedingungsfeindlichkeit, wenn die Wirksamkeit des Beschlusses insgesamt von der Zustimmung des Betroffenen abhängig ist oder die Bedingung mit einer Einwilligung erfolgt.¹¹²⁰

Drei weitere Fälle können, selbst wenn vom Beschluss ausnahmsweise eine Gestaltungswirkung ausgehen sollte, von vornherein von einer potenziellen Bedingungsfeindlichkeit ausgenommen werden: Erstens ist ein Eingriff, und damit die Vergleichbarkeit zum einseitigen Rechtsgeschäft, zu verneinen, wenn der Beschlussinhalt für den Betroffenen einen rechtlichen Vorteil begründet, der durch eine Bedingung nur abgeschwächt wird. Der Beschluss insgesamt bleibt in diesen Fällen vorteilhaft und ein Eingriff liegt nicht vor, somit auch keine Bedingungsfeindlichkeit.¹¹²¹ Zweitens liegt für den vom Beschluss Betroffenen keine unzumutbare Rechtsunsicherheit vor, wenn der Eintritt der Bedingung einzig vom Verhalten des Betroffenen selbst abhängt. Drittens fehlt es aus gleichem Grunde an der Bedingungsfeindlichkeit, wenn der Bedingungseintritt aus dem Handelsregister ersichtlich ist.¹¹²²

Es verbleiben deshalb letztlich kaum Fälle,¹¹²³ für die eine Bedingungsfeindlichkeit wegen der Gestaltungswirkung des Beschlusses in Betracht kommt, insbesondere wenn man eine weitgehende Trennung zwischen Gesellschafterbeschluss und Ausführungshandlung annimmt und für praktisch alle Maßnahmen, die auf die Änderung der individuellen Rechtsstellung auch gegenüber Gesellschaftern und Organwaltern gerichtet sind, eine zusätzliche Ausführungshandlung für erforderlich hält. Denn dann beinhaltet z. B. nicht einmal ein Widerrufsbeschluss nach § 38 GmbHG oder ein Einforderungsbeschluss nach § 46 Nr. 2

¹¹²⁰ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 63 f.

¹¹²¹ Vgl. bis hierhin: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 62.

¹¹²² Für die letzten beiden Sätze: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 65 f.

¹¹²³ Siehe Text zu Fn. 388 für Beispiele an Beschlüssen, die unmittelbare Außenwirkung entfalten. Von den dort genannten erfolgen die Beschlüsse über die Einräumung oder Aufhebung von Geschäftsführungsbefugnissen, über die Gewinnausschüttung und über die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels nicht gegenüber Dritten und der Beschluss über die Einräumung eines Zustimmungsvorbehalt begründet einen Vorteil beim Betroffenen, sodass alle dort genannten Beschlüsse nicht wegen einer etwaigen Gestaltungswirkung bedingungsfeindlich sind.

GmbHG eine Gestaltungswirkung¹¹²⁴, da für beide Beschlüsse noch eine Ausführungshandlung erforderlich ist: im Falle des § 38 GmbHG die Abberufungserklärung,¹¹²⁵ im Falle des § 46 Nr. 2 GmbHG die Anforderungserklärung¹¹²⁶. Diese Ausführungshandlungen dürfen dann wegen ihres Gestaltungscharakters grundsätzlich nicht mit Bedingungen versehen werden, d.h. auf die Abberufung oder Anforderung gerichtete und zugleich bedingte Beschlüsse dürfen erst ausgeführt werden, wenn die Betroffenen mit der Bedingung des Ausführungsgeschäfts einverstanden sind oder sobald im Falle der aufschiebenden Bedingung der Bedingungseintritt erfolgte bzw. im Falle der auflösenden Bedingung die Unmöglichkeit des Bedingungseintritts feststeht.

3. Irreversibilität der Rechtswirkungen von Beschlüssen

Beschlüsse können ausnahmsweise dann nicht mit auflösenden Bedingungen versehen werden, wenn die Gesellschafter eine durch einen Beschluss herbeigeführte Rechtsfolge nicht mehr oder nur unter Einhaltung zwingend vorgesehener Verfahrensvorschriften rückgängig machen könnten, wenn durch die auflösende Bedingung also Verfahrens- oder Kompetenzvorschriften umgangen würden.¹¹²⁷ So können z. B. Kapitalerhöhungsbeschlüsse oder Formwechsel nicht auflösend bedingt werden, weil andernfalls die Verfahrensvorschriften zur Kapitalherabsetzung (§§ 58 ff. GmbHG) bzw. zum Formwechsel umgangen würden.¹¹²⁸ Sat-

¹¹²⁴ Für den Beschluss nach § 46 Nr. 2 GmbHG offensichtlich a. A. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 67 f., was auf die von diesem weniger stark vorgenommene Trennung von Beschluss und Ausführungsgeschäft zurückzuführen ist, siehe dazu detaillierter noch Text in Fn. 1146.

¹¹²⁵ BGH WM 1962, 811; UHL/*Paefgen* § 38 GmbHG Rn. 155; Scholz/*Schmidt* § 46 GmbHG Rn. 81; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack* § 38 GmbHG Rn. 43; a. A. Scholz/*U. H. Schneider/S. H. Schneider* § 38 GmbHG Rn. 29; MüKo-GmbHG/*Stephan/Tieves* § 38 Rn. 39 f.

¹¹²⁶ OLG München GmbHR 1985, 56 f.; Rowedder/*Schmidt-Leithoff/Ganzer* § 46 GmbHG Rn. 18; MüKo-GmbHG/*Liebscher* § 46 Rn. 72; MHLs/*Römermann* § 46 GmbHG Rn. 136, zumindest gegenüber abwesenden Gesellschaftern; Scholz/*Schmidt* § 46 GmbHG Rn. 49; Scholz/*Veil* § 19 GmbHG Rn. 14.

¹¹²⁷ Detailliert: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 76–83.

¹¹²⁸ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 81.

zungsänderungen fallen unter diese Kategorie, soweit an sie spezielle Verfahrenserfordernisse geknüpft sind.¹¹²⁹ Ein Beispiel für die Umgehung fehlender Kompetenz liefert eine auflösend bedingte Bestellung eines Abschlussprüfers: durch solch eine Gestaltung würde die Gesellschafterversammlung ihre fehlende Kompetenz zur Abbestellung des Abschlussprüfers (§ 315 I 5, III HGB) umgehen.¹¹³⁰

4. Konflikt mit Registerrecht

Ein Bedingungsvorbehalt für Beschlüsse kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden.¹¹³¹ Da auch unwirksame Beschlüsse nicht ins Handelsregister eingetragen werden dürfen, folgt aus der fehlenden Eintragungsfähigkeit des Bedingungsvorbehalts, dass kein Beschluss eingetragen werden kann, der noch unter aufschiebender Bedingung steht – denn bis zum Bedingungseintritt ist der Beschluss nicht wirksam.¹¹³² Soweit Beschlüsse also eintragungspflichtig sind, müssen die Gesellschafter, wenn sie eine aufschiebende Bedingung wünschen, mit der Einreichung warten, bis die Bedingung eingetreten ist.¹¹³³ Das Registergericht hat den Bedingungseintritt zu prüfen und sich die entsprechenden Nachweise vorlegen zu lassen.¹¹³⁴ Man kann in diesem Fall nicht von einer Bedingungsfeindlichkeit von Beschlüssen wegen Konflikts mit dem Registerrecht sprechen, allerdings können Beschlüsse, bei denen die Eintragung konstitutive Wirkung entfaltet, nicht eingetragen und damit wirksam werden, bis über den Bedingungseintritt oder -ausfall Klarheit herrscht.¹¹³⁵

Auflösend bedingte Beschlüsse sind wegen ihrer anfänglichen Wirksamkeit hingegen selbst dann grundsätzlich eintragungsfähig, wenn der Bedingungseintritt noch ungewiss ist, allerdings erfolgt die Eintragung auch in diesem Fall, ohne

¹¹²⁹ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 80 f.; *Scholz/Schmidt* § 45 GmbHG Rn. 33, welcher nach der Eintragung eines satzungsändernden Beschlusses keinen Aufhebungsbeschluss mehr zulassen will, stattdessen sei eine erneute Satzungsänderung unter Beachtung der §§ 53 f. GmbHG erforderlich.

¹¹³⁰ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 82 f.

¹¹³¹ BGH NJW-RR 2006, 182, 184; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 9; ausführlich *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 83–92; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 37; *Spindler/Stilz/Rieckers* § 133 AktG Rn. 4.

¹¹³² *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 93; *MüKo-GmbHG/Drescher* § 47 Rn. 9; *UHL/Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 37.

¹¹³³ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 103.

¹¹³⁴ Ausführlich: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 93–103.

¹¹³⁵ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 104 f.

dass die auflösende Bedingung aus dem Handelsregister hervorgeht.¹¹³⁶ Dies führt dann zu einem Konflikt mit dem Registerrecht, wenn die Beendigung der Wirksamkeit des eingetragenen Beschlusses nach dem Gesetz grundsätzlich erneut der konstitutiv wirkenden Eintragung bedürfte.¹¹³⁷ Denn im Falle des Eintritts der auflösenden Bedingung würden die Beschlusswirkungen beendet, ohne dass eine erneute Eintragung erforderlich wäre – diese ist ja bereits bei Eintragung des einheitlichen Ursprungsbeschlusses erfolgt.¹¹³⁸ Dieses Ergebnis wäre mit der Publizitätsfunktion des Handelsregisters nicht vereinbar, was zu einer Bedingungsfeindlichkeit von Beschlüssen in diesen Fällen führt.¹¹³⁹ Wirkt die Eintragung hingegen nur deklaratorisch, besteht durch § 15 HGB ausreichender Schutz des Rechtsverkehrs und die Eintragungspflicht steht einer auflösenden Bedingung nicht im Wege.¹¹⁴⁰

5. Ergebnis und Rechtsfolge unwirksamer Bedingung

Eine Bedingungsfeindlichkeit von Beschlüssen kommt nur in seltenen Fällen in Betracht, insbesondere sind auflösende Bedingungen ausgeschlossen, wenn die Gesellschafter die Rechtsfolge nicht mehr oder nur unter Einhaltung spezieller Verfahrensvorschriften rückgängig machen könnten, was jedenfalls immer dann der Fall ist, wenn die Beendigung der Rechtswirkungen eines Beschlusses eine ins Handelsregister einzutragende Tatsache darstellt und die Eintragung konstitutiv wirkt. Wegen der von Beschlüssen ausgehenden Gestaltungswirkung kommt eine Bedingungsfeindlichkeit nur in Betracht, wenn sie einem Gestaltungsrecht vergleichbar in unzumutbarer Weise in den Rechtskreis eines Dritten ohne dessen Willen eingreifen. Da Beschlüsse aber typischerweise nur intern wirken und sie, wenn ihnen Eingriffscharakter zukommt, regelmäßig eines Ausführungsgeschäfts bedürfen, bildet diese Kategorie der Bedingungsfeindlichkeit eine seltene Ausnahme.

Von der Bedingungsfeindlichkeit des Beschlusses zu trennen sind die Fälle, in denen die Bedingung aus anderen Gründen nichtig ist, z. B. wegen Verstoßes

¹¹³⁶ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 107 f.; vgl. ferner BGH NJW-RR 2006, 182, 184.

¹¹³⁷ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 112–115.

¹¹³⁸ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 113.

¹¹³⁹ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 113 f.

¹¹⁴⁰ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 109 f.; MüKo-GmbHG/*Drescher* § 47 Rn. 9; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 37.

gegen ein Verbotsgesetz oder wegen Sittenwidrigkeit.¹¹⁴¹ Insofern gelten für den Beschluss keine Besonderheiten.¹¹⁴² Die isolierte Unwirksamkeit der im Beschluss vorgesehenen Bedingung führt sowohl im Falle der Bedingungsfeindlichkeit als auch bei Nichtigkeit der Bedingung nach §§ 134, 138 BGB zur Anwendung der Grundsätze über teilfehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse.¹¹⁴³

III. Wirkungen der Bedingung oder Befristung

Es bietet sich an, zwischen Entstehung des Beschlusses und dem Eintritt der mit dem Beschluss bezweckten Rechtsfolgen zu unterscheiden. Der aufschiebend bedingte Beschluss entsteht direkt nach der Beschlussfassung, die als Beschlussbestand unter die aufschiebende Bedingung gestellten Rechtsfolgen, die mit dem Beschluss bei Bedingungseintritt erzielt werden sollen, treten erst mit diesem Bedingungseintritt ein. So lässt sich auch dogmatisch sauber begründen, dass die Gesellschafter mit Fassung des bedingten Beschlusses in der Weise an ihn gebunden sind, dass sie sich nicht mehr einseitig von ihm lösen können.¹¹⁴⁴ Die Bindung an den Beschlussgegenstand sowie sonstige etwaig von Beschluss ausgehenden Rechtswirkungen treten dann aber erst mit Bedingungseintritt ein bzw. enden mit Bedingungsausfall.¹¹⁴⁵ Dies geschieht unabhängig davon, ob der Beschluss ausführungsbedürftig ist oder die Bedingung oder auch nur der Beschluss dem vom Beschlussgegenstand Betroffenen mitgeteilt werden muss.¹¹⁴⁶

¹¹⁴¹ *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 33, mit zwei Beispielen: „Unzulässig wäre bspw. die Wahl eines Abschlussprüfers unter der aufschiebenden Bedingung, dass er über bestimmte, seiner Verschwiegenheit unterliegende Tatsachen über Konkurrenzunternehmen Auskunft erteilt. Gleiches würde für die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds gelten, die davon abhängig gemacht würde, dass sich die gewählte Person zu einer wohlwollenden Betrachtung der Vermögenslage der GmbH verpflichtet.“ Vgl. ferner: *Bork*, BGB-AT, Rn. 1260.

¹¹⁴² *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 33.

¹¹⁴³ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 117. Zur Behandlung teilfehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse siehe § 3 2. Teil B) II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).

¹¹⁴⁴ Vgl. *Bork*, BGB-AT, Rn. 1249, wonach nicht der Wille selbst, sondern die Wirkung des Rechtsgeschäfts bedingt sei; ebenso *Flume*, BGB-AT II, S. 689 f.

¹¹⁴⁵ Für den gesamten bisherigen Absatz: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 21 f.

¹¹⁴⁶ A. A. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 21 ff., der teilweise zwischen Beschluss und Ausführungsgeschäft nicht strikt (genug) trennt, vgl. S. 8, wo es heißt: „Einer der Paradefälle ausführungsbedürftiger Beschlüsse ist der Ermächtigungsbeschluss zum Abschluss eines Unternehmensvertrags, der zusätzlich zum Beschluss der Gesell-

Ein Beschluss mit Eingriffswirkung entfaltet dem von seinem Inhalt betroffenen Adressaten gegenüber aber regelmäßig nur dann Rechtswirkungen, wenn ein Ausführungsgeschäft zwischengeschaltet wird. Wo dies nicht der Fall ist, wird häufig die Zustimmung des Betroffenen Wirksamkeitsvoraussetzung sein, etwa beim Entzug satzungsmäßig vorgesehener Sonderrechte¹¹⁴⁷.

Die Wirksamkeit verschiedener Beschlüsse kann durch die Verknüpfung mit einer Bedingung voneinander abhängig gemacht werden, was mit Blick auf die formale Betrachtung bezüglich des Vorliegens eines einheitlichen Beschlusses besonders nützlich sein kann, um mit erlaubtem rechtlichen Mittel ein quasi-einheitliches Rechtsgeschäft zu kreieren.¹¹⁴⁸ Von praktischer Relevanz ist zudem die Möglichkeit der Fassung von Vorratsbeschlüssen,¹¹⁴⁹ durch welche die Notwendigkeit entfallen kann, wegen des Eintretens bestimmter Umstände eine Gesellschafterversammlung erneut einzuberufen, wenn das eventuelle Eintreten dieser Umstände bei einer vorherigen Versammlung bereits erörtert wurde und durch Fassung bedingter Beschlüsse für den Fall des Eintretens oder Nichteintretens bereits Vorkehrungen getroffen wurden.¹¹⁵⁰

IV. Rückbeziehung (§ 159 BGB)

Eine Rückbeziehung im Sinne des § 159 BGB ist möglich und kann – soweit Mehrheitsbeschlüsse überhaupt erfolgen – auch durch eine entsprechende Mehrheit beschlossen werden. Denn anders als bei etwaigen Aufhebungsbeschlüssen entsteht durch einen bedingten Beschluss gar nicht erst der Vertrauenstatbestand, der es

schafter noch des Abschlusses, der Rechtswirksamkeit und der Eintragung in das Handelsregister bedarf.“ Unter Zugrundelegung des hier vertretenen Verständnisses ist es ebenso selbstverständlich, dass ein Unternehmensvertrag zu seiner Wirksamkeit neben dem Gesellschafterbeschluss noch des Vertragsschlusses und der Eintragung ins Handelsregister bedarf. Die letzten beiden Akte haben aber nichts mit der Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses zu tun, der auf den Abschluss des Unternehmensvertrags gerichtet ist, sondern nur mit der Wirksamkeit des auf dem Beschluss aufbauenden, von diesem aber völlig abstrakt zu betrachtenden Ausführungsgeschäfts.

¹¹⁴⁷ Nachweise für die Zustimmungsbedürftigkeit im Falle des Entzugs satzungsmäßig vorgesehener Sonderrechte siehe, Fn. 1159.

¹¹⁴⁸ Vgl. UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 84; MüKo-GmbHG/*Wertenbruch* Anh. § 47 Rn. 118.

¹¹⁴⁹ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 1 mit Verweis auf § 16 S. 3 EGAktG.

¹¹⁵⁰ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 1.

rechtfertigen würde, eine schuldrechtliche Rückbeziehung nur durch einstimmigen Beschluss zu gestatten. Bereits mit Fassung des bedingten Beschlusses wissen die Gesellschafter von der potenziellen schuldrechtlichen Rückbeziehung im Falle des Bedingungseintritts bzw. -ausfalls, sodass der Fall sich nicht von der sonstigen Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit unterscheidet.¹¹⁵¹ Die Rückbeziehung der Beschlusswirkung führt nicht automatisch zu einer Rückbeziehung eines potenziellen Ausführungsgeschäfts, darüber können der Verband und die Gesellschafter nämlich regelmäßig gar nicht einseitig disponieren. Ob ein bedingtes Ausführungsgeschäft rückbezogen werden soll, muss im Rahmen des Ausführungsgeschäfts mit dessen Adressaten geklärt werden. Soweit Beschlüssen ausnahmsweise unmittelbare Drittwirkung zukommt, muss die schuldrechtliche Rückbeziehung im Falle einer auflösenden Bedingung dem Dritten offengelegt werden, andernfalls greifen Rechtsscheintatbestände.¹¹⁵² Die schuldrechtliche Rückbeziehung aufschiebend bedingter Beschlüsse mit unmittelbarer Drittwirkung ist zum Schutz des Dritten jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn es sich um einen für den Dritten nachteiligen Beschluss handelt.¹¹⁵³

V. Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts (§ 162 BGB)

Gem. § 162 I BGB gilt eine Bedingung als eingetreten, wenn der Bedingungseintritt von der Person, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. § 162 II BGB normiert den umgekehrten Fall: Danach gilt eine Bedingung als nicht eingetreten, wenn der Bedingungseintritt von der Person, zu deren Vorteil er gereichen würde, treuwidrig herbeigeführt wird. Auf den Beschluss findet § 162 BGB nur Anwendung, wenn der Beschluss selbst unmittelbare Außenwirkung entfaltet. Kommt diese Wirkung erst dem Ausführungsgeschäft zu, muss dessen Wirksamkeit und nicht die des Beschlusses an Hand von §§ 162, 242 BGB überprüft werden. So bleibt es bei einer klaren Trennung zwischen dem Internum „Beschluss“ und dem Externum „Ausführungsgeschäft“. Kommt dem Beschluss ausnahmsweise unmittelbare Außenwirkung zu, können als Parteien auf der einen

¹¹⁵¹ Für den gesamten bisherigen Absatz: *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 26 f.

¹¹⁵² *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 28.

¹¹⁵³ Vgl. *Göppel*, Bedingte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, S. 28 f.

Seite der Verband, auf der anderen Seite die von der Außenwirkung betroffenen Personen angesehen werden.

Der Verband muss sich dabei das Verhalten seiner Organe und Organwalter nach den allgemeinen Regeln zurechnen lassen, die für ein Auftreten des Verbands gegenüber Dritten¹¹⁵⁴ gelten. Eine Beschränkung wie im Bereich der Wissenszurechnung¹¹⁵⁵ ist wegen der dann vorliegenden Außenwirkung des Beschlusses nicht indiziert. Steht auf der anderen Seite eine Personengruppe, entfaltet der Beschluss oder das Ausführungsgeschäft also Rechtswirkungen gegenüber mehreren voneinander unabhängigen Personen, würde das treuwidrige Verhalten einer einzelnen Person grundsätzlich dazu führen, dass die Bedingung (im Falle des Abs. 1) nur ihr gegenüber als eingetreten gilt, den anderen gegenüber wäre die Bedingung ausgefallen, da sie ihren Eintritt nicht treuwidrig verhindert haben. Ob eine solche relative Wirksamkeit des Beschlusses dem Willen der beschlussfassenden Gesellschafter entspricht – um die Durchsetzung dieses Willens geht es § 162 BGB¹¹⁵⁶ – muss allerdings noch nach den Grundsätzen über die Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse beurteilt werden¹¹⁵⁷. Denn wenn die Gesellschafter ursprünglich eine einheitliche Regelung vorsahen, darf § 162 BGB nicht ohne Berücksichtigung des Willens der Gesellschafterversammlung zu einem uneinheitlich wirkenden Beschluss führen.

F) Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185 BGB)

Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 182 BGB nur auf zustimmungsbedürftige Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte. Für zustimmungsbedürftige Beschlüsse bilden die §§ 182 ff. BGB aber ebenfalls ein zumindest in Teilen passendes Regelungskonzept.¹¹⁵⁸ Der Zustimmung durch einzelne oder alle Gesellschafter bedürfen verschiedene Beschlüsse, z. B. das Auferlegen von zusätzlichen Pflichten

¹¹⁵⁴ Siehe dazu für die GbR: MüKo-BGB/*Schäfer* § 705 Rn. 260 ff.; für die OHG: Staub/*Habersack* § 125 HGB Rn. 19; für die GmbH: UHL/*Paefgen* § 35 GmbHG Rn. 214 ff.; für die AG: MüKo-AktG/*Spindler* § 78 Rn. 129 ff.

¹¹⁵⁵ Siehe § 2 1. Teil D) Zurechnung des Wissens von Organwaltern.

¹¹⁵⁶ Staudinger/*Bork* § 162 BGB Rn. 2.

¹¹⁵⁷ Siehe § 3 2. Teil B) II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB).

¹¹⁵⁸ Vgl. MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 91; a. A. anscheinend Hopt/Wiedemann/*Grundmann* § 133 AktG Rn. 44, wonach die §§ 182–185 BGB für den Beschluss „offenbar ohne Bedeutung“ seien.

oder der Entzug von Sonderrechten im Beschlusswege,¹¹⁵⁹ Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft¹¹⁶⁰ sowie Änderungen des Gesellschaftszwecks¹¹⁶¹. Ferner können einzelnen Gesellschaftern satzungsmäßig Zustimmungsvorbehalte eingeräumt werden.¹¹⁶²

Die danach erforderliche Zustimmung ist streng von der positiven Stimmabgabe zu trennen – letztere bezieht sich auf den Beschlussantrag, erstere auf den bereits gefassten Beschluss.¹¹⁶³ Eine positive Stimmabgabe beinhaltet aber in aller Regel zugleich die konkludente Zustimmung in Form der Einwilligung nach § 183 BGB zum Beschluss¹¹⁶⁴; einer gesonderten Zustimmung bedarf es deswegen meist nur von negativ abstimmenden, sich enthaltenden oder der Versammlung fernbleibenden Gesellschaftern sowie betroffenen Nichtgesellschaftern. Deren Zustimmung kann in beliebiger Form erteilt werden und bedarf weder der Form des Beschlusses (§ 182 II BGB) noch der Form der Stimmabgabe.¹¹⁶⁵ Unter

¹¹⁵⁹ MüKo-HGB/*Enzinger* § 119 Rn. 104; *Oetker/Lieder* § 119 HGB Rn. 57 f.; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 98; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 28; *Zöllner*, Schranken, S. 111, auf § 35 BGB und den Grundsatz der Gleichbehandlung verweisend; für das Auferlegen zusätzlicher Pflichten: RGZ 121, 238, 244 f.; 136, 185, 192; BGH WM 1966, 446, 447; für den Entzug von (unentziehbaren) Sonderrechten: BGH WM 1962, 201; 1967, 927, 928; *Erman/Westermann* § 709 BGB Rn. 33.

¹¹⁶⁰ *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 51; *Oetker/Lieder* § 119 HGB Rn. 57 f., ohne den Begriff des Kernbereichs zu verwenden; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 91 ff., nach dem bei der GbR z. B. das Stimmrecht, die Vermögensrechte und das Geschäftsführungsrecht zum Kernbereich gehören (Rn. 93); kritisch zur Verknüpfung der Begriffe Kernbereich und Zustimmungsrecht: *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 24.

¹¹⁶¹ *Staudinger/Habermeier* § 709 BGB Rn. 51, dies allerdings unter Eingriffe in den Kernbereich subsumierend; UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 20; MüKo-BGB/*Schäfer* § 709 Rn. 93, der unter diese Kategorie auch die Auflösung der Gesellschaft fasst.

¹¹⁶² Vgl. bereits Text zu und in Fn. 202.

¹¹⁶³ UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 20.

¹¹⁶⁴ UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 33, der in der positiven Stimmabgabe immer zugleich eine Zustimmung sieht; etwas zurückhaltender: BGH NJW-RR 2009, 1264, 1266, der davon ausgeht, dass in der Stimmabgabe die erforderliche Zustimmung liegen könne, wenn die Auslegung der Erklärung nicht etwas anderes ergebe; ähnlich *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 24, der in der positiven Stimmabgabe regelmäßig eine entsprechende Zustimmung sieht, als überzeugende Ausnahme aber den Fall der Formgebundenheit der Zustimmungserklärung anführt.

¹¹⁶⁵ UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 33; nur für Letzteres ferner: *Zöllner*, Schranken, S. 115 f.

strengen Voraussetzungen kann in einer Satzungsregelung bereits eine antizipierte Zustimmung gesehen werden.¹¹⁶⁶ Eine Einwilligung ist gem. § 183 S. 1 BGB bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, also im Falle des Beschlusses bis zu dessen Vollendung frei widerruflich. Die Genehmigung wirkt gem. § 184 I BGB nicht ex tunc.¹¹⁶⁷ Die §§ 182 I, 183 S. 2 BGB, wonach die Zustimmung und der Widerruf der Einwilligung sowohl dem einem als dem anderen Teil gegenüber erklärt werden können, finden auf den Beschluss hingegen keine entsprechende Anwendung. Vielmehr erfolgt die Zustimmung immer gegenüber dem Verband, der den Beschluss trägt. Denn der Beschluss verlässt mit seiner Entstehung die Sphäre der Gesellschafter stärker als der Vertrag die Sphäre der Vertragspartner verlässt.¹¹⁶⁸ Auf der Gesellschafterversammlung kann die Zustimmung neben den Geschäftsführern und dem Versammlungsleiter auch direkt den Mitgesellschaftern gegenüber erklärt werden, die für die Dauer der Versammlung für die Entgegennahme der Zustimmung organschaftlich vertretungsberechtigt sind. Die §§ 182 III, 184 II, 185 BGB passen auf Zustimmungen zum Beschluss ihrem Regelungsinhalt nach nicht.

Schon vor Einholung der notwendigen Zustimmungen entfaltet der Beschluss gewisse Wirkungen: Erstens können die Gesellschafter ohne erneute Abstimmung nicht mehr von dem einmal gefassten Beschluss Abstand nehmen,¹¹⁶⁹ zweitens müssen die Geschäftsführer sich darum kümmern, die notwendigen Zustimmungserklärungen einzuholen, wofür sie eine Erklärungsfrist analog §§ 108 II 2, 177 II 2 BGB in Gang setzen dürfen.¹¹⁷⁰ Eine nicht innerhalb der Frist erteilte Zustimmung gilt als Verweigerung.¹¹⁷¹

¹¹⁶⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2009, 1264, 1266; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 28.

¹¹⁶⁷ A. A. UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 24.

¹¹⁶⁸ Vgl. Text zu und in Fn. 1081.

¹¹⁶⁹ UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 24.

¹¹⁷⁰ Vgl. RGZ 136, 185, 192; *Jüdel*, *Gesellschafterbeschlüsse in Personalgesellschaften*, S. 101; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 24.

¹¹⁷¹ A. A. *Jüdel*, *Gesellschafterbeschlüsse in Personalgesellschaften*, S. 101, der das Schweigen eines Gesellschafters nach Aufforderung über die Zustimmung als Einverständnis begreift. Dies entspricht aber weder den Rechtsgedanken der §§ 108 II 2, 177 II 2 BGB, noch dem generellen Rechtsgedanken, wonach einem Schweigen regelmäßig kein Erklärungs Wert zukommt, vgl. MüKo-BGB/*Armbüster* Vor § 116 Rn. 8.

Nach der Beschlussfassung bis zur Erteilung oder Verweigerung aller erforderlichen Zustimmungen ist der Beschluss schwebend unwirksam.¹¹⁷² Liegen alle erforderlichen Zustimmungen vor wird der Beschluss wirksam.¹¹⁷³ Die Verweigerung aller erforderlichen Zustimmungen oder der Ablauf der für den Zugang der Zustimmungserklärungen gesetzten Frist bewirken die endgültige Unwirksamkeit des Beschlusses.¹¹⁷⁴ Betrifft der Beschluss mehrere Personen, von denen nur ein Teil die erforderliche Zustimmung erteilt oder von denen nur ein Teil ihm überhaupt zustimmen muss, führt die Nichterteilung einer einzigen Zustimmung grundsätzlich zur Teilfehlerhaftigkeit des Beschlusses gegenüber allen Beteiligten.¹¹⁷⁵ Ob er gegenüber den übrigen Gesellschaftern trotzdem wirksam bleiben soll, kann sich sowohl aus der Auslegung des Beschlusses als auch aus der Auslegung der erteilten und verweigerten Zustimmungserklärungen ergeben,¹¹⁷⁶ im Übrigen richtet sich die Wirksamkeit nach den bereits dargestellten Grundsätzen über die Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse¹¹⁷⁷.

¹¹⁷² RGZ 148, 175, 186 f., wo es allerdings nicht um die Genehmigung durch einen einzelnen Gesellschafter, sondern um einen Sonderbeschluss einer gesamten Aktionärsgruppe ging, ohne welchen eine Satzungsänderung nicht möglich war; UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 24; *Wiedemann*, WM 1992, Sonderbeilage Nr. 7, S. 24; *Zöllner*, Schranken, S. 116.

¹¹⁷³ Vgl. UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 24, der allerdings von einer ex-tunc-Wirksamkeit ausgeht.

¹¹⁷⁴ UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 33; vgl. ferner UHL/*Raiser* Anh. § 47 GmbHG Rn. 24.

¹¹⁷⁵ Vgl. UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 33.

¹¹⁷⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2009, 1264, 1266 f., der z. B. davon ausgeht, dass im Falle einer Beitragserhöhung in einer KG die Auslegung des Abstimmungsverhaltens, im Rahmen dessen im konkreten Fall eine konkludente Zustimmung zum Erhöhungsbeschluss erteilt worden war, für eine relative Wirksamkeit nur gegenüber den Zustimmenden spreche, „wenn bei der Abstimmung bekannt ist, dass einzelne Gesellschafter keine Beiträge leisten wollen oder können und sie nicht dazu verpflichtet werden dürfen, der mit der Erhöhung verfolgte Zweck [...] auch ohne die Beiträge dieser Gesellschafter erreicht werden kann und sich aus den übrigen Umständen keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass erhöhte Beiträge nur bei Zustimmung oder bei Teilnahme aller Gesellschafter geleistet werden sollen.“ Vgl. ferner *Altmeyen*, NJW 2015, 2065, 2070, der jedoch richtigerweise darauf hinweist, dass, wer einer Beitragserhöhung nicht zustimme, ggf. auch nicht wolle, dass seine Mitgesellschafter ihre Kapitalanteile erhöhen; allgemeiner: *Zöllner*, Schranken, S. 113.

¹¹⁷⁷ Siehe dazu § 3 2. Teil II. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB). Vgl. ferner UHL/*Hüffer/Schürnbrand* § 47 GmbHG Rn. 33, der eine relative Unwirksamkeit nur gegenüber den Gesellschaftern, deren Zustimmung noch aussteht, für möglich hält, wenn „der Beschluss auch ohne ihre Erklärung tragfähig und die rechtliche Wirkung von den übrigen Gesellschaftern gewollt ist [...]“. Weitergehend aber wohl BGHZ 203, 77, 88, der die relative Unwirksamkeit gegenüber einzelnen Gesellschaftern anscheinend als Regelfall ansieht.

§ 4 Gesamtzusammenfassung

Die Vorschriften der §§ 104–185 BGB lassen sich weitestgehend für die Stimmabgabe und den Gesellschafterbeschluss fruchtbar machen, jedenfalls soweit diese beiden Instrumente ihrer Rechtsnatur überhaupt unter den Anwendungsbereich der jeweiligen Normen fallen. Die zentralen Erkenntnisse dieser Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Teil: Zusammenfassung des § 2: Die Stimmabgabe

Bei der Stimmabgabe handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Adressat für alle Gesellschaftsformen der Verband ist, welcher seinerseits regelmäßig durch den rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Versammlungsleiter, andernfalls durch die organschaftlich vertretungsberechtigten anwesenden Mitgesellschafter vertreten wird. Ein Rechtsgeschäft ist die Stimmabgabe für sich genommen nicht. Für die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von gewissen Umständen kommt es zum einen auf die Person des Versammlungsleiters, zum anderen auf alle anwesenden Mitgesellschafter an. Hat der Versammlungsleiter oder haben alle anwesenden Mitgesellschafter entsprechende Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis, wird diese dem Verband zugerechnet. Die erklärte Enthaltung als dritte Möglichkeit der aktiven Beteiligung am Abstimmungsvorgang ist keine Stimmabgabe, ihrerseits jedoch ebenfalls empfangsbedürftige Willenserklärung und sogar einseitiges Rechtsgeschäft. Bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB im Einzelnen gilt:

I. Geschäftsfähigkeit (§§ 104–113 BGB)

Die Stimmabgabe eines gem. § 104 BGB Geschäftsunfähigen ist immer nach § 105 BGB nichtig. Im Anwendungsbereich des § 107 BGB kommt der Stimmabgabe nicht schon wegen des durch sie eintretenden Verfalls des Stimmrechts oder wegen der von dem Beschluss ausgehenden Bindungswirkung eine für den beschränkt Geschäftsfähigen nachteilhafte Wirkung zu. Die rechtliche Vor-, Nachteilhaftigkeit oder Neutralität bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach dem Beschlussgegenstand. Da § 107 BGB dem beschränkt Geschäftsfähigen im Bereich der kollektiven Willensbildung aber keinen ausreichenden Schutz bietet und die Vorschrift außerdem das Gesellschaftsinteresse überhaupt nicht im Blick hat, muss die Vorschrift teleologisch reduziert werden. Seine Stimme darf der

beschränkt Geschäftsfähige in Abweichung von § 107 BGB nur in Bezug auf solche Beschlussgegenstände eigenständig abgeben, die ihm selbst einen rechtlichen Vorteil bringen, aber keine wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft haben, und bei denen ihn die Treuepflicht nicht potenziell zu einem fremdnützigen Gebrauch des Stimmrechts verpflichtet. Umgekehrt kann er nur solchen Beschlussanträgen seine Ablehnung erteilen, die für ihn rechtlich nachteilhaft sind und ebenso keine wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft haben oder von der Treuepflicht determiniert werden. Neutralen Beschlüssen kann er unter der gleichen Voraussetzung nach eigener Wahl seine Zustimmung oder Ablehnung erteilen. Die Enthaltung ist für den beschränkt Geschäftsfähigen immer rechtlich nachteilhaft. Im Falle der Stimmabgabe ohne die erforderliche Einwilligung greift § 111 BGB. Eine Anwendung der §§ 112, 113 BGB kommt in Betracht, ferner kann ausnahmsweise in der Zustimmung zum Gesellschaftsbeitritt bereits ein Generalermächtigung zur Ausübung des Stimmrechts, zumindest in Bezug auf bestimmte Beschlussgegenstände, gesehen werden.

II. Willensmängel (§§ 116–124, 142–144 BGB)

Die §§ 116–118 BGB gelten für die Stimmabgabe ohne Einschränkungen. Für eine Anfechtung gelten sämtliche Anfechtungsgründe der §§ 119 I, II, 120, 123 BGB. Als Bezugspunkt für die Ermittlung des Vorliegens eines Inhalts- oder Eigenschaftsirrturns bezüglich der Stimmabgabe dient der Beschlussgegenstand, da die Stimmabgabe sich diesen durch ihren notwendigen Bezug zum Beschlussantrag zu eigen macht. Dritter im Sinne des § 123 II 1 BGB ist, wer weder von Gesetzes wegen noch vom Verband ausdrücklich oder zumindest duldungsweise zum Prozess der internen Willensbildung hinzugezogen wird. § 123 II 2 BGB ist in den Fällen anwendbar, in denen der Beschluss ohne Zwischenschaltung eines Ausführungsgeschäfts unmittelbar Rechte begründet. Richtiger Anfechtungsgegner ist für alle Gesellschaftsformen immer der Verband. Dies gilt abweichend von der Wertung des § 143 II Var. 2 BGB auch im Falle der Anfechtung nach § 123 II 2 BGB.

Die Anfechtungsfrist des § 121 I 1 BGB gilt unter teleologischer Reduktion des § 124 I BGB entsprechend für Anfechtungen wegen arglistiger Täuschung oder Drohung. Als Ausschlussstatbestand kommt neben § 144 I BGB das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft in Betracht, wobei sich die Beurteilung des Ausschlusses des Anfechtungsrechts aus diesem Grunde an den Erkenntnissen zur Möglichkeit der Geltendmachung von Beschlussmängeln bzw.

der Erhebung einer Beschlussfeststellungsklage zu orientieren hat. Die Pflicht zur Ausübung des Stimmrechts in bestimmter Weise hindert die Anfechtung nicht, das Kriterium der objektiven Erheblichkeit kann das Anfechtungsrecht in diesem Fall jedoch bereits tatbestandsmäßig ausschließen. Die Zulässigkeit der Anfechtung nur eines Teils der abgegebenen Stimmen richtet sich nach der Beurteilung der Zulässigkeit uneinheitlicher Stimmabgaben. Die Rechtsfolgen der Anfechtung regelt § 142 I BGB, wobei die Stimmabgabe nachgeholt werden kann, wenn der Abgabezeitraum noch nicht verstrichen ist. Ein Festhalten an der ursprünglich gewollten Erklärung ist wegen praktischer Hindernisse nur in eingeschränktem Maße möglich. Eine Teilanfechtung der Stimmabgabe kommt in Betracht, soweit der Beschluss rechtlich teilbar ist. Die Wirksamkeit des Beschlusses im Übrigen richtet sich dann nach den Grundsätzen über die Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse.

Die Anfechtung der Stimmabgabe führt im Falle der Erheblichkeit der angefochtenen Stimmen für das Beschlussergebnis zu dessen inhaltlicher Umkehrung oder – im Falle der konstitutiv wirkenden Beschlussfeststellung – zu dessen Anfechtbarkeit. § 142 II BGB ist in mehrerer Hinsicht den Besonderheiten der Beschlussfassung und des Beschlussmängelrecht anzupassen, insbesondere muss zum Eintritt der angeordneten Rechtsfolge neben der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis von der Anfechtbarkeit der Stimmabgaben auch Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis bezüglich der Erheblichkeit der anfechtbaren Stimmen für den Beschluss vorliegen. Die Anfechtung der Stimmabgabe kann zu Schadensersatzansprüchen vor allem gegenüber dem Verband oder Mitgesellchaftern führen. Nur dem Verband steht jedoch der verschuldensunabhängige Anspruch aus § 122 BGB zu.

III. Weitere Nichtigkeitsgründe, Umdeutung und Bestätigung (§§ 125, 134, 138–141 BGB)

Auch die Nichtigkeitsgründe der §§ 125, 134, 138 BGB sind auf die Stimmabgabe vollständig anwendbar. Weder führt jedoch ein Verstoß gegen ein Stimmverbot noch ein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Generalklauseln zu einer Nichtigkeit der Stimmabgabe nach §§ 134, 138 BGB. In ersterem Fall besteht von vornherein kein Stimmrecht, von dem in verbotsgesetzwidriger Weise Gebrauch gemacht werden könnte, in letzterem Fall führt mangels Verbotsgesetzcharakters der gesellschaftsrechtlichen Generalklauseln § 242 BGB zur Nichtigkeit der Stimmabgabe. Für die Beurteilung eines Verstoßes gegen ein Verbot-

gesetz bzw. der Sittenwidrigkeit der Stimmabgabe kommt es auf den Beschlussinhalt an. Nur ausnahmsweise kann eine Stimmabgabe sittenwidrig sein, ohne dass auch der Beschluss als solches sittenwidrig ist. Die Anwendung der §§ 139, 140 BGB auf die Stimmabgabe kommt nicht in Betracht. § 141 BGB findet Anwendung, die Frist zur Abgabe der Stimme darf allerdings noch nicht abgelaufen sein.

IV. Zugang und Auslegung der Stimmabgabe (§§ 130–133, 157 BGB)

Die Stimmabgabe wird wirksam mit Zugang, insofern gelten keine Besonderheiten. Bei uneinheitlicher Ausübung des Stimmrechts gegenüber mehreren Empfangsvertretern kann vom Stimmrecht in der Regel nicht mehr wirksam Gebrauch gemacht werden, eine Nachholung ist ausgeschlossen. Nach Zugang der Stimmabgabe besteht unabhängig von der Verbandsform oder vom Beschlussgegenstand kein Widerrufsrecht mehr, für den Fall der passiven Vertretung durch alle Mitgesellschafter schon ab dem Zugang beim ersten von ihnen. Dieses Ergebnis folgt aus dem Zweck des § 130 I 1 BGB, aus praktischen Gründen sowie aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit. § 131 II BGB findet unter gleichzeitiger teleologischer Reduktion des § 165 BGB entsprechende Anwendung. Muss eine Stimmabgabe ausgelegt werden gelten die allgemeinen Grundsätze. Nur bei einer Mehrheit von nur gesamtvertretungsberechtigten Empfangsvertretern sind objektivere Maßstäbe anzulegen und es kommt nicht mehr auf das Sonderwissen einzelner Gesellschafter an.

V. Vertrag (§§ 145–156 BGB)

Mangels Vertragscharakters des Beschlusses finden die §§ 145–156 BGB grundsätzlich keine Anwendung, Analogieschlüsse sind in begrenzten Einzelfällen indiziert, namentlich zu §§ 146 Var. 2, 147, 148, 149 S. 1, 151 S. 1 Var. 1 BGB.

VI. Bedingung und Zeitbestimmung (§§ 158–163 BGB)

Die Vorschriften der §§ 158–163 BGB lassen sich nur in begrenztem Umfang auf die Stimmabgabe anwenden. Die Notwendigkeit der Abgabe der Stimme innerhalb des für die Beschlussfassung vorgesehenen Zeitraums lässt zunächst nur solche Bedingungen oder Befristungen zu, die der Versammlungsleiter oder die Mitgesellschafter bei der Auswertung des Beschlussfassungsergebnisses noch unter zumutbarem Aufwand berücksichtigen können. In den sonstigen Fällen müssen sich die Mitgesellschafter regelmäßig mit der Bedingung oder Befristung

einverstanden erklären, damit eine bedingte oder befristete Stimmabgabe nicht einfach unwirksam ist.

VII. Vertretung und Vollmacht (§§ 164–181 BGB)

Während die Zulässigkeit der Vollmachtserteilung in den Kapitalgesellschaften dem gesetzlichen Leitbild entspricht, fehlen entsprechende Regelungen in den Personengesellschaften, wo die Statthaftigkeit der Bevollmächtigung von Satzungsregelungen oder dem ad-hoc-Einverständnis der Mitgesellschafter abhängt. Dementsprechend bestehen auch nur in den Kapitalgesellschaften Regelungen zu den Modalitäten der Vollmachtserteilung, wobei bei der GmbH mehr, bei der AG weniger von den gesetzlichen Bestimmungen abgewichen werden kann. In allen Gesellschaftsformen muss der Vertreter sich gegenüber der Gesellschaft legitimieren können, andernfalls er, ohne dass dies einen Beschlussmangel begründen würde, zurückgewiesen werden darf. Die nachträgliche Genehmigung einer Vertretung ohne Vertretungsmacht kommt nur für die Personengesellschaften und die GmbH in Betracht, für die Aktiengesellschaft wegen der regelmäßig aufwändigeren Form der Beschlussfassung nicht.

§ 181 BGB findet rechtsformunabhängig auf die Stimmabgabe Anwendung, er regelt jedoch kein Stimmverbot sondern lediglich ein Vertretungsverbot. Mit der herrschenden Meinung findet für von der Treuepflicht determinierte Beschlussgegenstände, insbesondere für Geschäftsführungsbeschlüsse, eine teleologische Reduktion des § 181 BGB statt. Die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB ist möglich, der Vertreter muss in potenziellen Konfliktfällen seine Befreiung auf Anforderung der Gesellschaft nachweisen.

Die gesetzliche Vertretung findet statt und kann nicht satzungsmäßig beschränkt werden. Auch die Stimmrechtsausübung durch Amtswalter ist zulässig, ferner die besonderen Formen der Vollmachtserteilung, z. B. in Form von Prokura und Handlungsvollmacht. Die Stimme kann hingegen in der Regel nicht per Bote abgegeben werden, in den Personengesellschaften und der GmbH können der Gesellschaftsvertrag und die Gesellschafter per ad-hoc-Beschluss aber die Botschaft zulassen.

VIII. Einwilligung und Genehmigung (§§ 182–185 BGB)

Die §§ 182–185 BGB finden Anwendung, im Rahmen des § 185 I BGB stellt sich jedoch die Frage nach der Zulässigkeit der sog. Legitimationszession. Während sie für die Personengesellschaften verneint und im Aktienrecht bejaht wird, herrscht zur Rechtslage bei der GmbH Uneinigkeit. Wegen der in diesem Bereich größeren Nähe zum Aktienrecht und dem Grundsatz der Privatautonomie ist die Legitimationszession im GmbH-Recht im Ergebnis zuzulassen, die Satzung kann sie aber verbieten.

2. Teil: Zusammenfassung des § 3: Der Gesellschafterbeschluss

Beim Gesellschafterbeschluss handelt es sich um ein mehrseitiges Rechtsgeschäft sui generis, jedoch nicht um eine Willenserklärung und unabhängig von der Gesellschaftsform oder dem Beschlussgegenstand auch niemals um einen Vertrag. Beschlüsse sind nicht empfangsbedürftig und ihnen kommt in der Regel keine Außenwirkung zu. Zur Entfaltung von Drittwirkung bedürfen sie deswegen grundsätzlich eines Ausführungsgeschäfts.

Schon weil der Gesellschafterbeschluss keine Willenserklärung darstellt fällt er aus dem Anwendungsbereich einer Reihe von Normen der §§ 104–185 BGB heraus. Namentlich finden §§ 104–124, 130–132, 135–137, 142–153 und 164–181 BGB weder direkte noch analoge Anwendung. Im Geltungsbereich der §§ 241 ff. AktG (analog) finden ferner die §§ 125, 134, 138 BGB keine Anwendung. Wo jedoch kein spezielles Beschlussmängelrecht besteht, ist auf letztere Vorschriften zu rekurrieren. Während § 125 S. 2 BGB bei einem Verstoß gegen satzungsmäßig vereinbarte Formerfordernisse entgegen der dort aufgestellten Vermutung wegen der vorrangigen Auslegung des vereinbarten Formerfordernisses nur selten zu einer Beschlussnichtigkeit führt, kann die Vorschrift analog für die Beschlussnichtigkeit wegen der Verletzung von Verfahrensvorschriften herangezogen werden, wobei sie in diesem Rahmen mit der gleichen Restriktivität zu handhaben ist. Die §§ 134, 138 BGB dürften ebenfalls nur selten unmittelbar zu einer Beschlussnichtigkeit führen, da in aller Regel schon die zugrundeliegenden Stimmabgaben nichtig sind.

§ 139 BGB kann grundsätzlich in allen Gesellschaftsformen zur Anwendung kommen. Nimmt man die gesetzlichen Wertungen der Norm jedoch ernst, dürfte

ein Gericht jedenfalls bei Gesellschaften mit größerem Gesellschafterkreis kaum einmal zu einer Aufrechterhaltung eines Teilbeschlusses kommen. Denn entgegen h. M. kann für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens nicht einfach eine vernünftige Abwägung unter Berücksichtigung des jeweils gegenseitig erkennbaren Parteiinteresses erfolgen, sondern es sind stattdessen subjektive, selbst irrationale Parteierwägungen bis zur Grenze der Treuwidrigkeit zu berücksichtigen. Zugleich entsteht durch die Anwendung des § 139 BGB quasi ein neuer Beschluss, über den die Gesellschafterversammlung aber nie beraten hat. Um das für die gesellschaftsinterne Willensbildung zentrale Diskussionsrecht nicht zu unterlaufen, dürfte ein Gericht deswegen nur zu einer Aufrechterhaltung eines Teilbeschlusses nach § 139 BGB kommen, soweit es feststellt, dass alle Gesellschafter einheitlich für den Teilbeschluss gestimmt hätten oder jedenfalls eine Diskussion nachweislich nicht zu einer Änderung der Mehrheitsverhältnisse geführt hätte. Weil die Anwendung des § 139 BGB vielfach nicht zu dogmatisch sauberen und gleichzeitig praktikablen Ergebnissen führt, sollte besser auf ein alternatives Konzept zur Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse ausgewichen werden. Für § 140 BGB gilt wegen des auch hier zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillens dasselbe. § 141 BGB findet hingegen Anwendung.

§§ 133, 157 BGB können für die Beschlussauslegung analog angewendet werden, wobei ein objektiver Maßstab gegenüber dem sonst maßgeblichen Empfängerhorizont grundsätzlich der Vorzug zu geben ist. Nur wenn der Beschluss ohnehin nicht dauerhaft dokumentiert festgehalten wird, kann auf subjektive Momente vollständig zurückgegriffen werden. §§ 154, 155 BGB finden auf den Beschluss hingegen keine analoge Anwendung.

Beschlüsse dürfen grundsätzlich unter Bedingungen und Befristungen gestellt werden. Ausnahmen bilden die seltenen Fälle, in denen vom Beschluss unmittelbar eine Dritte belastende Gestaltungswirkung ausgeht, in denen die durch den Beschluss geschaffenen Rechtsfolgen von den Gesellschaftern gar nicht oder jedenfalls nicht ohne die Einhaltung zwingender Verfahrensvorschriften negiert werden dürfen oder in denen die Beendigung der Rechtswirkung eines Beschlusses der konstitutiv wirkenden Eintragung ins Handelsregister bedarf. Eine Rückbeziehung nach § 159 BGB ist möglich. § 162 BGB findet hingegen nur eingeschränkt Anwendung: Da Beschlüsse definitiv die für alle Gesellschafter und Gesellschaftsorgane gleichermaßen verbindliche Willensbildung darstellen, kann die für eine Anwendung des § 162 BGB grundsätzlich erforderliche relative

Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit nicht ohne weiteres gelten. Stattdessen unterliegt der Beschluss nach Anwendung des § 162 BGB noch den Grundsätzen der Behandlung teilfehlerhafter Beschlüsse.

§§ 182–184 BGB finden auf den Beschluss mit gewissen Modifikationen, z. B. was den Erklärungsgegner angeht, entsprechende Anwendung.

Die Anwendbarkeit der §§ 104–185 BGB auf die Stimmabgabe und den Gesellschafterbeschluss

Max Lohrmann

Die rechtliche Qualifikation und die Wirksamkeitsvoraussetzung von Stimmabgabe und Gesellschafterbeschluss waren und sind immer wieder Gegenstand richterlicher Überprüfung und wissenschaftlicher Auseinandersetzung. Bisherige Betrachtungen widmeten sich regelmäßig bestimmten Teilproblemen dieser Themenkomplexe. Das vorliegende Werk bietet eine umfassende Gesamtschau der Anwendbarkeit aller Normen des BGB-AT auf die Stimmabgabe und den Gesellschafterbeschluss und schließt dadurch Lücken und vermeidet Widersprüche, die mit fragmentarischen Betrachtungen häufig einhergehen.

22,80 €

ISBN 978-3-8405-0210-1

